



CENTRE DE GESTION
DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE
DES LANDES

**REDACTEUR TERRITORIAL
CONCOURS INTERNE
OUVERT AU TITRE DE L'ANNEE 2011**

Mercredi 14 septembre 2011

**Note administrative à partir d'un dossier portant sur le droit public
en relation avec les missions des collectivités territoriales.**

Spécialité : Administration générale.

(Durée : 3 heures - Coefficient : 4)

Le présent dossier comprend 26 pages y compris celle-ci.

AVERTISSEMENT

- Seul l'usage d'un stylo noir ou bleu est autorisé (bille, plume ou feutre). L'utilisation d'une autre couleur, pour écrire ou souligner, sera considérée comme un signe distinctif, de même que l'utilisation d'un surligneur.
- En cas d'erreur, le blanc correcteur peut être utilisé.
- Les feuilles de brouillon ne seront en aucun cas prises en compte.
- Vous ne devez faire apparaître aucun signe distinctif dans votre copie, ni votre nom ou un nom fictif, ni signature ou paraphe.
- Aucune référence (nom de collectivité, nom de personne,...) autre que celle figurant, le cas échéant, sur le sujet ou dans le dossier ne doit apparaître dans votre copie.

Le non-respect des règles ci-dessus peut entraîner l'annulation de la copie par le jury.

Vous êtes rédacteur territorial dans la Commune de Z, 3258 habitants, qui au terme de la procédure de révision de son Plan Local d'Urbanisme, va connaître un fort développement urbain.

La Directrice générale des services compte tenu d'une actualité récente portant sur les conflits d'intérêt dans la vie publique, vous demande de rédiger à son attention, exclusivement à l'aide des documents ci-joints, une note administrative sur la prise illégale d'intérêt faisant notamment apparaître les risques encourus et les moyens pour en prévenir la survenance.

DOCUMENT 1 :	Article 432-12 du code Pénal	(1 page)
DOCUMENT 2 :	Article L 422-7 du code de l'urbanisme - DALLOZ 2009	(4 pages)
DOCUMENT 3 :	Articles L 2131-10 à L2131-13 du code général des collectivités territoriales	(1 page)
DOCUMENT 4 :	« La prise illégale d'intérêt » <i>Maires de France - mars 2010</i>	(2 pages)
DOCUMENT 5 :	« La prise illégale d'intérêt » <i>Le Courrier des maires N° 244 - mars 2011</i>	(2 pages)
DOCUMENT 6 :	« Risque pénal : le vade-mecum simplifié » <i>La Lettre du cadre territorial N° 412 - 1^{er} décembre 2010</i>	(2 pages)
DOCUMENT 7 :	« L'intérêt personnel d'un élu peut rendre illégale la délibération du conseil » <i>La Lettre du contentieux N° 87 - 3 février 2011</i>	(2 pages)
DOCUMENT 8 :	Intérêt personnel et documents d'urbanisme <i>Journal des Maires - mai 2010</i>	(2 pages)
DOCUMENT 9 :	« Les délégations du conseil municipal et du maire : conditions de fond et de forme » <i>La Lettre du contentieux N°62 - 10 décembre 2009</i>	(2 pages)
DOCUMENT 10 :	« Le régime disciplinaire des maires » <i>La Lettre du contentieux N° 71 - 12 mai 2010</i>	(2 pages)
DOCUMENT 11 :	« Conflits d'intérêts : la prudence est de mise » <i>Le Courrier des Maires N° 244 - mars 2011</i>	(2 pages)
DOCUMENT 12 :	« Au-delà des <i>Arcana rerum publicarum</i> : Le conflit d'intérêts, réponse à l'exigence de déontologie en politique ? » <i>La Semaine Juridique Administrations et collectivités territoriales N°6 - 7 février 2011</i>	(2 pages)

Article 432-12 du code pénal

Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16000 euros.

En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

Dans les mêmes communes, les mêmes élus peuvent acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal.

Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L. 2122-26 du code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 2121-18 du code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos.

4 bis. **Obligation de transmission au contrôle de légalité.** La délibération du conseil municipal prise sur le fondement de l'article L. 421-2-5 doit être transmise à l'autorité préfectorale pour être exécutoire. A défaut, le permis de construire est entaché d'illégalité. • CAA Marseille, 19 oct. 2006, n° 04MADA00004.

5. **Analogies avec le régime des délibérations.** V. aussi, par analogie, pour l'illégalité des délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires, art. L. 2131-11 CGCT, la délibération étant illégale s'ils sont intéressés à l'affaire (c'est-à-dire détention d'un intérêt privé distinct de l'intérêt public qu'ils représentent) et s'ils ont exercé une influence effective sur cette délibération à laquelle ils participent. - Par ex. • CAA Paris, 9 oct. 1997, Cne Vert-le-Grand, n° 97PA00998 ; • Dr. adm., 1998, n° 40 (les conseillers municipaux qui ont obtenu l'annulation par le TA d'une délibération du conseil ne doivent pas siéger lors de la séance au cours de laquelle l'assemblée autorise le maire à faire appel) • CE 24 mai 2000, Comité départemental de tourisme équestre de la Mayenne, req. n° 095657 ; Dr. adm., 2000, n° 155 (il n'est pas établi ni même allégué que la seule présence de l'épouse de la personne à qui le conseil municipal a décidé de céder des portions d'un chemin rural aurait exercé une influence sur le résultat du vote du conseil) • CE 23 mai 2001, Assoc. pour la défense de l'environnement du Pays Arézien et du Limousin, req. n° 201938 ; • Lebon T. 857, 1051, 1052 et 1228 ; (des conseillers municipaux, salariés ou anciens salariés de la COGEMA, ainsi qu'un conseiller municipal qui avait travaillé à la COGEMA en tant qu'artisan, qui prennent part à une délibération relative à une demande d'autorisation de stockage d'oxyde d'uranium approuvée présentée par cette entreprise ne peuvent être regardés comme intéressés à l'affaire). • CE 30 déc. 2002, Assoc. Expression Village, req. n° 229099 ; • Lebon T. 631 ; • BDU 2003, 176, concl. Austry, obs. L. T.-B. ; • Call. terr. n° 74, obs. Célérier (premier adjoint au maire et propriétaire de parcelles dont le classement avait été modifié par la révision du POS ayant participé aux réunions préparatoires et ayant siégé lors de la séance au cours de laquelle le POS a été approuvé ; procédure non irrégulière dès lors qu'il avait quitté la salle au moment du vote sur le projet de révision et n'avait pas pris une part active aux réunions préparatoires). • Une délibération approuvant un classement en zone NA d'une parcelle appartenant au maire qui a eu pour effet de permettre sa vente à un prix très supérieur à celui

2. févr. 2006, M. Edouard Bidaux ; • req. n° 04NCO0012. - V. aussi, pour une application du principe dont (cette disposition) s'inspire », CAA Nancy, 14 déc. 1994, Centre hospitalier de Clermont, Cne de Clermont ; • req. n° 93NCO1098 (permis de démolir).

2 bis. **Champ d'application matériel.** Depuis l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 déc. 2005, l'art. L. 422-7 est désormais clairement opposable aux projets faisant l'objet de permis (sans distinction) ou de déclaration préalable.

3. **Délégation obligatoire.** Si le maire (ou le président de l'établissement public, intercommunal) est intéressé à la délivrance d'un permis de construire, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, le conseil municipal (ou l'organe délibérant de l'EPIC) doit désigner un autre de ses membres pour délivrer l'autorisation considérée. - V. par ex., • CE 22 nov. 1995, Comité Action locale de la Chapelle-Saint-Sépulchre ; req. n° 095859 ; • Et lorsqu'une telle désignation a bien été faite, le moyen tiré de l'incompétence du signataire du permis doit être écarté. • CE 29 déc. 1999, Sté 57M Ile-de-France Résidentiel SNC ; • req. n° 167484. • La circonstance qu'un permis de construire a été signé non par le maire mais par son adjoint en vertu d'une délégation de signature consentie par le maire à ce dernier n'est pas de nature à rendre inopérant le moyen tiré de ce que le conseil municipal aurait dû, en raison de l'intérêt du maire à la délivrance du permis, recourir à la procédure prévue par l'article L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7) en désignant un de ses membres pour délivrer le permis de construire. • CE 26 févr. 2001, Mme Dorwilling-Carter et a., req. n° 211318 ; • BDU 2001, 123.

4. **Délégation spéciale.** La désignation doit se faire par une délibération spéciale et elle doit être régulière. • CE 22 nov. 1995, Comité Action locale de la Chapelle-Saint-Sépulchre, req. n° 095859 ; • Mon. 7p 26 janv. 1996, 59 ; • RF Décentr. 1996, n° 4, p. 219, obs. Ch. Pichon (incompétence de l'adjoint au maire pour signer une autorisation de clôture en ce qu'il n'était pas dans l'ordre du tableau et auteur de la décision, après régularisation désignée à cette fin par une délibération du conseil municipal). • Mais le fait que la délibération déléguant à l'adjoint la signature du permis n'ait pas été visée dans l'acte déléguant le permis n'affecte pas la légalité de cet arrêté. • CE 23 oct. 1995, Cne de Semsomac ; • req. n° 725967.

Art. L. 422-7 Si le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale est intéressé au projet faisant l'objet de la demande de permis ou de la déclaration préalable, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, le conseil municipal de la commune ou l'organe délibérant de l'établissement public désigne un autre de ses membres pour prendre la décision.

Enl. • Tronçé, le principe d'impartialité dans la procédure de délivrance des permis de construire, AJDA 2009, 235.

COMMENTAIRE

Lorsque le maire ou le président d'un établissement public de coopération intercommunale est intéressé à la délivrance d'un permis de construire, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, il appartient en effet alors à l'organe délibérant de la collectivité de désigner un autre de ses membres pour délivrer le permis de construire. Ces dispositions, autrefois codifiées à l'ancien article L. 421-2-5, sont désormais reprises à l'article L. 422-7. Ce dernier, prenant en compte le regroupement nouveau des autorisations qui était l'ordonnance du 8 décembre 2005 met en place, précise désormais clairement qu'il s'agit de la demande de permis de construire, aménager, démolir) aussi bien que les déclarations préalables. Sous cette réserve, les annotations jurisprudentielles gardent toute leur pertinence et ont été insérées sous l'article L. 422-7.

Le décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 n'a pas précisé ces dispositions.

1° REGLES GÉNÉRALES

a. **Champ d'application**

1. **Champ d'application territorial.** Ces dispositions ne sont pas applicables aux communes qui ne sont pas dotées d'un plan d'occupation des sols. • CE 14 juin 1995, M. et Mme Girot ; • req. n° 115091 • CAA Nancy, 12 janv. 2006, Assoc. Air Pur Environnement d'Herméville et ses environs ; • req. n° 02NCO0493. • V. toutefois, un maire, propriétaire des terrains pour lesquels le permis de construire est demandé, doit être regardé comme intéressé à la délivrance de ce permis, même dans une commune ne disposant pas d'un POS approuvé, où ce permis serait délivré au nom de l'Etat. • TA Amiens, 24 sept. 1996, Epix Micheli, req. n° 93-2147 ; • Lebon T. 1219 ; • Les dispositions de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7) étant inapplicables, la décision statuant sur la demande de permis peut être signée, sur le fondement de l'art. L. 122-13 CGCT (ex-c. communes, art. L. 122-13) par un adjoint ou à défaut par un conseiller municipal pris dans l'ordre du tableau. • TA Amiens, 24 sept. 1996, Epix Micheli, req. n° 93-2147 ; • préc. • CAA Marseille, 7 nov. 2002, Min. de l'équipement, des transports et du logement ; req. n° 96MAD01381 (permis régulièrement signé par l'adjoint agissant en vertu d'une délégation consentie par le maire bien que ce

dernier, qui a déposé le permis de construire en son nom personnel, était intéressé à la délivrance de ce permis). • V. aussi, les concl. de Miqaville, selon lesquelles il convient alors d'appliquer le principe d'impartialité qui s'impose, même sans texte, à tout organisme administratif ; • CE ass. 3 déc. 1999, Caisse de crédit mutuel de Brest-Trebeur, req. n° 197060 et 197061 ; • Lebon 397 ; • ce principe jouant notamment pour la procédure consultative avant la prise de décision et devant donc s'appliquer à l'avis rendu par le maire sur la demande de permis, le moyen tiré d'un défaut de prise en compte d'intérêt était alors dépourvu de fondement. • CE 1er oct. 2001, M. Copele, req. n° 234908 ; • Lebon T. 1119 ; • BDU 2001, 463, concl. Miqaville ; • Constr.-Urb. 2001, n° 268, obs. Comille.

2. **Champ d'application matériel.** Avant l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 déc. 2005, cette disposition est également applicable aux autorisations, telles que : • ... Une autorisation de lotir. • CE 31 juill. 1996, Cne de Courpalay, req. n° 116500 ; • Lebon 335 ; • Rép. univ. n° 32579 ; • JOAN O. 4 mars 1996, 1205 (1996) ; • 1996, prat. p. 781. • ... Ou une autorisation de clôture. • CE 22 nov. 1995, Comité Action locale de la Chapelle-Saint-Sépulchre ; req. n° 095935 ; • ... Ou un certificat d'urbanisme. • CAA Nancy

fixé lors de la mutation antérieure, dans la semaine qui a suivi l'adoption du nouveau POS, à pour seul objet de favoriser directement les intérêts du maire et est, par suite, entachée de détournement de pouvoir. La délibération est également entachée d'un vice de procédure, le maire ayant été regardé comme intéressé au sens de l'article L. 2131-11 CGCT. • CE 6 nov. 2006, *Assoc. Les amis du château d'Hénorville*, req. n° 277829 ; • *Constr.-Urb.* 2006, n° 12, p. 28, obs. Godfrin. • L'existence de l'intérêt du conseiller municipal relève d'un contrôle de cassation tandis que la part prise à l'adoption de la délibération relève souverainement des juges du fond. • Même arrêt. • Sur la participation des personnes intéressées aux délibérations et actes de POS, V. obs. in *BIDU* 2000, 65, ou encore obs. L. T.-B. in *BIDU* 2003, 179.

c. Sanction de l'intérêt personnel

6. *Incompétence.* L'autorisation accordée sera annulée pour incompétence de l'auteur de l'acte, V. par ex., • CE 31 juill. 1996, *Cne de Courpalay*; • *prec. note* 2.

7. *Débit de prise illégale d'intérêt.* Art. 432-12 C. pén. Le délit prévu par l'art. 432-12 C. pén. réprime le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, ou chargée d'une mission de service public, ou une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Il est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Des exceptions sont prévues pour les communes comptant 3 500 habitants au plus. Les exceptions prévues par l'al. 2 de l'art. L. 432-12 C. pén. ne s'appliquent d'ailleurs pas aux structures intercommunales. Rép. min. n° 25304 ; *JOAN* Q 6 déc. 1999, 7023.

7 bis. *Débit de prise illégale d'intérêt. Éléments constitutifs.* L'infraction se caractérise par l'intérêt personnel que le coupable recherche ou trouve dans la commission de l'infraction. L'intérêt mentionné à l'art. R. 432-12 s'entend par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect. • *Crim.* 5 nov. 1998 ; • *Bull. crim.* n° 289, - V. aussi, par ex., • *Crim.* 29 sept. 1999 ; • *Bull. crim.* n° 202 ; D. 2000, *Somm.* 125, obs. Segondès ; • *Dr. pénal* 2000, n° 15 ; *RSC* 2000, p. 473, obs. Bouloc. • La preuve de cet intérêt découle normalement des liens familiaux qui unissent le coupable et le bénéficiaire de l'infraction. • *Crim.* 19 mai 1999 ; • *Bull. crim.*

n° 101 ; D. 2000, *Somm.* 124, obs. Segondès ; • *Dr. pénal* 1999, n° 139. • La jurisprudence apprécie très largement la notion de surveillance et d'administration, l'élé ne devant pas disposer nécessairement d'un pouvoir de décision mais ayant pu jouer parfois un simple rôle, même modeste, dans la préparation de la décision. Mais seuls les maires, adjoints et conseillers municipaux ayant reçu délégation de fonction et dont l'objet du contrat entre dans leur compétence, sont concernés par ces dispositions. Rép. min. n° 2549 ; *JO Sénat* Q 7 févr. 2008, p. 244 ; *JCP N* 2008, *Actu.* n° 233. • Le délit est également constitué lorsque l'acte est pris par une personne à qui a été donnée une délégation. - V. par ex. • *Crim.* 9 févr. 2005, *Procureur général près la cour d'appel de Bastia*, *Jules Paul X* ; • *Bull. crim.* 2005, n° 48 ; *B/CJ* 2005, 334, *conf.* *Commentaire* (débit de prise illégale d'intérêt) du président du conseil général, monobstant la délégation de signature qu'il avait donnée, car il doit être considéré comme ayant conservé la surveillance de l'opération).

