

N° 519

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2009-2010

Enregistré à la Présidence du Sénat le 2 juin 2010

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1), sur la proposition de loi de M. Bernard SAUGEY, visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux,

Par Mme Anne-Marie ESCOFFIER,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Jacques Hyst, *président* ; M. Nicolas Alfonsi, Mme Nicole Borvo Cohen-Seat, MM. Patrice Gélard, Jean-René Lecerf, Jean-Claude Peyronnet, Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Troendle, M. François Zocchetto, *vice-présidents* ; MM. Laurent Béteille, Christian Cointat, Charles Gautier, Jacques Mahéas, *secrétaires* ; M. Alain Anziani, Mmes Éliane Assassi, Nicole Bonnefoy, Alima Boumediene-Thiery, MM. Elie Brun, François-Noël Buffet, Gérard Collomb, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Mme Marie-Hélène Des Esgaulx, M. Yves Détraigne, Mme Anne-Marie Escoffier, MM. Pierre Fauchon, Louis-Constant Fleming, Gaston Flosse, Christophe-André Frassa, Bernard Frimat, René Garrec, Jean-Claude Gaudin, Mmes Jacqueline Gourault, Virginie Klès, MM. Antoine Lefèvre, Dominique de Legge, Mme Josiane Mathon-Poinat, MM. Jacques Mézard, Jean-Pierre Michel, François Pillet, Hugues Portelli, Bernard Saugey, Simon Sutour, Richard Tuheia, Alex Türk, Jean-Pierre Vial, Jean-Paul Virapoullé, Richard Yung.

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 268 (2008-2009) et 520 (2009-2010)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LE DÉLIT DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊT : LE MOYEN D'ASSURER LA CONFIANCE DES CITOYENS DANS LA PROBITÉ DES AGENTS PUBLICS	7
A. DES JUSTICIABLES PAR FONCTION	8
B. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT : DES CONTOURS FLOUS	9
1. <i>La tutelle exercée par le justiciable</i>	9
2. <i>L'intérêt répréhensible</i>	9
3. <i>La prescription de l'action publique</i>	10
C. DES PEINES SÉVÈRES MAIS DES CONDAMNATIONS RELATIVEMENT MESURÉES.....	11
D. LA LIMITE DES DÉROGATIONS LÉGALES.....	12
II. L'OBJECTIF DE LA PROPOSITION DE LOI : MIEUX RÉPRIMER LA RECHERCHE D'UN INTÉRÊT PERSONNEL	13
III. POUR VOTRE COMMISSION DES LOIS, IL IMPORTE DE CERNER LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE PROBITÉ	15
EXAMEN EN COMMISSION	17
ANNEXE LISTE DES PERSONNES ENTENDUES	23
TABLEAU COMPARATIF	25

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Réunie le mercredi 2 juin 2010, sous la présidence de **M. Jean-Jacques Hyst, président**, la commission a examiné le **rapport de Mme Anne-Marie Escoffier** et établi le texte de la commission proposé pour la **proposition de loi n° 268** (2008-2009) de M. Bernard Saugey, visant à **réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux**.

Le rapporteur a indiqué que cette proposition, prenant en compte la jurisprudence la plus récente, visait à clarifier la notion d'intérêt et à lever les incertitudes pesant, pour les agents publics, sur la compatibilité avec la loi pénale des actes qu'ils sont appelés à commettre *ès qualités*.

Réaffirmant avec force son attachement au maintien de la répression du délit de prise illégale d'intérêt mais mesurant les difficultés d'application de l'article 432-12 du code pénal, la commission a, à l'initiative de son rapporteur, adopté sans modification l'article unique de la proposition de loi pour concentrer la répression sur les comportements relevant des manquements à la probité.

Puis, elle en a modifié l'intitulé afin de le mettre en conformité avec l'objet du dispositif retenu.

Votre commission a adopté la proposition de loi ainsi modifiée.

Mesdames, Messieurs,

L'application par le juge de l'article 432-12 du code pénal sanctionnant la prise illégale d'intérêt, a conduit notre collègue Bernard Saugey à déposer une proposition de loi pour mieux définir la nature de comportements répréhensibles.

Prenant en compte la jurisprudence la plus récente sur ce délit (*cf* Cass. crim., 22 octobre 2008), elle souhaite préciser le champ du dispositif pour l'appliquer aux seuls cas où l'intérêt de la personne en cause est un intérêt personnel distinct de l'intérêt général : la modification proposée vise à clarifier les comportements délictueux et à lever les incertitudes pesant, pour les agents publics, sur la compatibilité, avec la loi pénale, des actes qu'ils sont appelés à commettre *ès qualité*.

Elle impose de concilier deux impératifs qui l'un et l'autre garantissent la force et la vitalité de notre vie démocratique : la neutralité à laquelle doit se soumettre strictement tout agent public, et la sécurité juridique qui lui est due en contrepartie.