7 ter. *Débit de prise illégale d'intérêt. Exemples.* Le maire commet un délit de prise illégale d'intérêt lorsque son adjoint délire un permis de construire dérogatoire au POS pour un terrain appartenant à une SARL dont il détient le quart des parts sociales, ce terrain ayant en outre fait l'objet d'une promesse de vente sous condition de délivrance d'un permis de construire. • *Crim.* 27 juin 1995 ; • *pourvoi* n° 93-80.346. • Le maire commet un délit de prise illégale d'intérêt lorsqu'il a conservé un intérêt illégalement pris et résultant du classement en zone constructible de son terrain et que son adjoint au maire délire une autorisation de loir à une SCI créée et contrôlée par ses deux beaux-frères, dont il est proche, l'opération l'ayant favorisée financièrement à travers des sociétés familiales. • *Crim.* 25 janv. 2006 ; • *pourvoi* n° 05-83.559. • Le délit d'ingérence du maire a été regardé comme constitué, par exemple, dans une affaire portant sur un permis signé par le maire-adjoint en qualité de délégué. • *Crim.* 9 juin 1998, *Antoine T.* ; *pourvoi* n° 97-80.848, *arrêt* n° 3599, • ... • Ou encore, en matière de ZAC, avec un adjoint au maire intéressé. • CE 7 avr. 1999, *Cne de La Crau*, req. n° 149208 ; • *Ét. fonc.* n° 83, *été* 1999, 28. • Se rend coupable de prise illégale d'intérêt l'adjoint du maire qui participe à la préparation ainsi qu'à la prise de décision se rapportant à la révision du POS, alors qu'il détient des terrains concernés par cette révision, à l'issue de laquelle ils ont été classés en zone constructible, ce même adjoint ayant également participé à la délibération du conseil municipal autorisant le maire à acheter ces terrains pour la commune. • Grenoble, 13 juin 2003, n° 02-

01533 ; *publié* par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation. • Le délit de prise illégale d'intérêt est constitué lorsque le maire présente un plan d'urbanisme englobant des terrains et bâtiments appartenant à une SCI dont il est le gérant et porteur de parts, que l'avocat de cette SCI négocie avec lui le prix de la vente de ces bâtiments et terrains et que ces derniers sont acquis à ce prix par la commune. Les circonstances que le maire n'avait pas pris part au vote du conseil municipal « décident » l'acquisition du terrain et que le prix fixe n'aurait pas été la commune ou encore que le maire ne se serait pas enrichi ne sont pas prises en compte. Le délit de prise illégale d'intérêt sanctionnant le fait pour un élu de ne pas faire de distinction entre son intérêt privé et celui de ses administrés et garantir ainsi sa probité dans la gestion des affaires publiques. • *Crim.* 17 mai 2006 ; • *pourvoi* n° 05-87.314. • V. encore, pour un ex., • *Crim.* 29 sept. 1999, *Proc. gén.* près la CA de Colmar ; *Juris-Data* n° 003737 ; *Dr. pén.* 2000, n° 15 (cassation de l'arrêt de la cour ayant relaxé le maire ayant signé lui-même ou fait signer par son adjoint cinq actes d'engagements portant sur des travaux de construction de bâtiments communaux confiés à son gendre, architecte, l'intérêt pouvant être, selon la cour, « de nature matérielle ou morale, direct ou indirect »). • Le délit de prise illégale d'intérêt est constitué par tout lien contractuel de l'élu avec la commune et la surveillance, même partielle. Si un élu veut acheter une parcelle dans un lotissement communal, ce qui suppose qu'il n'a pas de compétences d'attribution en la matière, il ne peut participer à la délibération du conseil municipal qui autorise le contrat, un régime dérogatoire étant toutefois prévu dans les communes de plus de 3 500 habitants. • Rép. min. n° 2549 ; *JO Sénat* Q 7 févr. 2008, p. 244 ; *JCP N* 2008, *Actu.* n° 233.

7 quater. *Débit de prise illégale d'intérêt. Importance pratique.* Sur l'importance pratique de cet art. 432-12 C. pén., V. *Comm. Laralde* s. • CAA Nantes, 26 mai 1999, *Valensi*, req. n° 97N102439 ; *Constr.-Urb.* nov. 1999, 18, - Koubi. La notion de conseiller municipal personnellement intéressé à la délibération, LPA 1997, n° 48, 4. - Cotruog, La notion de conseiller municipal intéressé, *conf.* sur • CAA Paris, 9 oct. 1997, *Cne Vert-le-Grand* ; LPA 1996, n° 25, 14, - D. Thavez-Piard, Responsabilité pénale des communes, *Litac* 1999, - Thévenet, Les maires face à la prise illégale ou légale d'intérêt, LPA 8 févr. 2000, n° 27, p. 5. - Maillet, La notion d'élu intéressé dans le droit des collectivités locales, *JCP* 2000, I 242, - R. de Castelnaud, Loi du 10 juill. 2000 et pénalisation de la gestion

publique : trompe-l'œil ou réelle, avancée ? *Dr. adm.*, oct. 2000, *Chron.* 15. - Fatôme et Moreau, *Prise illégale d'intérêt et « conseiller intéressé »*, *Coil. terr.* juin 2000, *Chron.* p. 4. - Deléris, Délégation de service public et droit pénal, *Coil. terr.* 2003, *Chron.* 8.

2° NOTION D'INTÉRÊSSEMENT

8. *Appréciation à la date de délivrance du permis.* L'intérêt personnel vis-à-vis de la construction est apprécié au jour de la délivrance du permis de construire. • CAA Nantes, 26 mai 1999, *Valensi*, req. n° 97N102439 ; *Gaz. heb.* 6 sept. 1999, n° 1515.54 ; *BIDU* 1999, 313 ; *Constr.-Urb.* 1999, n° 31 ; *Dr. adm.* 1999, n° 265 (géomètre ayant participé à l'élaboration du projet mais ayant cessé toute collaboration dès son élection et ayant donc perdu les liens professionnels avec la société attributaire du permis).

9. *Interprétation large.* Cette disposition vise le cas où le maire est le propriétaire du terrain sur lequel la construction est prévue, celle dans laquelle lui ou un de ses proches parents (ascendant, descendant, conjoint) est le bénéficiaire de l'autorisation, mais aussi les hypothèses où il peut être établi un lien professionnel, au sens large du terme, entre le signataire du permis et son bénéficiaire (mandataire, architecte, entrepreneur, géomètre, notaire, promoteur, lotisseur, vendeur du terrain d'assiette). - V. *Circ.* 6 juin 1984. - Rép. min. n° 41971 ; *JOAN* Q 22 juin 1992, 2788 - Rép. min. n° 32679 ; *JOAN* Q 4 mars 1996, 1205 ; *JCP N* 1996, *prat.* 791. • L'intérêt peut être compris de manière positive (intérêt en faveur du projet) ou négative (intérêt à l'encontre du projet). - Rép. min. n° 41971 ; *prec.* • V. aussi, par analogie, avec la participation au vote d'une délibération du conseil municipal de conseillers intéressés, • CE 17 nov. 1999, *Riche*, req. n° 196531 ; • *Coil. terr.*, févr. 2000, n° 44 (et les ex. donnés dans la note de L. Erstein sous cet arrêt).

a. Ont été regardés comme intéressés

10. *Maire, propriétaire du terrain.* Est intéressé le maire qui est propriétaire du terrain sur lequel la construction est prévue. • TA Amiens, 24 sept. 1996, *Ép. Micheli* c/ *Préfet de la Somme*, req. n° 93-2147 ; • *Gaz. Pal.* 30 et 31 mai 1997, *Ben* 50 ; TA Strasbourg, *ref.*, 1^{er} mars 2002, *Schwimmer* c/ *Cne de Diedenhelm*, *Société Ster Promotion SARL*, req. n° 0200150 ; *RDI* 2002, 255, obs. Soller-Courteaux. - Rép. min. n° 41971 ; *JOAN* Q 22 juin 1992, p. 2788. • ... • Ou sur lequel une autorisation de clôture a été demandée (législation antérieure à la L. n° 86-13 du 6 janv. 1986). • CE 22 nov. 1995, *Comité*

17. Maire géomètre. N'a pas été regardé comme intéressé un maire (M. B.) qui, après avoir dressé le plan de masse de la propriété assiette du permis de construire en tant que géomètre, a ensuite délivré ce permis en tant que maire de la commune. • CAA Paris, 2 oct. 2001. M. et Mme Lasserre. • req. n° 99PA01077 (bénéficiaire des dommages et intérêts de l'annulation de l'art. 2 du permis imposant une cession gratuite de terrain). • M. B. s'est borné à agir en tant que géomètre d'une part en informant les pétitionnaires, lors de l'établissement du dossier des permis de construire, de l'existence d'une servitude d'alimentation concernant le chemin, découlant de l'existence d'un plan parcellaire établi en 1970, et, d'autre part, en indiquant sur le plan de masse, la limite de cet alignement. • Même arrêt. • Par ailleurs, M. B. n'est pas riverain de la voie publique ayant justifié la mise en oeuvre de la procédure d'alignement. • Même arrêt. • Enfin il ne ressort pas des pièces du dossier que M. B. aurait recherché un intérêt personnel en délivrant un permis de construire assorti d'une cession gratuite de terrain. • Même arrêt. • Ne peut être regardé comme intéressé à la délivrance du permis un maire qui exerçait les fonctions de géomètre-expert avant d'être élu maire et a procédé à une étude pour le compte d'une société portant sur les superficies de stationnement automobile à inclure dans le projet de construction, mais qui s'est abstenu, après son élection, de connaître de ce projet de construction. • CE 26 févr. 2001. Mme Dowling-Carter et a. • préc. note 3 (arrêt ajoutant que le permis a été « par ailleurs » signé par un adjoint).

14. Maire ayant perdu les feus professionnels. Ne peut être regardé, à la date de délivrance du permis, comme intéressé, un maire qui a participé, en qualité de géomètre, à l'élaboration du projet faisant l'objet de la demande de permis de construire mais qui a cessé toute collaboration avec le pétitionnaire dès son élection. • CAA Nantes, 26 mai 1999. Valens. req. n° 99NT02439. • Gsz. crés, 6 sept. 1999. 54. B/DU 1999. 373. • Constr.-Urb. 1999. n° 310.

15. Simple délivrance d'un permis à la commune. Le fait que la construction envisagée fasse partie du domaine communal n'implique pas que le maire soit intéressé à la délivrance du permis au sens de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7) et n'impose pas que le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour délivrer ce permis. Rép. min. : JOAN Q, 22 mars 1999. 1764-1765. • B/DU 1999. 160. • La délivrance à la commune d'un permis de construire ne suffit pas à faire regarder le maire comme ayant un intérêt quelconque dans l'opération de construction au sens de l'art. 422-12. C. pén. ni comme étant intéressé au sens de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7). • CE 23 oct. 2002. Cne de Champanx-Mont-Bianc, req. n° 219663. • B/DU 2002. 567, concl. Collin. • Constr.-Urb. 2003. n° 22. obs. Benoît-Cattin (permis portant sur la réalisation d'installations nouvelles sur l'habitat des Bois appartenant au domaine communal et utilisé, pour les besoins des secours en montagne, par les services de la sécurité civile et de la gendarmerie et par une association de secours en montagne). — V. dans le même sens. • TA Paris, 31 oct. 1991. Assoc. de défense du site du Parc Monceau : JCP 1992. IV. 2891. • Le seul fait pour le maire de demander un permis de construire pour le compte de la commune ne suffit pas à le faire regarder comme intéressé au sens de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7). Le conseil municipal excède donc sa compétence s'il désigne un de ses membres pour délivrer tous les permis de construire présentés au nom de la commune. • CAA Bordeaux, 18 mai 2006. Cne d'Arcangues. • req. n° 03BX01626.

16. Participation à la délibération instituant une délégation. La circonstance que le maire ait assisté à la séance au cours de laquelle le conseil municipal a pris cette délégation n'est pas par elle-même, de nature à faire regarder le maire comme personnellement intéressé. • CE 23 oct. 1995. Cne de Moisselles et SEMSONMAC : req. n° 125961. • (Application des dispositions de l'art. L. 121-35 C. communes [recodifié ss. CGCT, art. L. 2131-11], alors applicables).

18. Autres exemples. La circonstance que la commune, représentée par son maire, se soit portée, sans succès, acquéreur du terrain d'assiette du projet de construction pour lequel un permis de construire a été refusé, ne permet pas de regarder le maire comme ayant poursuivi, à cette occasion, la satisfaction d'un intérêt personnel. • CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2001. M. Bourriev : req. n° 97BX02314. • La circonstance que la commune devait être locataire de la SCI ayant bénéficié d'un permis tacite ne saurait faire regarder le maire comme intéressé, soit en son nom personnel, soit comme mandataire, à la délivrance du permis. • CAA Bordeaux, 15 juin 2000. Préfet des Deux-Sèvres : req. n° 97BX01361. • La demande de rétrocession a été rejetée en l'absence de moyen de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision dans une affaire dans laquelle il était soutenu que le maire était intéressé à la délivrance du permis de construire en sa qualité de frère du vendeur (propriétaire) du terrain de la construction. • CE 1^{er} oct. 2001. M. Copède. • préc. note 1. • Les seules circonstances que le maire soit le frère de la

12. Maire ayant un lien avec le projet. Il en est de même lorsque l'office notarial dans lequel le maire est associé a suivi le projet de construction jusqu'à une date postérieure à l'obtention du permis de construire tacite. • CAA Nantes, 15 avr. 1998. M. Brevet, req. n° 98NT00781. • B/DU 1998. 305 (par suite, compétence de l'adjoint au maire, désigné par délibération du conseil municipal, pour signer et, par conséquent, rapporter le permis de construire). • Comp. : TA Nancy, 19 déc. 2000. Regennass c/ Cne de Val-d'Ajol, req. n° 0097. • Constr.-Urb. 2001. n° 99 (x le projet de la commune n'étant pas particulier, notaire tant du vendeur que de la commune, a été regardé comme n'étant pas personnellement intéressé au sens de l'art. L. 2131-11 CGCT à la délibération du conseil municipal, prise à l'initiative, de préempter le bien). • Est également intéressé un maire qui a délivré un certificat pré-opérationnel à une division successorale dans laquelle son épouse est co-indivisaire. • CAA Nancy, 2 févr. 2006. M. Edouard Bidoux, req. n° 04NC00018. • préc. note 2. • Est également intéressé un maire propriétaire d'une parcelle d'ordre privé relatif au bornage de ces propriétés d'urbanisme négatif contesté, alors qu'un litige s'était déjà élevé entre les requérants. La circonstance que le membre du conseil municipal

13. Maire assumant la présidence de sociétés ou d'organismes. Un maire accordant un permis de construire à un office public d'HLM dont il est le président, n'est intéressé au sens de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7), ni en son nom personnel ni comme mandataire, et a. c/ Ville de Périgueux, req. n° 76935. • Lebon T. 1081. • Dr. adm. 1988. n° 417. • Et un maire ne peut être regardé, en sa seule qualité de président de la société d'économie mixte bénéficiaire du permis, comme intéressé à la délivrance de ce permis. • CAA Lyon, 21 déc. 2000. SALEM LPV et Cne de Vézille. • req. n° 96LY00002 et 96LY00040. • Et n'est pas non plus intéressé au sens de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7) un maire ayant accordé un permis de construire des maisons de retraite à l'hôpital civil dont il est le président. • CAA Nancy, 14 déc. 1994. Centre hospitalier de Clermont. Cne de Clermont. • req. n° 95NC01098. • ... Ni un maire qui a la qualité de président du conseil d'administration du centre hospitalier qui a vendu le terrain d'assiette du projet. • CAA Lyon, 6 avr. 2006. M. et Mme Didier Thiriot. • req. n° 03LY02063. • ... Ni un maire, vice-président d'une SEM propriétaire du terrain. • CAA Paris, 26 oct. 1993. Cne de Châtillon et Cne d'Avay, req. n° 93PA00248. • Lebon 475. • (travaux d'aménagement d'un restaurant exploité par un tiers mais édifié sur un terrain appartenant à la SEM). • ... Ni un maire ayant autorisé la construction d'un club-house et d'un entrepôt destiné au matériel d'entretien du golf, alors qu'il est président de la société d'économie mixte chargée de l'aménagement d'un golf. • CE 13 mars 1992. Cne de Savenay c/ Epix Kerbrand. • req. n° 122796. • V. pour la clarification de la situation des élus exerçant des fonctions dans les sociétés d'économie mixte, après la loi de modernisation, RFDA 2002. 923 Setier. Les sociétés d'économie mixte locales ont encore Majorovitz. La responsabilité des élus locaux au sein des sociétés d'économie mixte locales après la loi du 2 janv. 2002. CJEG 2003. p. 1.

14. Action locale de la Chapelle-Saint-Sépulchre, req. n° 095859 : préc. note 4.

11. Maire (ou son épouse) détenteur des parts d'une société bénéficiaire de l'autorisation. Est intéressé le maire qui est propriétaire de l'une des entreprises devant construire le bâtiment prévu. • CAA Paris, 29 déc. 1994. Sirof. • Lebon T. 1252. • Dr. adm. 1995. n° 242 (maire possédant avec son épouse, qui en est la gérante, la moitié des parts d'une entreprise de plomberie-sanitaire qui a participé à la construction litigieuse pour un montant de travaux représentant 17 % de son chiffre d'affaire annuel). • ... Alors même que l'entreprise n'est intervenue sur le chantier qu'à la suite d'une défaillance d'une autre entreprise et que la demande aurait été entièrement instruite, par les services de l'Etat. • Même arrêt. • V. aussi, par analogie, pour une autorisation de lotir. • CE 31 juill. 1996. Cne de Courpaly. • Lebon 335. • V. Rép. min. 1996. Prot. 787 (maire détenteur 150 des 500 parts d'une SCI à laquelle il a délivré une autorisation de lotir). • Le maire est « intéressé » à la délivrance d'un permis de construire accordé à une société dans laquelle son épouse est associée. • CAA Bordeaux, 21 oct. 2004. Préfet de Charente-Maritime, req. n° 01BX01593. • Constr.-Urb. 2005. n° 20. obs. Cornille.

12. Maire ayant un lien avec le projet. Il en est de même lorsque l'office notarial dans lequel le maire est associé a suivi le projet de construction jusqu'à une date postérieure à l'obtention du permis de construire tacite. • CAA Nantes, 15 avr. 1998. M. Brevet, req. n° 98NT00781. • B/DU 1998. 305 (par suite, compétence de l'adjoint au maire, désigné par délibération du conseil municipal, pour signer et, par conséquent, rapporter le permis de construire). • Comp. : TA Nancy, 19 déc. 2000. Regennass c/ Cne de Val-d'Ajol, req. n° 0097. • Constr.-Urb. 2001. n° 99 (x le projet de la commune n'étant pas particulier, notaire tant du vendeur que de la commune, a été regardé comme n'étant pas personnellement intéressé au sens de l'art. L. 2131-11 CGCT à la délibération du conseil municipal, prise à l'initiative, de préempter le bien). • Est également intéressé un maire qui a délivré un certificat pré-opérationnel à une division successorale dans laquelle son épouse est co-indivisaire. • CAA Nancy, 2 févr. 2006. M. Edouard Bidoux, req. n° 04NC00018. • préc. note 2. • Est également intéressé un maire propriétaire d'une parcelle d'ordre privé relatif au bornage de ces propriétés d'urbanisme négatif contesté, alors qu'un litige s'était déjà élevé entre les requérants. La circonstance que le membre du conseil municipal

13. Maire assumant la présidence de sociétés ou d'organismes. Un maire accordant un permis de construire à un office public d'HLM dont il est le président, n'est intéressé au sens de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7), ni en son nom personnel ni comme mandataire, et a. c/ Ville de Périgueux, req. n° 76935. • Lebon T. 1081. • Dr. adm. 1988. n° 417. • Et un maire ne peut être regardé, en sa seule qualité de président de la société d'économie mixte bénéficiaire du permis, comme intéressé à la délivrance de ce permis. • CAA Lyon, 21 déc. 2000. SALEM LPV et Cne de Vézille. • req. n° 96LY00002 et 96LY00040. • Et n'est pas non plus intéressé au sens de l'ancien art. L. 421-2-5 (actuel art. L. 422-7) un maire ayant accordé un permis de construire des maisons de retraite à l'hôpital civil dont il est le président. • CAA Nancy, 14 déc. 1994. Centre hospitalier de Clermont. Cne de Clermont. • req. n° 95NC01098. • ... Ni un maire qui a la qualité de président du conseil d'administration du centre hospitalier qui a vendu le terrain d'assiette du projet. • CAA Lyon, 6 avr. 2006. M. et Mme Didier Thiriot. • req. n° 03LY02063. • ... Ni un maire, vice-président d'une SEM propriétaire du terrain. • CAA Paris, 26 oct. 1993. Cne de Châtillon et Cne d'Avay, req. n° 93PA00248. • Lebon 475. • (travaux d'aménagement d'un restaurant exploité par un tiers mais édifié sur un terrain appartenant à la SEM). • ... Ni un maire ayant autorisé la construction d'un club-house et d'un entrepôt destiné au matériel d'entretien du golf, alors qu'il est président de la société d'économie mixte chargée de l'aménagement d'un golf. • CE 13 mars 1992. Cne de Savenay c/ Epix Kerbrand. • req. n° 122796. • V. pour la clarification de la situation des élus exerçant des fonctions dans les sociétés d'économie mixte, après la loi de modernisation, RFDA 2002. 923 Setier. Les sociétés d'économie mixte locales ont encore Majorovitz. La responsabilité des élus locaux au sein des sociétés d'économie mixte locales après la loi du 2 janv. 2002. CJEG 2003. p. 1.

14. Action locale de la Chapelle-Saint-Sépulchre, req. n° 095859 : préc. note 4.

11. Maire (ou son épouse) détenteur des parts d'une société bénéficiaire de l'autorisation. Est intéressé le maire qui est propriétaire de l'une des entreprises devant construire le bâtiment prévu. • CAA Paris, 29 déc. 1994. Sirof. • Lebon T. 1252. • Dr. adm. 1995. n° 242 (maire possédant avec son épouse, qui en est la gérante, la moitié des parts d'une entreprise de plomberie-sanitaire qui a participé à la construction litigieuse pour un montant de travaux représentant 17 % de son chiffre d'affaire annuel). • ... Alors même que l'entreprise n'est intervenue sur le chantier qu'à la suite d'une défaillance d'une autre entreprise et que la demande aurait été entièrement instruite, par les services de l'Etat. • Même arrêt. • V. aussi, par analogie, pour une autorisation de lotir. • CE 31 juill. 1996. Cne de Courpaly. • Lebon 335. • V. Rép. min. 1996. Prot. 787 (maire détenteur 150 des 500 parts d'une SCI à laquelle il a délivré une autorisation de lotir). • Le maire est « intéressé » à la délivrance d'un permis de construire accordé à une société dans laquelle son épouse est associée. • CAA Bordeaux, 21 oct. 2004. Préfet de Charente-Maritime, req. n° 01BX01593. • Constr.-Urb. 2005. n° 20. obs. Cornille.

12. Maire ayant un lien avec le projet. Il en est de même lorsque l'office notarial dans lequel le maire est associé a suivi le projet de construction jusqu'à une date postérieure à l'obtention du permis de construire tacite. • CAA Nantes, 15 avr. 1998. M. Brevet, req. n° 98NT00781. • B/DU 1998. 305 (par suite, compétence de l'adjoint au maire, désigné par délibération du conseil municipal, pour signer et, par conséquent, rapporter le permis de construire). • Comp. : TA Nancy, 19 déc. 2000. Regennass c/ Cne de Val-d'Ajol, req. n° 0097. • Constr.-Urb. 2001. n° 99 (x le projet de la commune n'étant pas particulier, notaire tant du vendeur que de la commune, a été regardé comme n'étant pas personnellement intéressé au sens de l'art. L. 2131-11 CGCT à la délibération du conseil municipal, prise à l'initiative, de préempter le bien). • Est également intéressé un maire qui a délivré un certificat pré-opérationnel à une division successorale dans laquelle son épouse est co-indivisaire. • CAA Nancy, 2 févr. 2006. M. Edouard Bidoux, req. n° 04NC00018. • préc. note 2. • Est également intéressé un maire propriétaire d'une parcelle d'ordre privé relatif au bornage de ces propriétés d'urbanisme négatif contesté, alors qu'un litige s'était déjà élevé entre les requérants. La circonstance que le membre du conseil municipal

personne qui a vendu le terrain d'assiette du projet et que son épouse travaille dans une agence immobilière sur le territoire de la commune ne permettent pas de regarder le maire comme intéressé à la délivrance du permis de construire. • CAA Marseille, 21 oct. 2004, Epix Rosso : req. n° 00MA01005.

30 PARALLÈLE AVEC LE NÉCESSAIRE RESPECT DU PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ

19. *Principe d'impartialité. Principe général du droit. Régime général.* Le principe d'impartialité s'applique à l'administration, même sans texte. • CE, sect., 29 avr. 1949, Bourdeaux : Lebon 188. • Cette exigence d'impartialité s'impose tant à l'auteur de la décision qu'aux personnes ou organismes consultés avant la décision. V. par ex. • CE 8 janv. 1998, Mme Serondi-Babonaux, req. n° 96654 : Lebon T. 297. • Si un lien de parenté ne peut suffire, à lui-même, à établir un manque d'impartialité. • CE sect., 3 juill. 1998, Mme Sava-Couderc, req. n° 172736 : r. Lebon 297. • ... Méconnaissance du principe d'impartialité l'autorité qui a un véritable intérêt personnel, tel un intérêt financier, à la décision prise. • CE 31 juill. 1996, Cne de Courpalay, req. n° 116500 : r. Lebon 315. 20. *Principe d'impartialité. Application aux autorisations délivrées au nom de l'État.* CE 22 févr. 2008, Assoc. Air Pur Environnement d'Hermeville. L'ancien art. L. 421-2-5, devenu

avec la réforme l'art. L. 422-7, n'a vocation à s'appliquer qu'aux communes dotées de document d'urbanisme et n'était donc pas applicable au cas d'espèce. Mais le principe d'impartialité était invoqué, et il trouve aussi à s'appliquer aux permis délivrés au nom de l'État. Le Conseil d'État a rappelé que ce principe d'impartialité, qui garantit aux administrés que toute autorité administrative, individuelle ou collégiale, est tenue de traiter leurs affaires sans préjugés ni partis pris, doit être respecté durant l'intégralité de la procédure d'instruction et de délivrance d'un permis de construire, y compris, dès lors, dans la phase de consultation précédant la prise de décision. Il a considéré que ce principe d'impartialité était en l'espèce méconnu, bien que le maire avait changé entre-temps. En effet, le maire qui avait instruit le permis de construire au nom de l'État était uni, par des liens de parenté au bénéficiaire du permis de construire et avait un intérêt personnel à la réalisation de cette opération de construction en raison de la rétrocession de parcelle prévu à son avantage en contrepartie de la délivrance de l'autorisation de construction. Son appréciation favorable, portée à la demande de permis, soit le jour même de son dépôt par le pétitionnaire, avait été déterminante dans la décision favorable prise par son successeur, au nom de l'État. • CE 22 févr. 2008, Assoc. Air Pur Environnement d'Hermeville et ses environs : s. req. n° 291372.

Art. L. 2131-10 à L. 2131-13 du Code général des collectivités territoriales à jour au 30 juin 2008

Art. L. 2131-10. – Sont illégales les décisions et délibérations par lesquelles les communes renoncent soit directement, soit par une clause contractuelle (1), à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit.

(1) Cette prohibition ne s'applique pas aux clauses qui se bornent à prévoir un aménagement ou une limitation de la responsabilité du cocontractant (CE, 28 janv. 1998, n° 138650, sté Borg Warner; *Juris-Data* n° 1998-050011).

Art. L. 2131-11 (1). – Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.

(1) *Notion d'intérêt à l'affaire.* La jurisprudence considère que deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait illégalité. Il faut d'une part que le conseiller municipal ait eu un intérêt personnel à l'affaire, distinct de celui des habitants de la commune, d'autre part que sa participation à la séance ait eu une influence déterminante sur le résultat du vote (CE, 12 févr. 1986, n° 45156, Cne Oto; *Juris-Data* n° 1986-605215; *Rec. CE* 1986, p. 39).

Est annulée pour ce motif la délibération décidant l'achat d'un immeuble appartenant à une personne privée dès lors que :

– la gestion d'une partie des biens de cette personne était assurée par un adjoint au maire exerçant la profession de notaire :

– cet adjoint a pris une part importante aux débats et participé au vote :

– la délibération a été adoptée par 14 voix contre 13 (CE, 27 juin 1997, n° 122044, Tassel; *Juris-Data* n° 1997-050894; *Rec. CE* 1997, p. 700).

L'article L. 2131-11 est également applicable à la délibération par laquelle un conseil municipal autorise le maire à interjeter appel d'un jugement ayant annulé une délibération antérieure à laquelle un ou plusieurs membres du conseil municipal étaient intéressés (CE, 24 mai 2000, n° 195657, Comité dptal de tourisme équestre de la Mayenne; *Juris-Data* n° 2000-060470).

Prise illégale d'intérêts. Ce délit (C. pén., art. 432-12), anciennement dénommé délit d'ingérence, résulte d'une relation d'affaires ou de type commercial entre un élu et la collectivité ou un organisme en dépendant. Il est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Des exceptions sont toutefois prévues en faveur des élus des communes de moins de 3 500 habitants. Dans ces communes, les maires, adjoints et conseillers municipaux peuvent traiter avec la commune pour le transfert de biens immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel de 16 000 €. Ils peuvent en outre :

– acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle :

– conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement :

– acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle.

Ces actes doivent être autorisés, après estimation par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal, à laquelle l'élu intéressé doit s'abstenir de participer.

Même dans les communes de moins de 3 500 habitants, les maires ne sont pas habilités à prendre à bail des terrains agricoles appartenant à la commune. Ils peuvent seulement conserver les baux conclus antérieurement à leur élection et les renouveler sans changement significatif dans les conditions du bail (*Rép. min.* n° 14599; *JOAN Q.*, 29 juin 1998, p. 3649).

Art. L. 2131-12. – Les dispositions des articles L. 2131-1 à L. 2131-11 sont applicables aux établissements publics communaux.

Art. L. 2131-13. – Les dispositions de l'article L. 1411-9 sont applicables aux marchés passés par les communes et les établissements publics communaux.

La prise illégale d'intérêts

La notion juridique de prise illégale d'intérêts défend la fonction publique contre tout risque de compromission. Son interprétation très large par le juge pénal doit inciter tous les membres du conseil municipal à respecter des règles de prudence.

La prise illégale d'intérêts a succédé à l'ancien « délit d'ingérence » instauré par l'article 175 du Code pénal de 1810. Ce délit, désormais défini à l'article 432-12 du Code pénal, réprime le fait, notamment pour une personne investie d'un mandat électif public, « de prendre, recevoir ou conserver, de manière directe ou indirecte, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Cette disposition vise non seulement à punir ceux qui ont délibérément cherché à profiter de leurs fonctions, mais elle a aussi un but de prévention et de dissuasion, afin de prévenir tout soupçon dont les élus pourraient faire l'objet concernant la confusion de leurs intérêts privés et des intérêts de la commune. De par ce caractère très général, le délit de prise illégale d'intérêts est fréquent, commis parfois en toute bonne foi, et sans avoir l'intention de tirer profit de la décision prise. Ses contours larges et difficiles à apprécier rendent ce délit redoutable pour ceux qui en ignorent l'existence et le régime. On peut citer, par exemple, le cas d'un adjoint au maire viticulteur, condamné pour prise illégale d'intérêts pour avoir livré du vin, à prix coûtant, à la maison de retraite municipale. Comme c'est un délit sévèrement condamné par le juge pénal, il convient d'engager le maire, mais aussi les adjoints et les conseillers ayant reçu du maire une délégation de fonction,

à la plus extrême prudence dès lors que leur commune doit traiter d'une affaire susceptible de les concerner personnellement, même de très loin.

La notion de surveillance

Trois éléments sont constitutifs du délit de prise illégale d'intérêts : un mandat électif, la notion d'administration et de surveillance, d'une part, et la notion d'intérêt d'autre part. L'administration et la surveillance sont appréciées de manière très large par la jurisprudence (préparation, proposition, présentation de rapport ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes...). En clair, même quand l'élu ne dispose pas d'un pouvoir de décision, il pourra être condamné s'il a joué un rôle, même modeste, dans la proposition ou la préparation de la décision.

En outre, concernant les maires en particulier, le juge va jusqu'à sanctionner une suspicion d'influence. La jurispru-

La notion de surveillance ne concerne pas les conseillers municipaux dès lors que ceux-ci adoptent une attitude de retrait

dence considère en effet que les maires conservent le contrôle et la surveillance des affaires de la commune, même pour les affaires pour lesquelles ils accordent délégation à leurs adjoints (jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis 1890, rappelée par exemple dans les arrêts Veron en 1995 et Fabien et Boulineau en 1996). Concrètement, cet exercice de la surveillance est tellement mécanique que lorsqu'un maire a un intérêt dans une affaire, même s'il veille à en rester éloigné, s'il se garde d'évoquer le sujet avec les autres membres du conseil municipal, s'il ne participe pas aux commissions ni à la délibération, il risque quand même d'être inquiété. S'agissant des adjoints ou conseillers délégués, le juge se référera à l'arrêté portant délégation pour savoir si le fait incriminé relevait bien de leurs pouvoirs propres ou délégués, et donc de leur surveillance.

La notion de surveillance ne concerne pas les conseillers municipaux dès lors que ceux-ci adoptent une attitude de retrait, ne jouent aucun rôle dans la préparation de la décision et ne participent pas à la délibération (le juge estime en revanche que la participation à la délibération du conseiller « intéressé » à l'affaire vaut surveillance ou administration de l'opération, au sens de l'article 432-12).

Il résulte de cette large interprétation du pouvoir de surveillance qu'*a priori*, ces élus, et tout particulièrement les maires, ne doivent avoir aucun rapport d'intérêt avec la collectivité qu'ils administrent : ils ne doivent pas être entrepreneur ou fournisseur de la commune,

→ EXEMPLE

Dans un arrêt du 14 novembre 2007, la Cour de cassation a estimé que le seul fait, pour un élu local « intéressé », de participer, même sans voter, à la réunion de l'organe délibérant de sa collectivité était constitutif du délit de prise illégale d'intérêts. Il s'agissait d'une affaire de vente, par une commune, de terrains à un

conseiller municipal. Malgré la précaution qu'avait pris le conseiller municipal concerné de sortir au moment du scrutin, la cour a considéré que sa participation à l'organe délibérant valait surveillance et l'a condamné. En outre, elle a condamné le maire pour complicité de délit de prise illégale d'intérêts.