Telle est la démarche qui a guidé votre commission et son rapporteur dans l'examen de cette proposition de loi.

I. LE DÉLIT DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊT : LE MOYEN D'ASSURER LA CONFIANCE DES CITOYENS DANS LA PROBITÉ DES AGENTS PUBLICS

Ce comportement est réprimé en tant que **manquement au devoir de probité**, un devoir auquel on ne saurait se soustraire et qui constitue une des valeurs fondamentales de notre République à laquelle sont attachés tant les citoyens que les élus eux-mêmes.

Cette obligation est sanctionnée par la loi pénale. Il s'agit de rendre insoupçonnable aux yeux des citoyens, toute personne exerçant une fonction publique et de protéger celle-ci du risque de conflit de son propre intérêt avec l'intérêt public dont elle a la charge.

• ***Une préoccupation classique***

Comme le rappelait à votre rapporteur le procureur général près la Cour d'appel de Lyon, M. Jean-Olivier Viout, il s'agit d'un vieux principe déjà connu du droit romain qui « *interdisait aux gouverneurs de rien acquérir, par achat, donation ou quelque autre contrat que ce fut, dans les provinces où ils étaient établis et pendant le temps de leur administration* »¹. Une règle identique a été reprise dans deux ordonnances, la première de Saint-Louis (1254), la seconde de Charles VI (1388).

Inscrit dans la code pénal dès 1810, le délit d'ingérence a été modifié et complété à diverses reprises.

Il figure aujourd'hui dans le nouveau code pénal à l'article 432-12 qui propose une version complétée de l'ancien article 175 sanctionnant le délit aujourd'hui qualifié de prise illégale d'intérêts.

• ***Un élément de confiance dans la gestion publique***

L'objectif assigné au délit d'ingérence demeure celui de conforter, pour ne pas affaiblir leur autorité, la neutralité des agents qui se voient interdire la prise d'intérêt dans les affaires placées sous leur surveillance : ainsi seront garanties « *tout à la fois l'objectivité du fonctionnaire dans l'exercice de ses prérogatives et sa probité dans la gestion des affaires publiques* »².

A. DES JUSTICIABLES PAR FONCTION

La responsabilité instituée par l'article 432-12 pèse sur les **personnes exerçant une fonction publique** :

- soit parce qu'elles sont dépositaires de l'autorité publique, c'est-à-dire qu'elles sont investies d'un pouvoir de contrainte ou de décision comme les fonctionnaires ou les officiers ministériels ;

- soit parce qu'elles sont chargées d'une mission de service public tel l'architecte choisi par une collectivité territoriale en qualité de maître d'oeuvre³ ;

- soit parce qu'elles sont investies d'un mandat électif public, qu'il soit local ou national : c'est notamment le cas des exécutifs des collectivités ou des établissements publics de coopération intercommunale.

Cette large définition des catégories soumises au principe que l'article 432-12 entend protéger, doit, cependant, être reliée aux fonctions exercées par la personne en cause au moment des faits.

¹ Cf. André Vitu, *Jurisclasseur pénal (fascicule 20)*.

² Cf. André Vitu, *Jurisclasseur pénal précité*.

³ Cf. Cass. Crim., 14 juin 2000.

B. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT : DES CONTOURS FLOUS

Le délit n'est constitué qu'autant que la personne soumise à cette responsabilité spéciale en raison de ses fonctions a pris, reçu ou conservé, « *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* » (cf. article 432-12 du code pénal).

1. La tutelle exercée par le justiciable

Si l'administration, la liquidation et le paiement visent des situations facilement identifiables, la notion de surveillance est plus incertaine. Elle peut être retenue à l'égard d'une personne non investie d'un pouvoir de décision autonome et personnel, ou partageant avec d'autres ses prérogatives. Comme le relève M. Marcel Pochard, conseiller d'Etat, entendu par votre rapporteur, l'élément constitutif peut se limiter à « *une simple association au processus de décision* ».

La surveillance peut ainsi se réduire à de simples pouvoirs de **préparation** ou de **proposition** de décisions prises par d'autres (cf. Cass. Crim., 14 juin 2000).

En tout état de cause, ces fonctions sont, au regard de la jurisprudence, largement entendues.

2. L'intérêt répréhensible

La jurisprudence donne aujourd'hui des indications sur ce qu'elle entend prendre en compte pour caractériser le délit, l'« *intérêt quelconque* », qu'elle a été amenée à interpréter.

Si les termes de la loi ont été modifiés par le nouveau code pénal, l'intérêt répréhensible demeure le même qu'antérieurement.