→ LES SANCTIONS ENCOURUES

La peine encourue pour le délit de prise illégale d'intérêts est de cinq ans d'emprisonnement (généralement avec sursis) et de 75 000 euros d'amende. Ces sanctions peuvent être assorties de peines complémentaires, selon l'article 432-17 du Code pénal : interdiction des droits civils, civiques et de famille, interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise et confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction. Par ailleurs, l'article 17 du Code électoral prévoit que toute condamnation sur le fondement des articles 432-10 à 432-16 du Code pénal (les condamnations sur la base de l'article 432-12 sont donc naturellement

concernées) entraîne automatiquement une inéligibilité de cinq ans. Cette sanction constitue souvent une désagréable surprise pour l'élu concerné car, en général, elle n'est pas mentionnée dans le jugement rendu au pénal. Précisons que le délai de prescription pour un délit, qui est légalement de trois ans, ne s'applique pas dans ce cas car le Code pénal incrimine le fait de « conserver un intérêt » : les agissements peuvent donc être réprimés même s'ils sont découverts plus de trois ans après la prise d'intérêts. Par ailleurs, les proches qui auraient été bénéficiaires de l'opération peuvent être poursuivis au titre de recel, voire de complicité, du délit de prise illégale d'intérêts.

ni lui acheter, louer ou vendre aucun bien, ni lui fournir aucune prestation. La seule manière qu'aura un maire, artisan de profession par exemple, de se prémunir contre une accusation de prise illégale d'intérêts si son entreprise répond aux marchés lancés par la commune, sera de choisir entre son mandat et son activité professionnelle et, le cas échéant, de redevenir simple conseiller.

Une interprétation extensive de l'intérêt

Par ailleurs, il faut insister sur le fait que la notion de prise d'intérêts est interprétée de façon très large par le juge. Elle ne couvre pas seulement un profit personnel ou la perception directe de bénéfices, d'avantages pécuniaires ou matériels : elle peut s'étendre jusqu'à un intérêt moral ou affectif, direct ou indirect (par personnes interposées). Le juge va rechercher concrètement le lien avec le patrimoine personnel, au-delà des montages juridiques pouvant le dissimuler, et il va considérer que la prise d'intérêts est établie lorsque le patrimoine des descendants, ascendants ou du conjoint est concerné. Par exemple, il a été jugé que favoriser son gendre en assurant une part significative du chiffre d'affaires de son cabi-

net d'architecte, son épouse, propriétaire de parts sociales dans une entreprise attributaire de plusieurs lots après appel d'offres de la commune, ou recruter comme agents communaux les fils de deux de ses adjoints, constituait, pour un élu, une prise illégale d'intérêts. La même condamnation a été prononcée à l'encontre d'un élu qui avait instruit le dossier de sa propre entreprise dans le cadre d'une procédure d'aide aux entreprises, alors que celle-ci était parfaitement éligible aux aides, et dans le cas d'un maire qui, pour favoriser l'installation rapide d'une entreprise créatrice d'emploi, avait procédé à un échange de terrains qu'il possédait en propre avec le propriétaire de ceux nécessaires à l'installation de l'entreprise, puis cherché à récupérer la compensation des terrains abandonnés, sous forme d'attribution directe par la voie du remboursement ou de cession par la commune. L'article 432-12 prévoit des exceptions au profit des élus des petites communes : il leur donne une étroite marge de manœuvre concernant l'exécution de marchés modestes. Dans les communes de moins de 3 500 habitants, les maires, adjoints ou conseillers délégués ou agissant en remplacement du maire peu-

vent ainsi traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers, ou la fourniture de services, dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros. En dessous de ce seuil (qui correspond au montant total prévu au marché), un entrepreneur local pourra donc se voir confier l'exécution de travaux au profit de la commune dont il est l'élu.

Moins de 3 500 habitants : des exceptions très encadrées

L'article autorise aussi les élus de ces petites communes à acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle, à conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement, ou à acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Dans ces cas de figure, après estimation des biens concernés par le service des domaines, l'acte doit être autorisé par une délibération motivée du conseil municipal. Le maire, l'adjoint ou conseiller intéressé ne doit pas participer à la délibération relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. Il faut être très prudent avec ces exceptions, qui sont d'interprétation limitative : elles ne s'appliquent qu'aux opérations explicitement inscrites dans le code. La conclusion d'un bail commercial ou d'un bail rural, par exemple, n'étant pas cités, pourraient constituer des prises illégales d'intérêts. Par ailleurs, la Cour de cassation contrôle le strict respect des procédures et refuse à l'élu qui ne les a pas respectés le bénéfice exonératoire de responsabilité pénale de ses dispositions. Ainsi, la possibilité d'invoquer ces dérogations a été déniée à un maire d'une commune de moins de 3 500 habitants qui avait décidé, seul, de l'attribution à son beau-frère d'un contrat de maîtrise d'œuvre pour la rénovation d'un bâtiment communal et ce maire a été condamné pour prise illégale d'intérêts.

Fabienne NEDEY

La notion de prise d'intérêts peut s'étendre jusqu'à un intérêt moral ou affectif, direct ou indirect (par personnes interposées)

• Article 432-12 du Code pénal



La prise illégale d'intérêt

La prise illégale d'intérêt constitue l'un des délits les plus surprenants pour les élus de bonne foi, susceptibles d'être poursuivis et condamnés sur ce fondement, alors même qu'ils n'auraient bénéficié d'aucun enrichissement personnel ni provoqué aucun appauvrissement de la collectivité.

RÉFÉRENCES

- Code pénal, article 432-12
- Cass., crim., 24 mars 2010, n° 08-81-163
- Cass., crim., 22 octobre 2008, n° 08-82088
- Cour de Cassation, 9 février 2005, n° 03-85697
- Cass., crim., 2 février 2000, n° 99-82692
- Cass., crim., 22 septembre 1998, n° 96-83990
- Cass., crim., 23 février 1998, n° 87-82801
- CA Paris, 21 novembre 2008, n° 07/05608

1. Les personnes visées

L'article 432-12 du Code pénal, qui définit et réprime la prise illégale d'intérêt, prévoit que ce délit peut être commis par toute personne « dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public ». Au sein des collectivités territoriales, il s'agira donc de tous les élus et de tous les agents.

2. Les actes punis

Définition

La prise illégale d'intérêt consiste dans le fait de « prendre, recevoir ou conserver » (c'est-à-dire d'avoir) « directement ou indirectement » (c'est-à-dire, soi-même ou par l'entremise d'un proche, ascendant ou conjoint par exemple) « un intérêt quelconque » (qu'il soit matériel, financier par la détention de parts sociales, mais également symbolique et honorifique) « dans une entreprise ou dans une opération dont l'élu ou l'agent a, au moment de l'acte » (par exemple, la conclusion d'un marché ou le versement d'une subvention) « en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Ces notions de « surveillance » et d'« administration » sont moins précisément définies que les termes de liquidation et de paiement : elles sont assez vagues pour inclure tous les agissements par lesquels la personne incriminée va pouvoir exercer une influence quelconque sur l'opération. Il n'est en effet pas nécessaire, pour être condamnée, qu'une personne possède sur cette affaire un pouvoir autonome de décision : il suffit qu'elle contribue à cette décision, en participant par exemple à une commission chargée d'attribuer les subventions, de préparer des contrats ou de délivrer les autorisations d'occupation des locaux municipaux (Cass., crim., 22 septembre 1998, n° 96-83990).

Un périmètre très large

Signe du périmètre très large de l'infraction, il n'est pas nécessaire, pour que le juge prononce la condamnation, que la personne concernée ait retiré de l'opération prohibée un bénéfice (Cass., crim., 23 février 1988, n° 87-82801), ni que la collectivité ait souffert un préjudice.

Le cas récent le plus emblématique de la sévérité de cette infraction est le suivant : quatre élus municipaux (le maire, deux adjoints et un conseiller municipal) d'une commune de la banlieue parisienne ont été condamnés pour prise illégale d'intérêts au seul motif qu'ils avaient participé au vote de subventions bénéficiant aux associations qu'ils présidaient, alors même qu'ils n'en avaient retiré aucun profit personnel, que la collectivité n'avait subi aucun préjudice et que ces associations poursuivaient un but d'intérêt général (Cass., crim., 22 octobre 2008, n° 08-82068).

Dans cette affaire, la présidence, par un élu municipal, des associations concernées était pourtant expressément prévue par les statuts de ces associations : le juge a tout de même condamné les prévenus au motif qu'ils cumulaient les deux fonctions en connaissance de cause.

CONCLUSION

La prise illégale d'intérêt vise donc la seule confusion, sur une même tête, de deux qualités : celle de surveillant public et celle de surveillé privé. Ce simple cumul suffit à caractériser l'infraction dont la raison d'être est d'empêcher que la décision publique soit soupçonnée : il ne faut pas que les citoyens puissent imaginer que la décision prise au nom de la collectivité ait été polluée par l'intérêt privé du décideur.

Une infraction difficile à prévenir

La prévention, en pratique, de ce délit dans les collectivités territoriales requiert une attention permanente.

En ce qui concerne les agents, les adjoints, les vice-présidents ou les conseillers détenteurs d'une délé-

gation, il est toujours possible de fixer le périmètre de cette délégation de telle sorte qu'ils n'interviennent pas dans un champ d'activité sur lequel ils disposent d'intérêts. Mais c'est surtout le chef de l'exécutif que l'existence de ce risque pénal permanent place en position délicate, le CGCT énonçant qu'il est « seul chargé de l'administration », de toute l'administration.

Ainsi, le chef de l'exécutif peut toujours intervenir dans les matières qu'il a déléguées. Par conséquent, la Cour de cassation a jugé qu'un président de conseil général s'était rendu coupable de prise illégale d'intérêts dans la passation d'un marché public par la collectivité, alors que ce marché avait été signé par un agent sur délégation : « nonobstant la délégation de signature donnée à un chef de service du conseil général », le président du conseil général avait conservé « la surveillance et l'administration de la conclusion du marché » (Cass., crim., 9 février 2005, n°03-85697).

Enfin, la loi ne pose aucune limite au degré de parenté (entre l'élu en charge du dossier et le bénéficiaire de la décision) susceptible d'être retenu pour identifier une prise illégale d'intérêt. En pratique, le juge pénal a déjà condamné pour prise illégale d'intérêts des élus dont la collectivité avait passé des marchés avec une entreprise salariant leur épouse (CA Paris, 21 novembre 2008, n°07/05606) ou gérée par leur enfant (Cass., crim., 9 février 2005, n°03-85697), un maire ayant fait procéder, par les agents municipaux, à des travaux sur les propriétés de sa nièce (Cass., crim., 2 février 2000, n°99-82592) ou encore un agent public ayant passé commande à une entreprise dirigée par le père et l'oncle de sa femme (Cass., crim., 24 mars 2010, n°09-81-1531).

initiative parlementaire

Afin de tenter d'encadrer plus raisonnablement le champ d'application de la prise illégale d'intérêts, en écartant les situations où les élus siègent en qualité au sein des instances décisionnaires des organismes extérieurs, une proposition de loi a été déposée en mars 2009 par le sénateur Bernard Saugey.

Ce texte propose de remplacer au sein de l'article 432-12 du Code pénal les mots « un intérêt quelconque » par « un intérêt personnel distinct de l'intérêt général ». Une telle formulation s'inspire de l'état de la jurisprudence du juge administratif, rendue sur le fondement de l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales.

Cette proposition de loi, adoptée en première lecture par le Sénat le 24 juin 2010, est en instance d'examen par l'Assemblée nationale. Cette étape franchie, il restera à vérifier que le juge pénal n'en fait pas une interprétation plus restrictive que l'intention du législateur...

Quelques dérogations

Dans l'attente de cette évolution législative, l'article 432-12 du Code pénal ne prévoit expressément qu'une seule limite à son champ d'application.

Dans les communes comptant au maximum 3500 habitants, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent, malgré l'intérêt éventuel qu'ils en tirent, traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16000 euros, acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle, conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement, et acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle.

Afin d'assurer toutefois un contrôle sur l'exercice de ces dérogations, ces actes doivent alors être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal, à laquelle l'élu intéressé doit s'abstenir de participer et sans que le conseil municipal puisse recourir au huis clos. Dans le cas de l'acquisition par l'élu d'un bien pour son activité professionnelle, le prix fixé par la commune ne peut pas être inférieur à l'estimation du service des domaines.

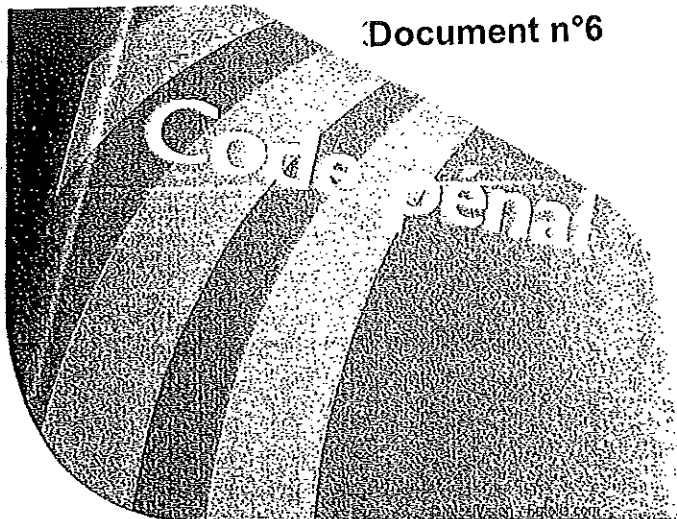
3. Les peines

La commission d'une prise illégale d'intérêt est punie par l'article 432-12 du Code pénal d'un maximum de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Des peines complémentaires peuvent être également prononcées par le juge : l'interdiction des droits civiques, civils et de famille (ce qui inclut la privation du droit de vote et l'inéligibilité) pour une durée de cinq ans maximum, l'interdiction, définitive ou temporaire, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, et la confiscation des sommes illégalement reçues, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Philippe Bluteau, avocat à la Cour

Risque pénal : vade-mecum simplifié



Nombre de longs articles ou d'ouvrages paraissent depuis des années sur le thème du risque pénal. Mais, souvent, sur ce thème, manquent de courtes synthèses en forme de vade-mecum. Voici une lacune comblée.

QUI PEUT-ÊTRE CONDAMNÉ ?

C'est le plus souvent l'élu ou le cadre lui-même, et lui seul, qui sera responsable devant le juge pénal. Dans certains cas (lorsque l'infraction le prévoit, et que l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise peut être déléguée au secteur privé), la collectivité pourra être pénalement responsable des actes de cet élu ou de ce cadre.

Mais les deux responsabilités sont cumulatives : la responsabilité de la collectivité ne se substitue pas à celle de l'élu et/ou du cadre : elle peut s'y ajouter. En pratique, les condamnations des collectivités restent rarissimes.

LES NÉGLIGENCE DU IMPRUDENCES

Comment gérer les infractions commises par négligence ou imprudence (homicide ou blessures involontaires, pollutions...) ? Depuis la loi « Fauchon » du 10 juillet 2000, il importe de distinguer deux situations en matière d'infractions commises, non pas volontairement, mais par négligence ou par imprudence :

- soit l'élu, ou l'agent, a causé directement le dommage : la simple imprudence, négligence, maladresse, suffit alors à constituer le délit ;
- soit il ne l'a causé qu'indirectement. Dans ce cas, il ne sera condamné que soit s'il a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit s'il a commis une faute caractérisée.

Conclusion : dans les domaines à risques, il faut :

- hiérarchiser les priorités : d'abord travailler ou faire travailler les services sur les cas où il y a un risque d'être la cause directe du dommage (rare sauf en cas de pollution) ou les cas où il y a des normes identifiées à res-

pecter. Dans les autres domaines, il faut certes agir mais de manière moins prioritaire ou moins totale (simples affichages, périmètres de sécurité...);

- demander aux services de toujours avoir un volet sécurité dans les dossiers (surtout en travaux, réfection de voirie) et leur demander systématiquement, avant de se lancer dans un projet, la liste des cas où l'on peut être la cause directe d'un préjudice et les normes à respecter, puisque ce sera la grille de lecture principale du juge ;
- garder trace de toutes les mesures de sécurité adoptées ;
- déléguer la sécurité au sein des services : à chacun selon son niveau de responsabilité. À ne pas subdéléguer les questions de sécurité... ce sont les élus et les DGS qui payent au pénal pour des bourdes commises en réalité à des niveaux moins élevés de la hiérarchie.

Attention toutefois car, en pratique, le juge pénal n'applique pas toujours cette grille de la loi Fauchon au point de trouver qu'il y a des fautes caractérisées là où chacun ne verra plutôt que des brouilles...

ET LES INFRACTIONS DITES « D'INTÉRÊTS » ?

Un élu (ou un cadre, mais ces infractions frappent souvent les élus) de bonne foi, honnête, peut même être condamné pour une infraction d'intérêts. Schématiquement il importe de :

« La responsabilité de la collectivité ne se substitue pas à celle de l'élu et/ou du cadre : elle peut s'y ajouter »

→ **Eric Landot**
eric.landot@landot-avocats.net
Avocat associé - Cabinet Landot
& associés

- se méfier du délit de favoritisme qui sanctionne toute violation volontaire ou supposée telle d'une règle en matière de marchés publics ou de délégation de service public. Il importe donc :
 - d'éviter toute fuite d'information en marchés ;
 - de ne pas découper artificiellement des marchés pour abaisser des seuils ;
 - si une entreprise ou autre vous annonce que l'on peut conclure un contrat selon des modalités facilitées, de se méfier, faire contrôler sérieusement l'information et de respecter les règles avec un grand souci d'égalité de traitement entre entreprises
 - de conserver trace des raisons juridiques pour lesquelles il est question d'alléger telle ou telle procédure ;
- ne pas accepter de cadeaux d'entreprises (risque d'abus de biens sociaux) même en fin d'année, sauf si ceux-ci ont une valeur insignifiante (en cas de cadeau de valeur intermédiaire, tout de suite le verser au CCAS avec lettre de remerciement au nom du CCAS) ;
- ne pas recruter ou traiter avec des proches (membres de la famille) car même sans enrichissement personnel, toute proximité

entre affaires personnelles et publiques peut donner lieu à un risque de prise illégale d'intérêts, qui est une redoutable infraction à examiner au cas par cas, pour laquelle la position du juge est de plus en plus dure...