L'intérêt :

- peut être matériel ou moral, direct ou indirect :

« *le délit (...) est constitué notamment par le fait, pour une personne investie d'un mandat électif public, de prendre un intérêt quelconque (...); que cet intérêt peut être de nature matérielle ou morale, direct ou indirect* » (cf Cass crim. 29 septembre 1999) ;

- est pris en compte indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel :

« *le délit (...), est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect et se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel* » (cf Cass crim. 21 juin 2000) ;

- n'est pas nécessairement en contradiction avec l'intérêt communal :

« *l'article 432-12 du code pénal n'exige pas que l'intérêt pris par le prévenu soit en contradiction avec l'intérêt communal* » (cf. Cass crim. 19 mars 2008).

L'arrêt rendu le 22 octobre 2008 par la chambre criminelle confirme les décisions antérieures en **élargissant** encore la notion d'intérêt quelconque, s'agissant de la présidence, par les élus concernés, **d'associations municipales**, puisqu'il considère que « *l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-12 du code pénal ; qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal* ».

Pour le juge, les élus « **sont soumis à l'obligation de veiller à la parfaite neutralité des décisions d'attribution des subventions à ces associations** ». En conséquence, « *l'infraction est constituée même s'il n'en résulte ni profit pour les auteurs ni préjudice pour la collectivité* », l'élément moral du délit résultant de ce que l'acte a été accompli sciemment.

La prise illégale d'intérêt n'exige pas, en effet, pour sa constitution, une intention frauduleuse : l'intention coupable est caractérisée, dès lors que l'auteur de l'infraction a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit (cf. Cass crim, 27 novembre 2002).

3. La prescription de l'action publique

Le **délai de prescription** dépend de la tutelle exercée. En effet, selon son élément constitutif, le délit sera instantané ou continu :

- il est naturellement instantané par la prise ou le bénéfice de l'intérêt même si les avantages retirés de l'opération s'échelonnent dans le temps (cf. Cass. crim., 7 octobre 1976) ; il se prescrit alors dès sa consommation comme la participation d'un conseiller municipal au vote concernant l'allocation par la commune d'une subvention à une association municipale qu'il préside ;

- en revanche, si la situation répréhensible est permanente par la « conservation » de l'intérêt, la prescription -3 ans en matière de délit- court à partir du jour où cesse la situation délictueuse : tel est le cas du directeur d'un service départemental, bénéficiaire d'une indemnité de logement qui, ayant reçu délégation de signature, a signé des états et mandats relatifs au paiement des loyers versés à la société civile immobilière qui était propriétaire du logement qu'il occupait et dont son épouse et sa famille détenaient 98 % des parts (cf. Cass. crim., 27 novembre 2002).

C. DES PEINES SÉVÈRES MAIS DES CONDAMNATIONS RELATIVEMENT MESURÉES

• L'aggravation des sanctions dans le nouveau code pénal

La prise illégale d'intérêt est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende.

Les sanctions prévues par l'article 432-12 sont complétées par les peines complémentaires qui, aux termes de l'article 432-17, peuvent être prononcées pour toutes les atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique, s'agissant en particulier des manquements au devoir de probité :

- interdiction des droits civiques, civils et de famille pour une durée maximale de 5 ans¹ (droit de vote, éligibilité, droit d'exercer une fonction juridictionnelle, d'être tuteur ou curateur...);

- interdiction, à titre définitif ou pour une durée de 5 ans², d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Mais cette interdiction n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales ;

- confiscation des sommes ou des objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Enfin, la personne condamnée pour prise illégale d'intérêt est frappée par l'incapacité électorale automatique introduite par la loi du 19 janvier 1995 dans l'article L.7 du code électoral : pendant un délai de 5 ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, la personne condamnée ne doit pas être inscrite sur la liste électorale.

Soulignons qu'en rénovant le code pénal, le législateur a alourdi la peine d'emprisonnement encourue au titre de la prise illégale d'intérêt en la portant de 2 à 5 années. En revanche, l'incapacité d'exercer une fonction publique qui, sous l'emprise de l'article 175, était définitive, peut désormais être modulée par le juge entre la perpétuité ou une durée de cinq ans.

• Une répression réelle mais mesurée

D'après les éléments fournis à votre rapporteur par la Chancellerie, sur les trois dernières années de statistiques disponibles, le **nombre de condamnations** s'est élevé à :

- 44 en 2005 dont 14 à l'encontre d'élus ;
- 51 en 2006 dont 19 à l'encontre d'élus ;

¹ Cf. article 131-26 du code pénal.

² Cf. article 131-27 du code pénal.

- 49 en 2007 dont 10 à l'encontre d'élus.

Les **peines prononcées** se répartissaient en :

- un emprisonnement avec sursis (5 en 2005, 6 en 2006, 2 en 2007¹) ;
- une amende (5 en 2005, 9 en 2006, 7 en 2007² pour un montant moyen respectif de 2.688 euros, 1.588 euros et 8.000 euros) ;

Ont été dispensées de peines 1 personne en 2005, 3 en 2006, 1 en 2007 (5 en 2008 - données provisoires).

D. LA LIMITE DES DÉROGATIONS LÉGALES

Le législateur a prévu, au bénéfice des élus municipaux des petites collectivités, des atténuations au principe nécessairement rigoureux édicté par l'article 432-12 dans des situations très particulières prenant en compte la réalité locale.

Ces dérogations applicables **aux seules communes de 3.500 habitants au plus**, autorisent les maires, adjoints et conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire :

- à traiter avec la commune dont ils sont élus pour des **opérations mobilières ou immobilières** ou la **fourniture de services** dans la **limite d'un montant annuel** de 16.000 euros ;

- à 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 : cet assouplissement vise à remédier aux difficultés de logement des élus lorsque la commune est propriétaire de terrains situés sur son territoire.

Il est encadré par le respect de deux conditions : le bien concerné, tout d'abord, doit avoir été estimé par le service des domaines ; l'acte, ensuite, doit avoir été autorisé par une délibération motivée du conseil municipal ;

- à acquérir un bien appartenant à la commune pour la **création** ou le **développement de leur activité professionnelle**. Dans ce cas, le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines et comme dans le cas prévu pour faciliter le logement des élus, l'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens, par une délibération motivée du conseil municipal.

Notons que le législateur a organisé la **transparence** de ces procédures dérogatoires : dans tous les cas, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos. Les administrés seront, en tout état de cause, informés.

¹ 1 en 2008 (données provisoires).

² 9 en 2008 (données provisoires).

Par ailleurs, lorsque l'une de ces dérogations est mise en œuvre, le législateur a organisé le « *retrait* » de l'élu intéressé : d'une part, le conseil municipal doit désigner un autre de ses membres pour représenter la commune et d'autre part, l'intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. C'est pourquoi le délit est constitué en l'absence de mise en œuvre de ce système particulier de représentation (*cf.* Cass. crim. 29 juin 2005 déclarant coupable de prise illégale d'intérêts le maire qui a décidé seul de la conclusion d'un contrat auquel il était partie et a exécuté lui-même les ordres de paiement).

Précisons que le champ des dérogations a été élargi au logement d'une part, et à l'activité professionnelle d'autre part, par le nouveau code pénal de 1992 : si la première figurait dans le projet de loi déposé sur le bureau du Sénat, la seconde a été introduite par la Haute assemblée pour tenir compte de l'évolution de l'aménagement des territoires ruraux : le sénateur Charles Jolibois, à l'origine de cette disposition, remarquait que « *de plus en plus, se constituent dans les communes de moins de 3.500 habitants des zones artisanales* »¹.

Cet ensemble d'assouplissements à l'interdiction posée par le premier alinéa de l'article 432-12, dont il convient de rappeler qu'il ne s'applique qu'aux toutes petites communes, n'avait pas pour objet, dans l'esprit du législateur, d'entamer la répression du délit d'ingérence ; il consiste simplement à résoudre des difficultés concrètes rencontrées fréquemment dans certaines communes en raison de leur taille. Pour notre regretté collègue Paul Masson, rapporteur du Livre IV du nouveau code, consacré aux crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique, il convenait d'éviter que ne résultent, de l'application du dispositif pénal, « *des situations parfaitement inévitables pour les élus locaux* »².

Le même souci a conduit au dépôt de la proposition de loi aujourd'hui soumise à l'examen du Sénat.

II. L'OBJECTIF DE LA PROPOSITION DE LOI : MIEUX RÉPRIMER LA RECHERCHE D'UN INTÉRÊT PERSONNEL

La proposition de loi déposée par notre collègue Bernard Saugey repose sur la difficulté, voir l'impossibilité, de concilier en pratique deux exigences, l'une issue de la loi, l'autre de l'interprétation qu'en fait le juge :

1. La représentation *ès qualités* par les élus locaux de leur collectivité dans « *les organismes extérieurs* », *de droit public ou privé, qui concourent à l'action publique locale, à des missions d'intérêt public ou d'intérêt général*

¹ Cf. débats Sénat. Séance du 23 avril 1992.

² Cf rapport n° 274 (1991-1992) de M. Paul Masson.

(...) soit par détermination de la loi, soit au titre des statuts de ces organismes »¹ ;

2. l'application, par le juge judiciaire, du dispositif de l'article 432-12 du code pénal, particulièrement de la notion d'intérêt quelconque : celle-ci n'exige pas, pour la constitution de l'infraction, d'une part, le bénéfice « d'un quelconque profit », et d'autre part la commission « d'un quelconque préjudice » pour la collectivité.

La proposition souligne, tout comme le conseiller d'Etat Marcel Pochard entendu par votre rapporteur, l'imprécision de la loi qui, en retenant la notion « d'intérêt quelconque », a ouvert la voie au juge pour « *élargir considérablement le champ d'application de (l')infraction* » : celle-ci n'est de ce fait pas stabilisée ; les assujettis se trouvent dans une situation précaire faute de connaître les contours précis du comportement fautif.