LES AUTRES RESPONSABILITÉS

Toutes ces responsabilités ne sont pas à confondre avec deux régimes très distincts :

- la responsabilité financière qui peut toucher le comptable mais aussi parfois les élus ou les cadres territoriaux (devant la chambre régionale des comptes ou la Cour de discipline budgétaire et financière) ;
- la sanction disciplinaire qui concerne les agents publics.

L'INTÉRÊT DE S'ASSURER

La commune doit payer les frais d'avocats des élus ou ex-élus poursuivis et, le plus souvent, c'est elle qui indemnise les victimes (responsabilité à distinguer de la responsabilité pénale). L'élu a tout intérêt cependant à prendre une assurance personnelle (attention aux franchises et aux plafonds de ces contrats d'assurances !) pour certaines parties des frais d'avocats, pour certains frais qui ne sont pas pris en charge par la commune, etc. ☒

Qu'est-ce que la responsabilité pénale ?

En responsabilité pénale, il s'agit de savoir qui « paie sa dette envers la société » pour avoir commis une infraction. L'idée est celle de la sanction et non de la réparation, encore moins de la réinsertion.

	Responsabilité pénale	Responsabilité civile ou administrative
But	Payer sa dette à la société et réinsérer le délinquant	Indemniser la victime
Juge compétent	Le juge pénal (tribunal de police pour les contraventions ; tribunal correctionnel pour les délits ; cour d'assises pour les crimes)	Juge administratif pour les « fautes de service » (et pour les fautes personnelles non dénuées de tout lien avec le service). Juge judiciaire en cas d'absence de tout lien avec le service (ou pour la quote-part de faute personnelle si ce juge est saisi par la victime à ce titre). Le juge judiciaire compétent est le juge civil mais par la plainte avec constitution de partie civile on peut demander au juge pénal de statuer sur les deux responsabilités à la fois (mais renvoi au juge administratif en cas de responsabilité administrative).
Assurable ?	Non	Oui, pour schématiser. Assurance de la commune d'une manière générale pour les fautes de service. Mais utilité d'avoir aussi une assurance personnelle de l'élu ou du cadre territorial, non payée par la collectivité.
Que se passe-t-il en cas de coauteurs ?	Chacun paye sa dette à la société ; pas de partage des amendes par exemple	Partage de l'indemnisation.
Qui en définitive est condamné ?	La personne physique. Parfois la collectivité (dans les domaines délégués au privé), mais ce peut être en sus des personnes physiques	Presque toujours la collectivité par le juge administratif à 100 % du préjudice indemnisable, même en cas de faute personnelle non dénuée de tout lien avec le service commise par l'élu ou par le cadre territorial concerné. Mais la victime peut aussi directement demander indemnisation à cet élu ou à ce cadre selon des règles complexes. Surtout, de plus en plus « d'actions récursoires » sont engagées désormais par lesquelles la collectivité se retourne vers son agent ou son élu pour que celui-ci (ou son assurance) paye sa quote-part de responsabilité.

L'intérêt personnel d'un élu peut rendre illégale la délibération du conseil

UNE DÉLIBÉRATION DU CONSEIL MUNICIPAL PEUT ÊTRE ANNULÉE LORSQUE SON CONTENU A ÉTÉ ORIENTÉ PAR UN ÉLU À SES FINS PERSONNELLES. EN EFFET, « SONT ILLÉGALES LES DÉLIBÉRATIONS AUXQUELLES ONT PRIS PART UN OU PLUSIEURS MEMBRES DU CONSEIL INTÉRESSÉS À L'AFFAIRE QUI EN FAIT L'OBJET, SOIT EN LEUR NOM PERSONNEL, SOIT COMME MANAGERS » (ART. L. 2131-10, CGCT). LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS, EFFECTUÉE PAR UN ÉLU, EST ÉGALEMENT UN DÉLIT PÉNAL. SELON L'ARTICLE 432-12 DU CODE PÉNAL, CETTE INFRACTION EST CONSTITUÉE LORSQU'UN ÉLU PREND, DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT, « UN INTÉRÊT QUELCONQUE » DANS UNE ENTREPRISE OU UNE OPÉRATION DONT IL A LA CHARGE OU DONT IL DOIT ASSURER LA SURVEILLANCE OU LE PAIEMENT (L'INFRACTION EST PASSIBLE DE CINQ ANS D'EMPRISONNEMENT ET DE 75000 EUROS D'AMENDE). DANS CES CAS, L'ÉLU DOIT DÉMONTRER QUE L'INTÉRÊT DÉFENDU N'EST PAS PERSONNEL, MAIS EST BIEN CELUI DE LA COMMUNE.

Démontrer que l'intérêt n'est pas personnel

L'infraction est constituée lorsque l'élu tire un intérêt propre de la délibération du conseil municipal. Il n'y a pas d'infraction lorsque l'intérêt est général. De nombreux travaux, notamment, réalisés au profit de riverains (ex. trottoirs, éclairage de la route, assainissement, etc.) peuvent profiter aux élus sans qu'il y ait prise illégale d'intérêt. Par exemple, le juge considère qu'il n'y a pas de prise illégale d'intérêt lorsque le maire et l'un des conseillers municipaux participent au vote du conseil municipal qui adhère à un syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable permettant à ce même maire et à ce conseiller de bénéficier du raccordement en eau. Malgré le renchérissement du coût de la distribution d'eau, le Conseil d'État estime que les élus ne peuvent pas être accusés d'être juridiquement « intéressés à l'affaire » (CE 10/01/1992, n° 97476).

De même, l'intérêt de l'élu peut se confondre, dans certaines hypothèses, avec celui de la commune. C'est le cas des mesures prises en faveur d'un office public d'aménagement et de construction (déclassement par le conseil municipal de rues du domaine public communal pour les céder à l'OPAC), dont le service public se confond nécessairement avec l'intérêt de la généralité des habitants de la commune. Dans ce cadre, les conseillers municipaux mis en cause, qui étaient, membres pour l'un, et président pour l'autre, du conseil d'administration de l'OPAC, n'ont pas défendu un intérêt personnel en préconisant ces mesures. Ils ont agi dans l'intérêt de l'OPAC, qui était, compte tenu de l'objet de cet office, également celui de la commune (CAA Versailles, 15/05/2008, 06VE01131).

Les hypothèses d'intérêt personnel

1/ Un intérêt personnel peut être commercial. — Exemple : le conseil municipal de la commune de Monistrol-sur-Loire (Haute-Loire) a décidé de céder, à titre gratuit, un chemin rural passant à l'intérieur d'un lotissement réalisé par une société civile immobilière (SCI) et a accepté de recevoir, en contrepartie et à titre gratuit, des parcelles appartenant à la SCI. Le juge administratif relève que le maire de la commune était associé de la SCI, dont son épouse assurait la

gérance. Or, la société poursuivait « des objectifs qui ne se confondaient pas avec les intérêts de la généralité des habitants de la commune ». La cession du chemin rural relevait de la prise illégale d'intérêt (CE 17/11/2010, SCI Domaine de la Rivoire, n° 338338).

Cet intérêt peut aussi être constitué par l'attribution directe d'un marché. La prise illégale d'intérêt est constituée lorsque des travaux relatifs au chauffage de la cantine scolaire ont été confiés à un conseiller municipal, entrepreneur en plomberie-chauffage (CE 6/05/1994, n° 115612).

2/ L'intérêt personnel peut concerner l'achat d'un bien. — La prise illégale d'intérêt est constituée, à l'occasion de l'achat d'un immeuble appartenant à la commune par une personne privée, lorsque la gestion d'une partie des biens de cette personne est assurée par un adjoint au maire, exerçant la profession de notaire, lequel a pris une part importante aux débats et a participé au vote (acquis par 14 voix contre 13 et deux bulletins blancs...) : CE 27/06/1997, n° 122044. Dans cette affaire, on voit que les circonstances ont joué en défaveur de l'élu. Le juge constate que celui-ci a très clairement cherché à influencer le conseil municipal.

3/ L'intérêt personnel peut porter sur le classement d'un terrain. — La modification du plan local d'urbanisme peut permettre de modifier la valeur patrimoniale des terrains des élus ou de leurs proches. Un maire est intéressé lorsqu'il préside la séance du conseil municipal au cours de laquelle a été approuvée la sixième modification du plan d'occupation des sols, qui a pour objet d'ouvrir à l'urbanisation immédiate une zone qui ne l'était pas. Or le juge constate que les parents du maire sont propriétaires d'une grande partie des terrains en cause (CAA Douai 17/05/2001, n° 97DA02673).

4/ L'intérêt personnel concerne également la gestion des associations. — C'est un sujet complexe. En effet, dans ce cas, l'élu ne cherche pas un intérêt financier ou patrimonial, mais à aider son association. Malgré cela, un maire peut être accusé d'être intéressé par la signature d'un bail portant sur un immeuble communal avec une association sans but lucratif dont il est président (CE 16/12/1994, n° 145370).

Le juge fait preuve de la même sévérité lorsqu'il constate que le maire était directeur d'une association pour laquelle la commune a accordé une garantie à des emprunts et que trois conseillers municipaux étaient respectivement président et membres du conseil d'administration de l'association (CE 9/07/2003, n° 248344).

Conseil. — Pour se défendre, l'élu mis en cause doit chercher à démontrer que l'intérêt défendu par l'association présentait un intérêt général pour la commune.

L'élu incriminé doit avoir participé à la prise de décision

Un élu ne peut pas être accusé de prise illégale d'intérêt lorsqu'il s'est absenté volontairement lors de la séance. Le juge sanctionne, néanmoins, l'hypothèse du vote par procuration à un représentant. Dans ce cas, il « doit être regardé comme ayant pris part à la délibération » (CE 5/12/2008, n° 320412).

De même, l'élu peut être sanctionné lorsqu'il ne prend pas part au vote mais qu'il oriente discrètement la délibération et qu'il dissimule à la majorité du conseil qu'il détient 90 % des parts sociales de la SCI à qui la commune vend des terrains. La Cour de cassation a considéré que le délit de prise illégale d'intérêt est constitué. Certes, l'élu n'a jamais pris part aux votes et est sorti lors de ces derniers. Mais il a participé activement aux séances du conseil municipal et a donc, dans une certaine mesure, contrôlé l'opération. Le maire, qui connaissait la situation, fut également condamné pour complicité (3 mois d'emprisonnement avec sursis et 3000 € d'amende) : Cass. ch. crim, 14/11/2007, n° 07-80220.

La présence de l'élu à une commission ou au conseil peut suffire à influencer le vote

La simple présence d'un élu concerné par l'affaire ne signifie pas qu'elle a orienté le sens de la délibération du conseil municipal (CE 24/05/2000, n° 195657). Le juge va vérifier que l'élu, qui a un intérêt à défendre, a pris une part active dans la préparation de la délibération, ou va jouer un rôle déterminant dans le vote de celle-ci.

— Par exemple, l'élu est intéressé lorsqu'il participe activement à la création par la commune d'une institution, qui a des liens avec un organe dont il est salarié. La délibération est alors illégale (CE 5/06/1989, n° 82492).

— Par exemple, un conseiller municipal, désigné comme membre du groupe de travail chargé de suivre l'élaboration du POS, a participé, de façon active à la séance du groupe au cours de laquelle une parcelle lui appartenant, classée en zone agricole dans le POS, a été classée en zone Ua (destinée à l'habitat) ; la participation, à la séance du conseil municipal, du propriétaire de la parcelle a vicié la procédure (CE 17/02/1993, n° 115600).

Mais la sévérité du juge apprécie chaque cas d'espèce. Ainsi, le Conseil d'État a considéré qu'un premier adjoint au maire, propriétaire de parcelles dont la modification du classement était envisagée, qui avait siégé à la séance au cours de laquelle la délibération a été prise, et qui avait également participé à certaines réunions préparatoires,

n'avait pour autant pas exercé une influence sur la décision parce qu'il avait quitté la salle au moment du vote sur le projet de révision du plan et n'avait pas pris une part active aux réunions préparatoires (CE 30/12/2002, n° 229099).

— La simple présence du maire peut également influencer le conseil. La prise illégale d'intérêt peut être constituée sans que le maire rapporte le projet ou vote la décision. Le Conseil d'État a récemment considéré que le maire exerce une influence sur la délibération du conseil municipal lorsque celle-ci se déroule sous sa présidence et qu'il est présent au vote qui a lieu à main levée (CE 17/11/2010, SCI Domaine de la Rivoire, n° 338338).

L'élu mis en cause n'a pas la charge de la preuve

Il appartient aux auteurs de la plainte d'apporter la preuve de leurs allégations. Les élus sont présumés innocents. Ainsi, dans une affaire visant la réalisation par la commune d'un nouveau chemin permettant de desservir des parcelles appartenant à des membres de la famille du maire, la question de la preuve de la partialité du maire a été soulevée. La commune a accepté une servitude de passage au profit de la famille du maire sur le chemin réalisé. En outre, l'établissement de la servitude n'a pas donné lieu au versement à la commune d'une contrepartie financière. Mais les auteurs de la plainte ont dû apporter la preuve de leurs accusations. Or les préjudices subis par la commune n'ont pas été établis par les requérants. Le Conseil d'État a, notamment, estimé que « l'ampleur de la perte de recettes » qu'aurait induit l'établissement d'une servitude de passage ne donnant lieu au versement d'aucune contrepartie financière à la commune, n'était pas établie. La prise illégale d'intérêt n'était donc pas démontrée (CE 9/06/2010, Cne de Pourrières, n° 330573).

Le Sénat cherche à modifier la législation

Les sénateurs souhaitent atténuer la rigueur du régime de la prise illégale d'intérêt. Lors de sa séance du 14/12/2010, le Sénat a adopté un amendement à la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui prévoit que les mots : « un intérêt quelconque », mentionnés à l'article 432-12 du code pénal, sont remplacés par : « un intérêt personnel distinct de l'intérêt général ». Les termes sont plus généraux et devraient limiter la poursuite des élus dans les seules hypothèses où ils auraient cherché directement à s'avantager en prenant une décision. Mais il est difficile de connaître la suite que l'Assemblée nationale va réserver à cet amendement. Le Sénat a justifié cet amendement en prétextant qu'il avait déjà adopté dans le même sens, le 24/06/2010, une proposition de loi ayant le même objet (prop. n° 133, visant à clarifier le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêt). Or cette proposition de loi n'a pas encore été inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale...



Intérêt personnel et documents d'urbanisme

Les délibérations par lesquelles les communes approuvent leurs documents locaux d'urbanisme constituent une étape importante dans la vie d'une équipe municipale. En ce domaine toutefois, les élus concernés par certains changements doivent faire preuve d'une prudence particulière.

D'une manière générale, en matière d'élaboration des documents d'urbanisme, une grande attention est portée sur les règles de forme qui s'imposent, tant il est vrai que le contenu des plans locaux d'urbanisme (PLU) – anciennement plans d'occupation des sols ou POS – est difficilement contestable devant le juge administratif. Ce dernier ne retient en effet souvent que les erreurs manifestes d'appréciation en ce domaine.

Pourtant, tapis dans l'ombre, guette le spectre de l'intérêt que pourrait représenter, pour chacun des membres du conseil municipal, l'adoption du document, particulièrement vis-à-vis de leur patrimoine. Ce point s'avère souvent d'autant plus délicat que les opposants à l'adoption ou à la révision d'un document local d'urbanisme savent se révéler particulièrement prompts à mettre en avant cette question.

Aussi importe-t-il de s'interroger sur les cas où un tel intérêt personnel peut générer éventuellement le risque de remettre en cause la délibération approuvant ou révisant un PLU ou le risque, pour l'élu, de voir sa responsabilité pénale mise en cause.

Le conseiller municipal intéressé

L'article L. 2131-11 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) précise que « sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ». Ainsi, la loi impose à un conseiller de s'abstenir de participer à des délibérations où son intérêt personnel viendrait à apparaître, de façon à ne pas fragiliser lesdites délibérations. Toutefois, pour que joue cette disposition particulière du CGCT, deux conditions doivent être cumulativement réunies et cela vaut bien entendu également s'agissant des délibérations adoptant ou révisant un PLU :

- > d'une part, il faut constater un intérêt personnel de l'élu dans l'affaire soumise à délibération ;
- > d'autre part, il faut que l'élu concerné ait exercé une influence telle qu'elle a vicié l'adoption de ladite délibération.

Vis-à-vis des documents locaux d'urbanisme, la question de l'intérêt est bien évidemment évaluée au regard de la qua-

lité de propriétaire du conseiller municipal ou de sa famille. En effet, il n'est pas rare que les parcelles appartenant au conseiller ou à des membres de sa famille soient concernées par l'adoption de règles locales d'urbanisme, par exemple en rendant constructibles ces parcelles ou encore en permettant qu'elles puissent plus facilement recevoir des constructions (réduction de la taille minimale des parcelles constructibles, par exemple). Pour un propriétaire, voir son terrain passer de non constructible à constructible implique de facto une forte augmentation de sa valeur.