Il en résulte des conséquences dommageables pour la vie locale, les élus refusant des fonctions de présidence ou de direction d'associations municipales pour éviter le risque de prise illégale d'intérêts.

Le contrôle par la collectivité du bon usage des fonds par ces associations qu'elle subventionne se pose nécessairement. Dès lors la mission de surveillance de ces organismes apparaît impérative.

La proposition de loi vise à éviter un blocage de la vie locale en définissant plus précisément la prise illégale d'intérêt comme relevant **d'un intérêt personnel distinct de l'intérêt général**.

En clarifiant la notion d'intérêt, elle entend exclure du champ de la répression les élus siégeant *es qualités* comme représentants de leur collectivité « *au sein des instances décisionnaires des organismes extérieurs* » dans la mesure où ils « *n'y prennent pas d'intérêt personnel distinct de l'intérêt général* ».

Il convient de rappeler que notre collègue Pierre-Yves Collombat avait déposé lors de l'examen par le Sénat de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, un amendement similaire destiné tout comme la proposition de loi, non pas à affranchir les intéressés de la répression du délit mais à permettre, lorsque l'infraction est constituée par la présidence -*ès qualité*- d'une association parapublique subventionnée par une collectivité, « *le nécessaire contrôle par les élus des activités d'intérêt général* »².

L'amendement avait été retiré au profit de l'examen de la présente proposition de loi.

¹ Cf exposé des motifs de la proposition de loi n° 268 (2008-2009).

² Cf. débat Sénat Séance du 25 mars 2009.

http://intranet.senat.fr/seances/s200903/s20090325/s20090325017.html#s9_Niv3_art_Article_additionnel_apresT

III. POUR VOTRE COMMISSION DES LOIS, IL IMPORTE DE CERNER LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE PROBITÉ

Votre commission des lois **réaffirme avec force son attachement au maintien de la répression du délit de prise illégale d'intérêts**. Les agents exerçant une fonction publique et, parmi eux les élus tout particulièrement, doivent être irréprochables, insoupçonnables : il en va de l'adhésion de nos concitoyens aux fondements de la République, de leur confiance en leurs représentants, de la solidité de notre démocratie et de la cohésion de la société.

Il ne s'agit donc pas, en modifiant le libellé du premier alinéa de l'article 432-12, d'altérer, voire d'affaiblir, la portée d'un principe qui vise tout à la fois, à préserver la neutralité des fonctions publiques et à protéger les agents publics élus en leur indiquant les comportements à éviter.

Or, au regard de la jurisprudence, force est de constater que, dans son application, l'article 432-12 a perdu cette portée pédagogique : en effet, le juge a été amené à interpréter la notion d'intérêt quelconque en raison de son imprécision, qui donne lieu à toutes les interprétations et aussi à toutes les difficultés pour la gestion locale : pour le juge pénal, la prise illégale d'intérêt est constituée dès lors que l'élu préside *es qualités* une association municipale, même s'il n'en retire aucun profit et que l'intérêt pris ou conservé dans ce cadre n'est pas contraire à celui de la commune.

Certes, la direction des affaires criminelles et des grâces a fait valoir à votre rapporteur la faiblesse du nombre de condamnations et du niveau des peines prononcées à ce titre. Il n'en demeure pas moins que les poursuites déclenchées à raison des fonctions exercées *es qualités* ne sont satisfaisantes au regard ni de l'objectif assigné au délit, ni de l'impératif de sûreté juridique. Même si le délit n'est pas constitué, le simple soupçon peut porter un préjudice fatal à la personne désignée.

C'est pourquoi votre commission et son rapporteur, mesurant les difficultés d'application de l'article 432-12, ont souhaité lui attribuer un éclairage plus juste en **concentrant la répression sur les comportements relevant des manquements à la probité**. Ceux-ci, d'ailleurs, ne consistent pas dans la recherche de seuls profits matériels et financiers, mais également dans la poursuite d'un intérêt moral qu'il convient évidemment de toujours sanctionner.

Le texte retenu par votre commission, intransigeante sur le respect du critère de probité, se veut doublement protecteur de la neutralité de l'agent public : d'une part, en réprimant les actes qui s'en écartent et d'autre part, en indiquant à l'intéressé la mesure du risque délictuel.

Aujourd'hui, l'évolution des structures locales, le développement de l'intercommunalité, l'exécution des missions de service public entraînent la création d'associations, d'agences dans lesquelles, par la force des choses, les élus sont présents ou représentés. L'absence de clarté de la loi est, pour eux,

source d'inquiétude car ils peuvent, à un moment donné, ne pas avoir eu connaissance des faits qui peuvent leur être reprochés. Il faut donc restaurer leur confiance, susciter les vocations de ceux qui hésitent à s'engager face au risque pénal.

Il a semblé à votre rapporteur que la proposition de loi qui précise la notion d'intérêt délictueux, constitue une formule d'équilibre, protectrice des différents intérêts à respecter, sans qu'elle amoindrisse la responsabilité des agents, qu'il convient de réaffirmer avec force.

C'est pourquoi, à son initiative, la commission des lois a adopté sans modification l'article unique de la proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux en en modifiant, toutefois, l'intitulé : en effet, l'article 432-12 concerne, comme cela a été exposé précédemment, non seulement les élus, mais également les fonctionnaires et plus largement les dépositaires de l'autorité publique ou chargés d'une mission de service public qui peuvent être des agents de droit privé comme les officiers ministériels.

En conséquence, la commission, en confirmant qu'il s'agit bien de **clarifier la notion de prise illégale d'intérêt**, a modifié l'intitulé de la proposition de loi afin de le mettre en conformité avec l'objet du dispositif qu'elle a adopté.

*

* *

Votre commission a adopté la proposition de loi ainsi rédigée.

EXAMEN EN COMMISSION

MERCREDI 2 JUIN 2010

Puis la commission examine le rapport de Mme Anne-Marie Escoffier et le texte qu'elle propose pour la proposition de loi n° 268 (2008-2009) visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux.

Mme Anne-Marie Escoffier, rapporteur. – Nous examinons le texte proposé par notre collègue Bernard Saugey sur un sujet qui fut aussi porté en son temps par notre collègue Pierre-Yves Collombat. Il nous est soumis en réponse à une recrudescence de jurisprudence, émanant en particulier de la Cour de Cassation, en 2008, qui soulève de vraies questions dans la mesure où se trouve amplifiée la nature des sanctions et de la qualification de la prise illégale d'intérêts.

Je rappelle que celle-ci se définit comme un manquement au devoir de probité de la part de toute personne exerçant des fonctions publiques. Le principe, déjà connu du droit romain, a été repris dans les ordonnances de Saint Louis et de Charles VI. C'est en 1810 qu'il fut inscrit dans notre code pénal, sous la dénomination de délit d'ingérence, devenue, dans l'article 432-12 du code actuel, délit de prise illégale d'intérêts.

L'objet de ces dispositions est d'instituer la responsabilité des personnes exerçant des fonctions publiques, qu'elles soient dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif local ou national. Cette responsabilité ne vaut qu'autant qu'elle est liée aux fonctions exercées au moment des faits. Pour ce qui est des éléments constitutifs, chacun reconnaît que les contours en sont flous. Les faits ne sont constitués qu'autant que la personne a pris, reçu ou conservé, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont il a, au moment des actes, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

Cette notion de surveillance, floue, pose aujourd'hui problème. Des faits peuvent être retenus contre quelqu'un quels que soient son autonomie ou son pouvoir personnel, y compris s'il partage avec d'autres ses prérogatives. M. Marcel Pochard, que nous avons entendu, a souligné que l'élément constitutif peut être la simple association à un processus de décision, ce qui inclut la simple préparation ou la proposition de décision prise ensuite par d'autres. On voit l'enjeu pour les élus, leurs adjoints et les fonctionnaires qui travaillent auprès d'eux.

La notion d'intérêt « quelconque » pose elle aussi problème. L'intérêt peut être matériel ou moral, direct ou indirect ; il peut être pris en compte indépendamment de la recherche d'un gain ou autre avantage personnel. D'après

la jurisprudence de 2000 de la Cour de Cassation, il « se consomme par le seul abus de la fonction ».

Autre caractéristique : la prise illégale d'intérêts, aux termes de l'arrêt du 19 mars 2008, n'est pas nécessairement en contradiction avec l'intérêt communal.

Bref, l'élargissement du champ ainsi couvert est tel que l'on peut se demander comment les collectivités, les élus, les fonctionnaires peuvent encore agir. D'autant que les intercommunalités et les associations auxquelles ils sont parties prenantes se sont développées. Songeons que la seule connaissance des faits intéressés, au travers de leur préparation, peut être incriminée, que l'élu ait voté ou pas !

Le délit peut être puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. La sanction peut être assortie d'une interdiction d'exercer ses droits civiques et des fonctions publiques. Les personnes condamnées sont frappées, aux termes de la loi du 19 janvier 1995, d'incapacité électorale.

Il est vrai que le nombre de condamnations n'est pas excessif - 44 en 2005, dont 14 élus ; 51 en 2006, dont 19 élus ; 49 en 2007, dont 10 élus – et qu'elles ne sont pas prononcées au taux maximal. Reste que cette jurisprudence constitue un véritable frein à l'action des élus et des fonctionnaires.

Il existe certes des dérogations légales dont bénéficient les élus, mais seulement dans les communes de moins de 3500 habitants, pour autant que les opérations se font en toute transparence pour l'ensemble de la population.