A la lumière de la jurisprudence intervenue en ce domaine, il apparaît une différence selon que le document local d'urbanisme est approuvé ou seulement modifié (voire révisé).

Le juge administratif fait ainsi preuve d'une sévérité particulière lorsqu'il est en présence de révisions – parfois qualifiées de « partielles » – d'un POS ou d'un PLU. En effet, lorsqu'il s'agit de l'approbation d'un document nouveau, le juge administratif estime, la plupart du temps, que le fait qu'un élu soit propriétaire de parcelles concernées par le document adopté n'est pas une circonstance de nature, à elle seule, à faire regarder le conseiller comme personnellement intéressé à l'affaire (Conseil d'Etat du 15 avril 1996, « Commune du Marin »).

A l'inverse, lorsque le document d'urbanisme est révisé, la question de l'intérêt personnel se révèle plus finement analysée par le juge, en particulier lorsque ce sont les terrains d'un ou plusieurs conseillers qui sont spécialement concernés par la révision (Conseil d'Etat du 27 mai 1998, « Sieur Havard »).

Il existe toutefois des situations de révision où le juge ne procède pas à l'annulation de la délibération alors pourtant qu'un conseiller était propriétaire d'un terrain devenu constructible (Cour administrative d'appel de Nantes du 6 mai 2008, « Commune de Bricqueville-sur-Mer »). Inversement, on trouve des cas d'approbation de POS ou de PLU annulés du fait de la présence de conseillers personnellement intéressés par des projets autorisés par le document d'urbanisme adopté, y compris dans le cas de l'adoption de cartes communales qui nécessitent pourtant une approbation préfectorale (Cour administrative d'appel de Nancy du 8 novembre 2007, « Sieur X... / commune de Gélucourt »).

Au-delà de l'intérêt personnel pouvant apparaître dans ces affaires, c'est l'influence exercée par le conseiller intéressé qui va généralement emporter la conviction du juge.

En pratique, plusieurs indices vont lui permettre de déceler l'éventuelle existence de cette influence. Parmi ces indices, figurent les modalités d'adoption de la délibération. Dans ce cadre, plus l'adoption se rapprochera de l'unani-



mité des membres du conseil, moins le risque d'annulation du fait de la présence d'un ou plusieurs conseillers intéressés sera important. Autrement dit, lorsque le conseil municipal s'est prononcé à l'unanimité en faveur de l'approbation du PLU, la participation d'une personne qui pouvait être regardée comme intéressée à l'affaire est rarement de nature à vicier la procédure (Cour administrative d'appel de Nancy du 8 novembre 2007, « Sieur X... / commune de Neufelize »).

La juridiction administrative s'intéresse également au comportement du ou des conseillers intéressés. A ce titre, il y a bien évidemment le fait qu'ils aient pu prendre part au vote mais pas seulement. Sans même voter, un conseiller peut être regardé comme ayant influencé ses collègues dans le cadre de ses interventions au titre de la simple préparation du projet (Conseil d'Etat du 17 février 1993, « Sieur Desmons »). D'ailleurs, lorsqu'un conseiller a pris une part « active » à la confection d'un projet, cela peut remettre en cause la légalité de la délibération, quand bien même celle-ci aurait été votée à l'unanimité (Cour administrative d'appel de Nancy du 8 novembre 2007 précitée). Parfois même, la seule présence du conseiller intéressé peut être jugée influente par le juge au point de remettre en cause la légalité de la délibération (Conseil d'Etat du 27 mai 1998, précité).

Cet aspect mérite par conséquent d'être à chaque fois évalué par les conseillers municipaux propriétaires de terrains concernés par l'adoption – et peut-être plus encore par la révision – de documents locaux d'urbanisme. Afin de limiter les risques de mise en cause, il est vivement conseillé de conserver tous les éléments susceptibles de démontrer la neutralité dont ont pu faire preuve les élus concernés. On a vu en effet des cas dans lesquels le juge administratif a annulé une délibération révisant un POS sur le fondement de l'article L. 2131-11 en précisant que l'absence d'influence n'avait pas pu être démontrée faute d'un compte rendu de la réunion du conseil (Cour administrative d'appel de Marseille du 22 décembre 2003, « SCI Le Magnolia »).

La prise illégale d'intérêt

Outre la question de la légalité de la délibération, peut se poser la question du risque pour l'élu, au regard de sa responsabilité pénale, liée à sa participation et/ou son influence à propos de délibérations adoptant ou révisant un document local d'urbanisme dans lequel son intérêt de propriétaire pourrait apparaître. Au point d'ailleurs que plusieurs parlementaires n'ont pas hésité à soumettre cette question délicate aux ministères concernés.

Si les réponses ministérielles obtenues restent assez évasives, les quelques jurisprudences disponibles en la matière permettent de tracer une première ligne qu'il s'agit, pour les conseillers municipaux, de ne pas franchir.

Alors que le ministre de l'Intérieur a principalement renvoyé cette question vers son collègue de la justice (Réponse

ministérielle, JOAN (Q) du 30 novembre 2004, p. 9488, QE n° 39669), le Garde des Sceaux a, pour sa part, surtout insisté sur la notion d'« actes préparatoires non punissables » (Réponse ministérielle, JO Sénat (Q) du 17 février 2005, p. 489, QE n° 15098). Ainsi, le seul fait de participer à ces délibérations ne génère pas une prise illégale d'intérêt dès lors qu'il n'y a pas par ailleurs un contrat passé entre la commune et l'élu concerné.

Que dit la loi ?

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (...) »

Source : article 432-12 du Code pénal.

De son côté, le juge répressif est intervenu dans des affaires où la participation d'élus à des délibérations relatives aux documents locaux d'urbanisme a été évaluée vis-à-vis d'une possible prise illégale d'intérêt. Or, il est intéressant de relever que cet élément a été effectivement pris en compte, le juge rappelant que l'élu doit s'abstenir de participer, de quelque manière que ce soit, aux opérations de révision d'un POS et à toute réunion du conseil qui s'y rapporte, dès lors que son intérêt personnel (patrimonial notamment) est concerné. Dans ce cas, le juge va considérer que l'élu concerné pourra être regardé comme ayant eu l'« administration ou la surveillance » de l'affaire en question (Cour de cassation, ch. crim., du 15 novembre 2000, « Lillian Y... »).

Il est également intéressant de relever que, dans ces affaires, la simple présence de l'élu lors des discussions peut suffire à le faire regarder comme ayant eu l'administration de l'affaire, alors même qu'il n'a pas participé au vote concernant la révision du document local d'urbanisme qui, par ricochet, a permis à une opération dans laquelle il avait un intérêt de se réaliser (cf. arrêt de la Cour d'appel de Grenoble statuant en matière correctionnelle du 13 juin 2003, « Lucien X... »).

En conclusion, la plus grande prudence semble de mise en ce domaine.

Emmanuel Salaun
Chargé d'études juridiques

DOSSIER

Les délégations du conseil municipal et du maire : conditions de fond et de forme

LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIR ET DE SIGNATURE CONSTITUENT DES OUTILS PRÉCIEUX POUR LE CONSEIL MUNICIPAL ET POUR LE MAIRE ; ELLES PERMETTENT DE REDISTRIBUER LE POUVOIR DE DÉCISION, DE FACILITER LES TÂCHES DES ÉLUS ET DES SERVICES ET DE RENFORCER L'EFFICACITÉ DE L'ADMINISTRATION. NÉANMOINS, LES DÉLÉGATIONS OBÉISSENT À DES RÈGLES DE FOND ET À UN FORMALISME RIGOREUX.

Le conseil municipal peut accorder des délégations de pouvoir au maire

Le conseil municipal peut décider d'accorder des délégations de pouvoir au maire. La délégation de pouvoir a pour effet de dessaisir totalement le conseil municipal ; c'est le maire qui devient seul compétent. La délégation est totalement impersonnelle et abstraite. Elle est donnée es qualités. Ainsi, en cas de changement de maire, le nouveau maire est compétent pour exercer la délégation de pouvoir de son prédécesseur, sauf si la délibération est abrogée entre temps.

Le conseil municipal peut donner de nombreuses délégations au maire, ce qui est de nature à décharger très sensiblement l'ordre du jour des séances.

Exemples de délégation : le conseil municipal peut déléguer 23 types de décisions, telles que : prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés ainsi que toute décision concernant leurs avenants ; décider de la conclusion et de la révision du louage de choses pour une durée n'excédant pas douze ans ; passer les contrats d'assurance ainsi que d'accepter les indemnités de sinistre afférentes, décider l'alléation de gré à gré de biens mobiliers jusqu'à 4 600 euros ; décider de la création de classes dans les établissements d'enseignement, etc. (voir art. L. 2122-22, CGCT).

Conseils : les délégations accordées au maire devront être détaillées et précises. Elles ne doivent pas se borner à reprendre le CGCT, sous peine d'annulation par le juge pour imprécisions (Conseil d'Etat, 2/02/2000, commune de St-Joseph).

La délibération portant délégations devra suivre un certain formalisme : le maire ne doit pas être présent lors de son adoption, elle devra être transmise au préfet, affichée, insérée dans le registre des délibérations et, le cas échéant, dans le recueil des actes administratifs si la commune compte plus de 3 500 habitants. La délégation est aussi notifiée au maire (voir modèle de délibération ci-joint).

Important : le conseil municipal ne peut plus exercer une compétence déléguée au maire, puisqu'il s'en est dessaisi. Sa délibération serait susceptible d'annulation. S'il veut retrouver sa compétence, il doit abroger partiellement sa délibération portant délégation de pouvoir au maire, puis délibérer sur l'affaire précédemment déléguée.

Le maire qui agit en application d'une délégation de pouvoir doit prendre une décision

Lorsque le maire fait application de sa délégation à un cas particulier, il prend une décision et non un arrêté (voir modèle ci-joint). Le maire doit en rendre compte à chaque réunion obligatoire du conseil municipal (art. L. 2122-23, CGCT). Concrètement, l'ensemble des décisions seront annexées avec les projets de délibération à l'ordre du jour et discutées si les conseillers le souhaitent.

Les décisions doivent suivre le même formalisme que les délibérations. Par conséquent, elles doivent : 1/ être transmises au préfet ; 2/ être affichées ; 3/ être inscrites dans un recueil des décisions ; 4 /le cas échéant, être insérées dans un recueil des actes administratifs (commune de plus de 3 500 habitants ; CAA Douai, 4/03/2004, n° 02DA00332, commune de Brebières). 5/Rappel : les maires ne doivent pas omettre de notifier leur décision aux personnes concernées. En effet, à défaut de notification, la décision n'est pas exécutoire. De plus en plus d'avocats demandent la preuve de la notification des décisions (ou des délibérations) en cas de contentieux. Omettre cette formalité substantielle peut faire perdre un procès.

Conseil : la décision sera envoyée par pli recommandé avec accusé de réception. Elle peut être aussi remise contre récépissé ou encore contre signature sur un exemplaire de cette décision sous un tampon : « décision notifiée le..... signature (précédée du nom et des prénoms de l'intéressé).

Sauf disposition contraire dans la délibération, les décisions peuvent être signées par un adjoint ou un conseiller municipal agissant par délégation du maire (art. L. 2122-23 et L. 2122-18, CGCT). Rappelons également que les décisions relatives aux matières ayant fait l'objet de la délégation au maire sont prises, par le conseil municipal en cas d'empêchement, sauf disposition contraire dans la délibération.

Le conseil municipal peut toujours mettre fin à la délégation.

Le maire peut donner des délégations de signature à ses adjoints

La délégation de signature est une simple mesure de réorganisation qui n'entraîne pas de délégation de compétences. Mais rappelons que le maire autorise alors son adjoint à prendre des décisions à sa place. Cette délégation

tion révèle ainsi une collaboration directe et des liens de confiance entre le délégant et le délégataire.

Les adjoints sont prioritaires sur les conseillers municipaux

Le maire ne peut déléguer certains de ses pouvoirs aux conseillers municipaux :

1. qu'en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints
 2. ou dès lors que ceux-ci sont tous titulaires d'une délégation (art. L. 2122-18, CGCT).
- Il faut au moins que l'une de ces conditions soit remplie.

Toute délégation du maire doit être précise

Le maire détermine librement l'étendue de la délégation. Celle-ci doit être rédigée de façon très précise, à défaut, elle peut être annulée par le juge (Conseil d'Etat, 13/05/1949, Couvrat ; Conseil d'Etat, 12/03/1975, Loges Margueron, Cour Adm. Appel de Nancy, 22/01/2004, commune de Serres-les-Moullères).

Logiquement, les juges considèrent que la délégation du maire à son adjoint « pour signer toutes les pièces nécessaires à une bonne administration des intérêts de la ville » ne permet pas de connaître les limites exactes de la délégation (Conseil d'Etat 18/02/1998, n° 152572, commune de Conflans).

La délégation peut aussi concerner un dossier ponctuel, ou porter sur la gestion d'un ou plusieurs services.

Un maire ne peut pas se dessaisir de toutes ses attributions.

De plus, le maire qui a délégué ne perd pas compétence, car les adjoints exercent leurs délégations sous la surveillance et sous la responsabilité du maire (CE 5/12/1962, Palard). Le maire peut donc évoquer à tout moment les dossiers gérés par son délégataire et éventuellement, décider lui-même (tribunal administratif de Besançon, 20/06/1996, association de protection de la nature « Sauvegarde des cinq vallées » ; réponse ministérielle JOAN du 3/07/1989).

Inversement, un adjoint ne peut pas prendre un acte dans un domaine de compétence qui ne relève pas de sa délégation : l'acte serait automatiquement censuré par les juges pour incompétence de son auteur.

Les arrêtés de délégations doivent respecter des règles de fond et un certain formalisme

L'arrêté doit comprendre : le texte qui autorise le délégataire à recevoir la délégation (écrire dans l'arrêté de délégation « vu le code général des collectivités territoriales, et notamment l'art. L. 2122-18 »), les qualités du délégant et du délégataire, les matières pour lesquelles la délégation est accordée.

Comme il s'agit d'une décision, l'arrêté doit impérativement

être signé du maire (C.E, n° 307656, 11/03/2009, commune d'Auvers-sur-Oise).

Une fois édité, l'arrêté doit être transmis au préfet, inséré dans le recueil des arrêtés et affiché (C.E, n° 284801, 21/05/2008, Madame L.). Si la commune compte plus de 3 500 habitants, l'arrêté est publié au recueil des actes administratifs (CE, 26/09/2008, n° 294021, commune de Souillac). Comme pour les décisions, il est très important de notifier expressément l'arrêté à son bénéficiaire (remise contre récépissé, inscription de la date de notification et signature sur l'arrêté lui-même). Un arrêté qui ne respecte pas une de ces formalités n'entre pas en vigueur (CE, 16/11/1998, Fouka).

Rappel : s'agissant d'actes réglementaires, les arrêtés de délégation peuvent faire l'objet de recours pour excès de pouvoir (demande d'annulation) devant le juge administratif. Toute personne ayant intérêt peut saisir le juge : il s'agit notamment des adjoints (TA de Nice, 8/05/1974, Ballard ; CE, 8/05/1974, Ballard), des conseillers municipaux, des électeurs, du préfet.

Les arrêtés de délégation peuvent être limités dans leur durée

« Les délégations données par le maire subsistent tant qu'elles ne sont pas rapportées » (art. L. 2122-29, CGCT). Ces arrêtés peuvent comporter une durée si le maire le souhaite. Le maire peut mettre fin à tout moment à une délégation et reprendre la compétence (voir Conseil d'Etat, 5/12/1962, Paillard). **Le maire ne peut pas motiver un arrêté de retrait de délégation en avançant des motifs étrangers à la bonne marche de l'administration communale. Un tel retrait ne peut donc pas avoir lieu pour des raisons politiques, qui seraient sans lien avec la gestion des affaires communales** (CE, 9/07/1956, Feuten). Le maire peut particulièrement retirer les fonctions déléguées en cas de rupture de solidarité avec la politique municipale (CE, 1/10/1993, Bonnet ; CE, n° 170749, 4/06/1997, Leduc). Ainsi, la publication dans un journal rédigé par un adjoint d'un article mettant en cause la politique du maire dans les matières déléguées permet le retrait de toute délégation (CE, 29/06/1990). Dans de tels cas, le conseil municipal doit se prononcer sur le maintien de l'adjoint dans ses fonctions (art. L. 2122-18, CGCT). S'il est maintenu dans ses fonctions, le conseiller municipal sera adjoint, sans aucune délégation.

Rappel : de nombreuses règles concernant les délégations sont exposées dans la circulaire du 1er ministre du 30/01/1997, relative aux textes publiés au JO, de nombreux principes sont transposables aux communes ; voir arts. L. 2122-18 et suivants, CGCT. Le prochain numéro de La Lettre du contentieux consacrerait un article aux délégations de signature accordées aux agents municipaux.

Le régime disciplinaire des maires

LE MAIRE ET LES ADJOINTS PEUVENT ÊTRE SUSPENDUS OU RÉVOQUÉS POUR DES FAUTES ACCOMPLIES DANS L'EXERCICE DE LEURS FONCTIONS. L'ÉTAT EXERCE, EN EFFET, UN CONTRÔLE DISCIPLINAIRE SUR LES TITULAIRES DE FONCTIONS EXÉCUTIVES. TOUTEFOIS, LE JUGE ADMINISTRATIF APPRÉCIE LA LÉGALITÉ DES SANCTIONS. LE CONSEIL D'ÉTAT A D'AILLEURS RÉCEMMENT RENFORCÉ SON CONTRÔLE.