La proposition de loi qui nous est soumise ne vise nullement à amoindrir la responsabilité des élus ou les sanctions, mais à réprimer la recherche de l'intérêt particulier. Le terme d'intérêt « quelconque », très aléatoire, est supprimé au profit de l'expression d'intérêt « personnel distinct de l'intérêt général ».

Votre rapporteur a procédé à de nombreuses auditions et analysé de près la jurisprudence : elle ne propose en aucun cas d'amoindrir la responsabilité des élus et des fonctionnaires, mais de protéger l'action des élus en préservant la neutralité de leurs fonctions publiques et en leur indiquant les comportements à éviter.

La montée en puissance du monde associatif et des agences accroît, pour les élus, le risque de responsabilité pénale, au point qu'il devient difficile de trouver des candidats à certaines élections. Ce texte, d'une grande sobriété, serait bien reçu des élus et des fonctionnaires inquiets de la jurisprudence des tribunaux.

M. Bernard Saugey. – Je remercie notre collègue Anne-Marie Escoffier pour son excellent travail mais aussi Pierre-Yves Collombat, avec lequel je partage la paternité spirituelle de cette rédaction, élaborée dans le cadre d'une proposition de loi sur la simplification du droit. Nous avons été surpris d'entendre dire que la Chancellerie serait hostile à notre proposition. Tout élu, tout fonctionnaire vit avec une épée de Damoclès au-dessus de la tête et je connais des responsables qui traversent un enfer parce qu'un magistrat a décidé

d'obtenir leur tête. C'est inadmissible. Ne pas prendre part au vote pour éviter le conflit d'intérêt ne change pas la position des juges. Songez qu'un maire qui voterait une subvention au club de football – quoi de plus courant ! – mais dont le petit-fils jouerait dans l'équipe pourrait être accusé de prise illégale d'intérêt. Que les voyous soient condamnés et les honnêtes gens laissés tranquilles !

M. Pierre-Yves Collombat. – J'ai défendu un amendement en séance publique, le Gouvernement m'a suggéré de procéder comme nous l'avons fait ; à l'époque un accord avait été trouvé.

Il règne en cette matière une loufoquerie totale, contraire à la bonne administration de la justice. Lorsqu'un responsable est dans le collimateur de la justice, il est poursuivi alors que de nombreux autres, dans la même situation, ne sont pas inquiétés. « Vos enfants empruntent-ils les transports publics ? » a pu demander un magistrat à un élu administrateur d'une régie de transport ! Quand il y a échange de biens, de services, c'est une autre affaire. Mais la responsabilité morale peut être invoquée sans échange de biens !

Enfin, puisque nous vivons dans un monde d'euphémismes, je suis d'accord pour que nous modifiions l'intitulé.

M. Jean-Jacques Hyest, président. – L'« intérêt quelconque » vise un intérêt financier ou signifie que quelqu'un a été favorisé. Or, dans un arrêt de 2008, la Cour de cassation a estimé que l'infraction ne nécessitait pas que la personne ait recueilli un profit ni que la collectivité ait subi un préjudice. C'est insensé !

Mme Jacqueline Gourault. – Ma commune a participé à la création d'une crèche d'entreprises en achetant dix places : il y avait onze demandes, dont une de ma belle-fille. Elle a retiré sa demande ! C'est le cas typique où j'aurais pu tomber sous le coup de « l'intérêt quelconque ». Cette proposition de loi est intéressante.

M. Jean-Marie Bockel, secrétaire d'Etat à la justice. – Mme la Garde des sceaux et moi-même sommes des élus locaux de longue date et nous connaissons bien ces situations. Nous comprenons le sens de la démarche. Mais lors d'une réunion interministérielle à Matignon, une position négative a émergé. La discussion doit se poursuivre entre vous, la Chancellerie et Matignon, afin de trouver la meilleure réponse à une difficulté réelle. Il y a peu de condamnations, elles sont légères, parfois justifiées...

M. Jean-Jacques Hyest, président. – Ce sont les poursuites et non les condamnations qui posent problème.

M. Jean-Marie Bockel, secrétaire d'Etat. – Certaines dispositions figurent déjà dans le code, elles visent à éviter que les élus ne désertent les réunions des associations subventionnées. Et il existe une présomption de désintéressement des élus. Ceux-ci peuvent siéger au conseil de surveillance d'une société d'économie mixte et prendre part au vote sans être considérés comme intéressés. L'« intérêt quelconque » est sans doute trop vaste mais votre définition peut susciter discussion car l'intérêt personnel, la vénalité doivent être

visés, mais aussi la partialité, le manque de probité. Je connais néanmoins la rédaction de l'article 432-12 et comprends votre souci. Si l'on est malchanceux, on peut se retrouver dans une situation kafkaïenne !

Mais tout signal de ce type dans le période actuelle est à manier avec d'infinies précautions. Notre crédibilité européenne et internationale est également à prendre en compte. La France a pris des engagements et tout recul serait mal considéré. Nous aurons à discuter de ce sujet avant la séance publique du 24 juin, afin de sortir par le haut de cette difficulté.

M. Jean-Jacques Hyest, président. – Notre pays, moins corrompu que d'autres, est parfois jugé par des gens qui feraient mieux de se juger eux-mêmes...

M. Pierre-Yves Collombat. – Monsieur le ministre, vos arguments n'en sont pas. La vérité, c'est que le Gouvernement a la frousse ! Personne ne fera pourtant la confusion ; l'intérêt personnel demeure sanctionné. On ne gouverne pas uniquement pour l'opinion et la télévision. Il faut parfois faire montre de courage politique.

M. Bernard Saugey. – Sans cela, la loi Fauchon n'aurait jamais été adoptée. J'ai croisé hier Mme Alliot-Marie, je l'ai interrogée sur son opposition prétendue, elle est tombée des nues car elle n'avait pas entendu parler de cette proposition de loi. Elle m'a indiqué que personnellement elle la soutenait.

M. Jean-Pierre Vial. – Le dernier argument donné par le ministre est le premier : c'est l'impression produite sur l'opinion publique qui fait obstacle. « *Dura lex, sed lex* » : soit, mais encore faut-il que la loi soit claire. Les magistrats se heurtent à la complexité des textes. Un avocat général me disait que dans les grandes affaires pénales, sa plus grande préoccupation était d'affiner son positionnement au regard du droit, afin de ne pas commettre d'erreur, alors que l'évolution permanente des textes accroît l'insécurité juridique.

Après des affaires comme celle de la dioxine, plus aucun fonctionnaire n'ose bouger : un directeur de DRIRE a été menotté, emmené en voiture de police sirène hurlante, et mis en garde à vue quatre ans après les faits. Que l'on ne s'étonne plus d'entendre un préfet déclarer à des maires : « Je ne vais pas aller en prison pour vous ! » et refuser d'agir. Une clarification s'impose et précisément, cette proposition de loi vise non pas à protéger les élus mais à clarifier la situation.

M. Jean-Jacques Hyest, président. – Il y a une instrumentalisation des poursuites.

M. Jean-Pierre Vial. – Un maire ne peut demander au nom « de son honneur » des explications au procureur sur des rumeurs le concernant. On lui rit au nez !

M. Jean-Jacques Hyest, président. – J'ai appris – il y a longtemps – que la prise illégale d'intérêts correspondait, dans le domaine public, à l'abus de

biens sociaux. Or le champ du second est beaucoup plus limité – en raison de la jurisprudence touchant la première. Le droit pénal doit être précis.

Mme Anne-Marie Escoffier, rapporteur. – Nous retenons la rédaction de M. Saugey pour l'article unique mais en modifiant l'intitulé pour bien souligner qu'il s'agit d'un texte de clarification : « Proposition de loi visant à clarifier le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts. ».

La proposition de loi est adoptée dans la rédaction issue des travaux de la commission.

ANNEXE LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

M. Bernard Saugey, sénateur de l'Isère, auteur de la proposition de loi

M. Pierre-Yves Collombat, sénateur du Var

M. Jean-Pierre Lemoine, inspecteur général de l'administration honoraire

Me Philippe Petit, avocat

M. Marcel Pochard, conseiller d'Etat

Me Levent Saban, avocat

M. Jean-Olivier Viout, procureur général près la Cour d'appel de Lyon

Association des maires ruraux de France (AMRF)

M. Vanik Berbérian, président

Association des petites villes de France (APVF)

M. André Robert, délégué général

M. Philippe Bluteau, avocat conseil

Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, direction générale des collectivités territoriales (DGCL)

M. Eric Jalon, directeur général

M. Jean-François de Manheulle, chef du bureau du contrôle de légalité et du conseil juridique

Ministère de la justice et des libertés, direction des affaires criminelles et des Grâces (DACG)

Mme Delphine Dewailly, sous-directrice de la justice pénale spécialisée

M. Régis Pierre, rédacteur au bureau du droit économique et financier

TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte de la proposition de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p align="center">Code pénal</p>	<p align="center">Proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux</p>	<p align="center">Proposition de loi visant à <u>clarifier</u> le champ des poursuites de la prise illégale d'<u>intérêt</u></p>
<p><i>Art. 432-12.</i> — 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.</p>	<p align="center">Article unique</p>	<p align="center">Article unique</p>
<p>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.</p>	<p align="center">Au premier alinéa de l'article 432-12 du code pénal, les mots : « un intérêt quelconque » sont remplacés par les mots : « un intérêt personnel distinct de l'intérêt général ».</p>	<p align="center"><i>(Sans modification).</i></p>
<p>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.</p>		
<p>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</p>		

Texte en vigueur

—

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.

Texte de la proposition de loi

—

Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique

—