Les titulaires de fonctions exécutives locales peuvent être suspendus, par arrêté ministériel motivé, pour une durée qui n'excède pas un mois (art. L. 2122-16, CGCT). Ils peuvent également être révoqués par décret motivé pris en Conseil des ministres. Ce régime concerne le maire et les adjoints. Le maire délégué est également soumis à ce régime, comme l'atteste la suspension, pour un mois, du maire délégué de Katiu, prononcée le 22/09/2009 (JO n° 0222 du 25/09/2009 p.15700). En revanche, le régime disciplinaire n'est pas applicable aux autres conseillers municipaux.

Des motifs de sanction très variés

La mise en œuvre du régime disciplinaire n'est plus exceptionnelle. Depuis dix ans, on compte une dizaine de cas de suspension de maires. La révocation est, en revanche, très rare. Mais elle existe. Ainsi, le maire de la commune d'Hénin-Beaumont a été révoqué le 28 mai 2009.

Les hypothèses rencontrées sont très variées. Des maires ont, par exemple, été sanctionnés pour ne pas avoir organisé des élections, ne pas avoir mis un drapeau en berne, avoir mentionné des délibérations fictives sur le registre des délibérations, avoir tenu des propos outranciers lors d'une cérémonie du 11 novembre, avoir commis, pendant plusieurs années, de graves négligences dans l'établissement des documents budgétaires et la gestion des biens communaux...

Le cas le plus médiatisé a été celui du maire de Bègles, suspendu pour un mois par arrêté du ministre de l'Intérieur du 15/06/2004 (JO n° 143 du 22/06/2004 p. 11225), pour avoir célébré un mariage entre deux personnes de même sexe, malgré l'interdiction du Procureur de la République. Le maire devait respecter son instruction car il agissait en tant que représentant de l'État, en sa qualité d'officier d'état civil. Le régime disciplinaire peut également porter sur les attributions exercées au nom de la commune. Ainsi, le maire de Hénin-Beaumont (Pas-de-Calais) a été suspendu, avant d'être révoqué, pour sa mauvaise gestion financière (JO n° 0102 du 2/05/2009 p. 7436). La sanction a été infligée « pour absence de vote en équilibre du budget primitif » de la commune en méconnaissance des « préconisations de la chambre régionale des comptes, dont il est rappelé, par ailleurs, qu'elle a eu à se prononcer à diverses reprises entre 2003 et 2008 en vue de rétablir l'équilibre budgétaire de cette commune ».

Deux sanctions : la suspension et la révocation

Attention, ces deux sanctions ne visent que les fonctions exécutives. Les élus sanctionnés restent conseillers municipaux, mais ils ne peuvent plus exercer les fonctions de maire et d'adjoint.

La suspension. — Décidée par le ministre de l'Intérieur, elle est prise sous forme d'arrêté. Sa durée varie de un à trente jours, en fonction de la gravité des faits reprochés. En pra-

tique, la suspension est généralement de huit jours ou d'un mois. La suspension commence à la date de la notification de l'arrêté. Dès réception de l'arrêté, le maire doit cesser, en cette qualité, toute activité jusqu'à la fin du délai.

La révocation. — Décidée par le Président de la République, elle est prise sous forme de décret en Conseil des ministres. La révocation « emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de maire et à celles d'adjoint pendant une durée d'un an à compter du décret de révocation à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux » (art. L. 2122-6 al. 3, CGCT). La révocation peut être infligée directement, sans qu'une suspension ait été préalablement prononcée. Elle peut aussi être décidée, dans un second temps, après qu'une suspension a été prononcée. La révocation commence à la date de la notification du décret.

La nature de la faute

L'article L. 2122-16 du CGCT ne précise aucun motif particulier pour la mise en œuvre de la procédure. Les autorités étatiques disposent donc d'une large marge d'appréciation dans l'interprétation de cet article. Tout agissement fautif, au sens large, peut être réprimé. Le régime disciplinaire des maires et adjoints est indifférent à la nature des fonctions à exercer. Peu importe que l'élu agisse au nom de la commune (ex. propos déplacés en conseil municipal) ou de l'État (ex. refus d'organiser des élections). Il suffit que les faits reprochés au maire soient « de nature à rendre impossible son maintien à la tête de l'administration communale » (CE 14/01/1916, Camino, Leb. p. 15).

La motivation : obligatoire et explicite

Les reproches doivent être mentionnés dans l'arrêté ou le décret. Ces décisions doivent être motivées, c'est-à-dire que les éléments de fait et de droit qui ont incité l'autorité étatique à sanctionner l'élu local doivent y être mentionnés. A défaut, la décision est illégale.

Remarque. Dans la décision, la motivation se présente sous forme de considérants, énoncés avant la sanction. Mais la motivation n'est pas mentionnée lors de la publication des arrêtés au Journal Officiel. Ils ne figurent pas sur Legifrance. La motivation ne doit pas être superficielle. Elle doit présenter des éléments explicatifs et permettre au destinataire de la mesure de comprendre les reproches. L'autorité étatique ne peut se contenter, par exemple, de mentionner des condamnations pour fraude électorale et abus de confiance (CE 15/07/1931, Tollinchi, Leb. p. 765). Il faut justifier la nécessité de la suspension ou de la révocation.

Conseil. — Les élus poursuivis peuvent, avec de bonnes chances de succès, faire un recours en l'absence de motivation, ou en présence de motifs dérisoires. Idem pour des motifs orientés politiquement.

Motifs de la révocation et de la suspension. De nouveaux motifs n'ont pas nécessairement à être évoqués pour passer de la suspension du maire à sa révocation. Le décret de révocation peut se contenter de reprendre les motifs de la décision antérieure de suspension (CE 23/03/1938, Dupoisot, Leb. p. 294). L'idée est que la suspension peut être le préalable à la révocation. Dans ce cas, celle-ci est une mesure provisoire.

Une procédure disciplinaire indépendante de la procédure pénale

Le ministre de l'Intérieur ne peut pas se contenter d'évoquer des condamnations pénales pour justifier une suspension. Il faut que les faits à l'origine de la condamnation soient, en tant que tels, incompatibles avec l'exercice des fonctions à exercer (en ce sens, v. TA Nancy, 27/01/2004, n° 031425-031490 ; CAA Nancy, 20/10/2005, M. X, N° 04NC00239 ; annulation de l'arrêté). Une suspension, ou une révocation, peut être infligée avant que le juge pénal ne rende sa décision (CE 17/06/1931, Bascoullès, Leb. p. 640).

Attention. — Les élus poursuivis ne doivent pas porter leurs espoirs sur une décision de non-lieu dans le cadre d'une procédure pénale. L'abandon d'une action judiciaire ne rend pas la sanction illégale. La sanction peut être infligée alors que les poursuites judiciaires n'ont pas abouti.

Le maire doit pouvoir présenter sa défense

La procédure est disciplinaire. Le principe du respect des droits de la défense s'impose. Il s'agit d'un principe général du droit, qui est étendu à toute autorité administrative. A cet égard, le maire et les adjoints sont considérés comme des autorités administratives. L'article L. 2122-16 CGCT prévoit que le maire et les adjoints ne peuvent être sanctionnés qu'« après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés ».

Procédure. Elle se déroule en deux temps.

1) D'abord, l'élu doit être averti de l'ensemble des griefs portés contre lui (CE 8/07/1938, Mailloux, Leb. p. 649). Il peut ainsi présenter sa défense.

2) Puis, après avoir préparé sa défense, l'élu répond aux accusations par des observations écrites, ou en se présentant à une audition. Il appartient à l'autorité étatique de choisir d'interroger l'élu par voie écrite ou lors d'une audition qui a généralement lieu à la préfecture ou à la sous-préfecture.

Délais. La procédure est menée rapidement. L'élu ne dispose que de quelques jours pour élaborer sa défense.

Conseils. — Il importe de répondre aux accusations. Le refus d'être auditionné, ou l'absence de réponse écrite, servira de prétexte pour justifier la sanction. A cet égard, il appartient à l'autorité étatique d'apporter la preuve de l'audition ou de l'envoi de ses observations écrites. L'élu doit conserver une trace de ses réponses, pour pouvoir prouver qu'il a répondu aux griefs. Il doit exiger le procès verbal de l'audition ou conserver une copie de sa réponse écrite. Ainsi, le préfet ne pourra pas motiver sa décision sur d'autres motifs.

L'élu peut exercer un recours juridictionnel

Le maire, ou l'adjoint, sanctionnés peuvent exercer un recours juridictionnel contre la mesure disciplinaire. L'action sera portée devant le tribunal administratif pour un arrêté de suspension et devant le Conseil d'Etat pour un

décret de révocation. L'affaire sera jugée très rapidement. L'article D. 2122-3 CGCT l'impose : « le recours contentieux, visé à l'article L. 2122-16, exercé contre les arrêtés de suspension et les décrets de révocation des maires et adjoints est jugé comme une affaire urgente et sans frais ». **Conseil.** — Le recours contentieux « est dispensé du ministère d'avocat » (art. L. 2122-6 CGCT). Pour autant, l'assistance d'un avocat, spécialisé en droit public, est recommandée.

Portée du contrôle

Dans un premier temps, le juge administratif s'assure de la réalité des faits reprochés. Il contrôle « la matérialité des faits » (CE 14/01/1916, Camino, Leb. p. 15). Puis, il examine la « qualification juridique des faits ». Il se demande si les faits constituent des fautes disciplinaires susceptibles d'être sanctionnées : une simple erreur ou un comportement anormal, ne mérite pas toujours d'être qualifié de faute.

Ce second aspect du contrôle a été renforcé. Jusqu'en 2009, le juge n'opérait qu'un contrôle restreint des motifs de la sanction. Dans son arrêt du 2 mars 2010, M. D., n° 328843, le Conseil d'Etat décide d'exercer un contrôle normal sur la décision prise de révoquer le maire. Désormais, le juge ne se contente pas de rechercher une erreur manifeste. Il s'assure que la sanction n'est pas disproportionnée.

A retenir. — L'autorité étatique conserve une marge d'appréciation. Dans l'affaire jugée le 2 mars 2010, le Conseil d'Etat a accepté la révocation du maire de Hénin-Beaumont. L'autorité étatique continue donc d'apprécier l'opportunité de la sanction. Mais son degré est désormais contrôlé par le juge, qui n'acceptera certainement plus le choix entre une suspension de huit jours ou un mois, ou qu'une révocation soit prononcée au lieu et place d'une simple suspension.

Conseil. — Les élus sanctionnés ont donc intérêt à présenter un recours contentieux lorsque la mesure retenue est rigoureuse. A l'inverse, leurs chances de succès sont très limitées pour une sanction symbolique de quelques jours, si des fautes peuvent leur être reprochées et que la décision est motivée.

Le régime disciplinaire des maires et adjoints ne doit pas être confondu avec des régimes voisins

La dissolution. Un conseil municipal peut être dissous par décret ou, en cas d'urgence, être provisoirement suspendu (art. L. 2121-6 CGCT). Ce régime a de fortes similitudes avec celui des maires et adjoints. Mais ce n'est pas un régime disciplinaire. Il concerne les hypothèses de blocage des conseils municipaux.

La responsabilité pénale (art. L. 2123-34 du CGCT). Le maire ou l'adjoint peuvent être condamnés pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions, s'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie. La condamnation est prononcée par le juge pénal.

La démission d'office. Elle intervient lorsqu'un conseiller est déclaré inéligible, à la suite d'une condamnation pénale, par exemple, ou lorsqu'il exerce une fonction incompatible avec son mandat local (article L. 236, code pénal). La mise en œuvre de ce régime est systématique, contrairement à celle du régime disciplinaire.

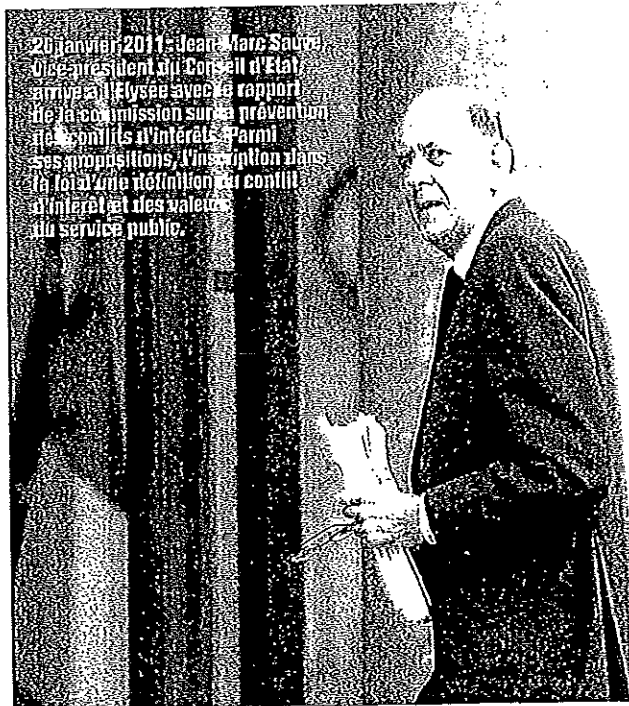
Conflits d'intérêts : la prudence est de mise

La jurisprudence administrative
comme pénale est
de plus en plus stricte.

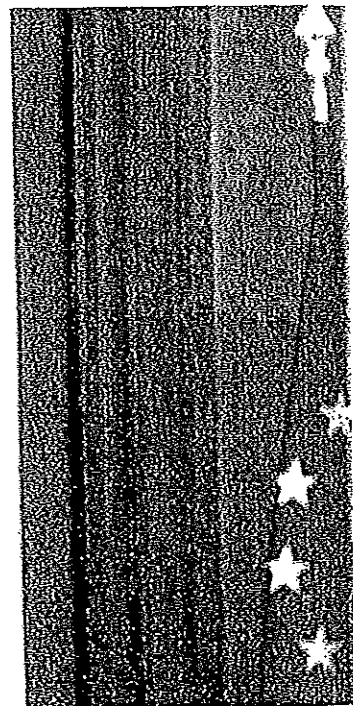
Les conflits entre mandat
et responsabilité associative
se multiplient.

Les élus souhaitent
une incrimination
plus précise.

On ne compte plus les récentes polémiques qui ont mis au jour divers conflits d'intérêt. Tous, loin de là, ne concernaient pas des élus, et encore moins des élus locaux. Encore que : lorsque qu'éclata l'affaire Woerth-Bettencourt, le député de l'Aisne René Dosière soulignait cette particularité de notre exécutif national dans lequel 34 membres du gouvernement sur 38 cumulaient leur charge avec des responsabilités locales, parfois à la tête de grandes villes ou de départements. D'où « cette situation curieuse que, dans un département, le préfet soit chargé de contrôler la régularité des délibérations d'une collectivité dont le patron est son supérieur hiérarchique »... Le cas est certes très particulier, mais suffisamment gênant pour que la Commission sur la prévention des conflits d'intérêts, créée dans l'urgence, ait proposé d'interdire à l'avenir aux membres du gouvernement l'exercice d'un mandat exécutif local, en attendant un futur projet de loi annoncé par l'Elysée.



20 janvier 2011: Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, arrive à l'Elysée avec le rapport de la commission sur la prévention des conflits d'intérêts. Parmi ses propositions, l'inscription dans la loi d'une interdiction au conflit d'intérêt et des valeurs du service public.



Absence de définition

A l'échelon local, ce sont bien sûr d'autres conflits d'intérêts qu'il faut prévenir, objectif d'autant plus difficile que le droit pénal français ne connaît pas cette notion juridique. « Les délits qui existent sont la prise illégale d'intérêt, le délit de favoritisme ou la corruption. En d'autres termes, il faut avoir consommé pour être condamnable », constate Martin Hirsch dans son livre « Pour en finir avec les conflits d'intérêt » (Stock). Pour autant, absence de définition ne veut pas dire absence de condamnations, d'autant que la jurisprudence s'est largement durcie ces dernières années : « Désormais, l'intérêt personnel est condamné par le juge administratif même quand il est virtuel, tandis que le juge pénal estime que l'intérêt peut être de toute nature, pas forcément matériel ou pécuniaire, explique

CONTENTIEUX

30% des contentieux au pénal visant les élus locaux portent soit sur des prises illégales d'intérêt (14,3%) soit sur des délits de favoritisme (15,6%) selon l'observatoire SMACL des risques de la vie territoriale. Six élus en moyenne sont condamnés et onze poursuivis chaque année pour prise illégale d'intérêt depuis 1995. Le rythme des condamnations a doublé entre la mandature 1995-2001 et celle de 2001-2008.

Eric Landot, avocat au barreau de Paris. Les deux juges se sont rapprochés sur ce qu'ils avaient de plus stricts », incluant les avantages indirects aux proches. Résultat : les conflits d'intérêt potentiels comme les condamnations d'élus locaux se sont multipliés, obligeant ces derniers à plus de rigueur et de précautions.

1/ Des associations malvenues. C'est le cas le plus répandu, celui qui donne des sueurs froides à tout élu local avant de voter la moindre subvention à une association. Pour justifier sa volonté de remplacer dans le Code pénal la notion « d'intérêt quelconque » par celle « d'intérêt personnel différent de l'intérêt général », Bernard Saugé, auteur d'une proposition de loi adoptée à l'unanimité au Sénat le 24 juin 2010, aime à rappeler le caractère incongru de la confirmation par la Cour de cassation (arrêt du 22 oc-

tobre 2008, « Ville de Bagnaux ») de la condamnation d'un maire, d'un adjoint et d'un conseiller municipal pour avoir participé à la décision d'attribution de subventions à des associations municipales qu'ils présidaient en qualités et ce, sans en avoir retiré un profit quelconque ou lésé la collectivité. Bref, « si je suis adjoint aux sports et président du club de foot, mieux vaut ne pas participer à la décision de subventionner ce club et à toute décision liée au football », explique Eric Landot. Même conseil de prudence pour « un simple conseiller municipal qui a intérêt à sortir de la salle du conseil s'il a le moindre lien avec un militant de l'association dont il va être question : il ne doit même pas participer au débat s'il veut éviter jusqu'au soupçon », prévient l'avocat. Cependant, cette attitude d'extrême prudence ne couvre pas tous les

Comment clarifier la notion de conflits d'intérêts ?



Bernard Saugéy, maire et conseiller général de l'Isère



Gaëtan Gorce, député-maire de Marchés sur Indre (Indre)



Charles de Courson, député-maire de Valant les Dames (Haute-Savoie)
et président de la communauté de communes des Côtes de Champagne

« Poursuivre "l'intérêt personnel" »

« En France, on compte déjà près de 60 cas où un élu local s'est vu poursuivre de manière abusive, comme celui où un maire avait voté une subvention pour le club de foot de la commune... où jouait son petit-fils ! Et même quand les procédures judiciaires n'aboutissent pas, l'élu doit en subir les frais pendant un ou deux ans. D'où l'idée, pour prévenir les conflits d'intérêt, de remplacer la notion "d'intérêt quelconque", terme non juridique, par celui "d'intérêt personnel différent de l'intérêt général" – par exemple, le cas d'un adjoint qui possède une société de construction et utilise ses fonctions pour octroyer des marchés à sa société. Cette proposition, qui ne se limite pas à l'argent, ne facilite en rien le financement illicite des partis politiques pour lequel il existe d'autres lois ! »

« Une loi pour imposer des déclarations de situation »

« Je suis favorable aux déclarations de situation pour faire toute la transparence sur les ressources des élus, notamment ceux des exécutifs locaux, une loi étant nécessaire pour prévoir des sanctions. Une charte des droits et devoirs devrait clarifier toutes les "zones grises" et rappeler les règles juridiques qui s'appliquent au niveau local. Avec l'avis des associations d'élus et du Parlement, les chambres régionales des comptes et les juridictions administratives pourraient rappeler ce qui est du domaine de l'acceptable et ce qui ne l'est pas. Pour prévenir les conflits d'intérêt potentiels entre deux mandats publics, l'un national et l'autre local, il faudrait interdire tout cumul d'un mandat national, y compris de parlementaire, avec celui d'un exécutif local. »

« Cibler l'octroi d'avantages personnels »

« On ne peut avoir des définitions différentes des conflits d'intérêts selon qu'il s'agit d'un élu local ou national, d'un fonctionnaire territorial ou de l'Etat. La seule chose qui peut choquer est de tirer un avantage personnel de sa fonction, pour soi ou pour sa famille. Va-t-on condamner un maire devenu par la suite président d'une association d'intérêt général ? Va-t-on me condamner parce qu'en tant que parlementaire je prends au Comité des finances locales des décisions qui peuvent avantager ma commune ? On ne peut supprimer tous les liens professionnels et personnels ! Il faut condamner ceux qui utilisent leurs fonctions pour un avantage personnel. Mais la proposition du vice-président du Conseil d'Etat d'interdire toute situation de conflits d'intérêt putatifs va trop loin. »

risques, notamment pour « le maire et son adjoint aux finances qui sont toujours responsables des ordres de paiement, même sans avoir participé à la décision de subvention », rappelle Philippe Bluteau, avocat à la Cour (lire la fiche dans ce numéro, pp. XXII-XXIII). Il leur reste donc à abandonner toute responsabilité dans une association.

Gare à l'intérêt indirect

2/ Trop proches collaborateurs. En mars 2009, le tribunal administratif de Cayenne condamne un maire qui a continué à rémunérer son fils comme directeur de cabinet de la commune alors qu'il était en stage en métropole. Parfois c'est l'embauche d'un membre de la famille comme collaborateur de cabinet qui est condamnée. « Si ce n'est pas encore perçu par les élus comme quelque chose

de délictuel, cela reste hautement déconseillé, quel que soit le lien de parenté », alerte Philippe Bluteau. Et ce, même si cela peut engendrer des « situations ubuesques dans les cas où la femme travaillait de longue date à la mairie avant même que son mari n'y soit élu maire »... 3/ Marchés publics pour relations privées. « Les élus ont désormais conscience qu'il ne faut pas donner de marché à une entreprise détenue par quelqu'un de leur famille », assure Philippe Bluteau. Et pourtant, chaque année, une condamnation vient rappeler cette règle élémentaire comme l'a fait le tribunal correctionnel de Nice en février 2009 en sanctionnant un élu (4 mois de prison avec sursis et 10 000 euros d'amende) pour avoir attribué un marché municipal à son fils. L'intérêt financier, personnel ou pour ses proches, est alors évident. Reste alors une

5 ans
d'emprisonnement et une amende de 75 000 euros : c'est ce que risque tout élu en cas de prise illégale d'intérêt selon l'article 432-12 du Code pénal.

3 500
habitants. Le seuil d'application des règles de la prise illégale d'intérêt. En deçà de ce seuil, diverses dérogations assouplissent la règle de droit.

zone grise pas encore tout à fait éclaircie par la jurisprudence : où s'arrête l'intérêt indirect condamné par le code pénal ? A la belle-sœur, à l'ami de longue date ou bien à la simple connaissance ? 4/ Avenir doré. Consciemment ou non, l'élu peut prendre une décision ne lui octroyant aucun avantage dans un premier temps... mais favorisant son avenir. Ce que le juge laisse de moins en moins impuni, comme le montre la décision en novembre 2009 du tribunal correctionnel du Puy-en-Velay de sanctionner un maire qui avait participé au vote de l'aménagement en réseau d'un lieu-dit où l'élu avait l'intention de construire sa maison d'habitation. Là encore, mieux vaut s'abstenir de voter et de participer aux débats d'une décision qui pourrait avantager l'élu à court ou moyen terme.

Aurélien Hélias

Au-delà des *Arcana rerum publicarum**

LE CONFLIT D'INTÉRÊTS, RÉPONSE À L'EXIGENCE DE DÉONTOLOGIE EN POLITIQUE ?

La Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a remis son rapport, intitulé *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*. Elle livre vingt-neuf propositions à la fois répressives et préventives. Elle définit en outre la notion de conflit d'intérêt, étrangère jusqu'à présent à notre droit interne

Benoît FLEURY,

professeur agrégé des facultés de droit,
directeur général adjoint des services du conseil général de la Vendée

CRÉÉE par le décret du 10 septembre 2010 (D. n° 2010-1072, 10 sept. 2010 ; JO 11 sept. 2010, p. 16505 ; JCP A 2011, act. 98), la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a été chargée, par le président de la République, de « faire des propositions afin de prévenir ou régler les situations de conflits d'intérêts dans lesquelles peuvent se trouver les membres du Gouvernement, les responsables des établissements publics et entreprises publiques ainsi que, le cas échéant, certains agents publics » (art. 1^{er}, al. 2).

Si l'installation de cette commission pouvait répondre à une actualité immédiate ou récente (affaires Woerth-Bettencourt, Pérol, Proglino, Médiateur...), elle s'inscrit aussi et surtout à la suite d'une série de mesures ou de pistes autour d'un thème cher au chef de l'État, celui d'une République qui se veut transparente et irréprochable : nouveaux droits de l'opposition parlementaire (à la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et de l'introduction d'un nouvel article 51-1 dans la Constitution), clarification des relations financières entre les pouvoirs publics et les associations (Circ. 18 janv. 2010, v. J.-M. Pontier, *Relations financières pouvoirs publics-associations* : JCP A 2010, act. 88), proposition modifiant le champ de la prise illégale d'intérêt (Prop. L. n° 268, adoptée par le Sénat le 24 juin 2010, sur laquelle on a par ailleurs pu émettre quelques réserves : B. Fleury, *Nul ne peut servir deux maîtres à la fois. La prise illégale d'intérêts redéfinie : vrai problème, fausse solution ?* : JCP A 2010, act. 539)... Plus qu'une décision de circonstances, il s'agit plutôt de la mise en œuvre d'une ligne directrice destinée à réconcilier les citoyens avec les institutions de l'État et l'administration – entendue largement – victimes d'une crise de confiance durable.

Présidée par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, assisté de Didier Migaud, premier président de la Cour des comptes et de Jean-Claude Magendie, ancien premier président de la cour d'appel de Paris, la commission a remis son rapport, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, le 26 janvier 2011. Le titre résume à lui seul l'ambition du texte. Refusant de céder à la facilité, les trois Sages évitent de tomber dans l'écueil de l'excès pour répondre aussi précisément que possible à l'objectif avancé de renforcer la confiance des citoyens et répondre à leurs attentes en rehaussant l'impartialité, l'objectivité et la probité des membres du Gouvernement et des personnes exerçant les plus hautes responsabilités publiques (p. 7 et s.). La commission livre ainsi un véritable arsenal juridique constitué de 29 propositions fortes et cohérentes, mêlant habilement répression (2) et prévention (3), articulées autour de l'introduction dans notre droit de la notion anglo-saxonne de conflits d'intérêts (1).

1. Définition du concept de conflit d'intérêts

Étranger à notre droit interne, le concept, objet de la mission, devait être précisé par les auteurs du rapport. Une analyse comparative (p. 12 et s.) avec les tentatives de définition de la part d'organisations internationales (OCDE et Conseil de l'Europe) ou de la législation d'autres États (Canada, Royaume-Uni, Portugal) permet à la commission de dégager des points communs : la nécessité d'une impartialité objective, l'existence d'un « conflit » et d'un certain degré d'intensité des intérêts en cause, la présence d'un intérêt personnel – matériel ou moral – détenu directement ou indirectement par l'intéressé et enfin une temporalité multiple. Il en résulte une approche précise, animée d'un souci opérationnel afin d'éviter

* Terminologie empruntée au traité *De arcanis rerum publicarum* (Brême, 1605) d'Arnold Clapmar, professeur d'histoire et de politique à l'université d'Altdorf. Sur ce texte, v. M. Sennelart, *Les arts de gouverner. Du régime médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995, p. 259 et s.

les principales critiques attachées à la prise illégale d'intérêts de l'article 432-12 du Code pénal. Le conflit d'intérêts se présente ainsi comme « une situation d'interférences entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer, ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions. Au sens et pour l'application du précédent alinéa, l'intérêt privé d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public s'entend d'un avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquels elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles. Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale, les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes, ainsi que ceux qui touchent à la rémunération ou aux avantages sociaux d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public ».

Les principes qui sous-tendent cette définition ont naturellement, par essence, vocation à s'appliquer à l'ensemble du secteur public. La lettre de la mission restreignait cependant son champ d'application à certaines fonctions particulièrement exposées : membres du Gouvernement et des cabinets ministériels, principaux dirigeants des entreprises et établissements publics, hauts fonctionnaires placés à la tête des administrations centrales... soit, compte tenu de la définition proposée, environ 4000 personnes, pour lesquelles la commission a d'abord souhaité revenir sur l'aspect répressif.

2. Le volet répressif du conflit d'intérêts

Analysant l'état du droit existant, la commission constate la prééminence des régimes d'incompatibilité et d'interdiction dont, en définitive, la prise illégale d'intérêts constitue le « dispositif privilégié » (p. 22 et s.). Même si, incontestablement, l'apport majeur de ce rapport, réside dans la réflexion poussée sur l'aspect préventif, les auteurs n'ont pas fait l'impasse sur le côté répressif. Ils préconisent au contraire deux séries de mesures.

La première tient en l'adaptation des régimes prohibitifs et répressifs applicables aux conflits d'intérêts (p. 77 et s.). Cela s'entend d'abord, dans l'esprit de la commission, d'une harmonisation du dispositif pénal relatif à la prise illégale d'intérêts avec l'ensemble des mesures préventives existantes ou à venir et d'une modification de l'article 432-12 du Code pénal sanctionnant la prise d'un intérêt « de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité » de la personne. Elle préconise également d'étendre certaines incompatibilités, en particulier la qualité de membre du Gouvernement et la détention d'un mandat exécutif local et des fonctions de direction ou d'administration au sein d'associations, de syndicats, de fondations ou de tout autre personne morale (partis politiques...). D'autres incompatibilités seraient édictées (fonctions dirigeantes d'entreprises publiques et d'entreprises privées, fonctions de direction générale d'un EPCI avec celles de conseiller municipal d'une commune membre de l'établissement) ou harmonisées (pour les membres des autorités administratives indépendantes). Elle souhaite enfin que l'interdiction du cumul d'activités des agents publics soit expressément étendue aux collaborateurs de cabinet et aux titulaires des emplois supérieurs à la décision du Gouvernement (préfets, ambassadeurs, directeurs d'administration centrale...).

La seconde série de mesures concerne la révision des dispositifs de l'article 432-13 du Code pénal visant à limiter le « pantouflage » (p. 82 et s.). Les auteurs recommandent ici de substituer au mécanisme consultatif géré par la Commission de déontologie, un régime d'autorisation préalable par une autorité indépendante et d'étendre son champ d'application aux membres du Gouvernement.

3. Le volet préventif du conflit d'intérêts

Sur ce terrain, la commission innove largement, en émettant là encore deux types de propositions.

Les premières visent à instaurer trois nouveaux mécanismes préventifs (p. 71 et s.) :

- la généralisation de l'obligation d'abstention ou de départ dans le traitement d'un dossier pour lesquels les intérêts privés de l'acteur public pourraient compromettre son indépendance, son impartialité ou objectivité ;

- l'instauration d'une déclaration d'intérêts mise à jour annuellement dont la méconnaissance serait sanctionnée par une amende, éventuellement assortie d'une peine d'inéligibilité ou d'interdiction d'exercer une fonction publique pour les emplois comportant des responsabilités particulières : membres du Gouvernement, collaborateurs de cabinet, emplois supérieurs à la décision du Gouvernement, titulaires des emplois les plus importants de la fonction publique territoriale, responsables des SEM, des SPL, des GIP... ;

- confier à un tiers, et sans droit de regard, la gestion des éléments du patrimoine financier susceptibles de donner lieu à conflits d'intérêts, pendant la durée de leurs fonctions des membres du Gouvernement, leurs collaborateurs directs et les titulaires des plus hautes fonctions dans le domaine économique et financier.

Les secondes ambitionnent la mise en œuvre d'une réelle politique de la déontologie, réintroduite au cœur de l'action publique (p. 84 et s.). Il s'agit moins ici d'encadrer certaines pratiques (cadeaux, libéralités, invitations, lobbying, sponsoring, mécanismes d'alerte...) que de promouvoir une véritable culture de la déontologie qui se traduirait en premier lieu par la mise en place d'une formation initiale et continue dans les écoles de service public, les administrations et les entreprises publiques et la rédaction de chartes et codes de bonne conduite tant pour les membres du Gouvernement que les autorités administratives. Les *Miroirs des princes* vieillissent bien ! Les autorités administratives seraient en outre dotées d'un service responsable de la déontologie des agents qui pourrait être assisté de « tiers référents de proximité », constitués d'un réseau de déontologues expérimentés, disposant d'un pouvoir de recommandation mais essentiellement chargé d'une mission de conseil. Au sommet de l'architecture institutionnelle, une nouvelle Autorité de déontologie de la vie publique verrait le jour par fusion de la Commission de déontologie et de la Commission pour la transparence de la vie politique. Composée du vice-président du Conseil d'État, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes, ainsi que des membres issus de ces trois juridictions, le nouvel organisme serait compétent pour l'ensemble du champ de contrôle de la déontologie de la vie publique. L'Autorité pourrait s'autosaisir de situations susceptibles de générer des conflits d'intérêts ou être alertée par l'autorité politique ou hiérarchique, les déontologues, l'administration ou la personne concernées, le défenseur des droits et, pour les seuls membres du Gouvernement par trente députés ou sénateurs. Elle disposerait d'un pouvoir d'avis, de recommandation, d'autorisation, de mise en demeure et d'injonction. La méconnaissance de ces dernières pourrait être sanctionnée par une amende, assortie, le cas échéant, d'une peine d'inéligibilité ou d'interdiction d'exercer une fonction publique.

Au final, si le volet préventif contient la plupart des évolutions et nouveautés souhaitées, il faut conserver à l'esprit qu'un régime purement répressif montre rapidement ses limites en l'espèce. En témoigne le faible nombre de condamnations en matière de prise illégale d'intérêts (en 2005, 44 condamnations ont été prononcées dont 14 à l'encontre d'élus ; 51 en 2006 – 19 à l'encontre d'élus – et 49 en 2007 – 10 à l'encontre d'élus. Quant aux peines, elles restent légères : 5 emprisonnements avec sursis en 2005, 6 en 2006 et 2 en 2007 et 5 amendes en 2005, 9 en 2006, 7 en 2007 pour un montant moyen annuel de, respectivement 2688, 1588 et 8000 €).

La commission a fourni au législateur de nombreuses pistes dont certaines influenceront certainement la réflexion actuellement menée par les parlementaires. Le président de la République a annoncé une loi avant la fin de l'année. Affaire à suivre donc.