



[linkedin.com/in/levent-saban](https://www.linkedin.com/in/levent-saban)
levent.saban@cabinetpetit.com

CONSEIL ET DEFENSE DROIT PENAL

DIRIGEANTES et DIRIGEANTS PUBLICS : LE SAVIEZ-VOUS ?

LEVENT SABAN

Loi n°2022-217
du 21 février 2022

Loi 3DS
et conflit d'intérêts :
Organismes extérieurs,
SEML, OPH ...
encore du nouveau !

Voici une nouvelle loi pour tenter de concilier les **exigences déontologiques** de probité de la vie publique avec le **bon fonctionnement** des organes décisionnels des collectivités, bloqués parfois par les nombreux déports imposés pour prévenir le délit de prise illégale d'intérêts pour des situations où **l'intérêt personnel** de l'élu n'était pourtant pas en cause (conflit entre **deux intérêts publics**).

L'examen du dispositif prévu par l'imposante **loi dite « 3DS » n°2022-217 du 21 février 2022** sur le conflit d'intérêts (articles 217 et 218 notamment) constitue un véritable défi cérébral, tant les renvois et les croisements de textes sont ici nombreux, ceci pour une matière et des règles qui n'étaient déjà pourtant pas simples à appliquer.

A bien lire l'article 217 de ladite loi, on arrive avec peine à comprendre que celle-ci a prévu :

- un **principe** : les élu(e)s peuvent participer aux décisions concernant les organismes extérieurs dans lesquels ils sont désignés sans risquer un délit de prise illégale d'intérêts (ce qui est une avancée considérable !)
- des **exceptions à ce principe** avec une liste d'interdictions : les élu(e)s ne peuvent pas participer à certaines décisions comme la commande publique, les DSP, les aides économiques, chaque fois que l'organisme ou la société dans laquelle ils ou elles siègent se porte candidat
- des **dérogations aux exceptions à ce principe** en raison des **ORGANISMES** concernés (certains organismes ne sont pas concernés par les exceptions : donc les élu(e)s peuvent participer aux décisions ! ex. CCAS, CIAS, Caisse des Ecoles...)
- Des **dérogations aux exceptions à ce principe** en raison des **SUJETS** concernés (vote des dépenses obligatoires et du budget concernant les organismes extérieurs visés dans lesquels les élu(e)s siègent)

On aurait pu faire plus simple !!

Explications sous forme de schémas...

Issu de loi n°2021-1729
du 22 décembre 2021

Retour sur le délit réformé de **PRISE ILLEGALE D'INTERETS** (prendre, conserver, recevoir un intérêt illégal...) Article 432-12 du Code pénal

ELEMENT MATERIEL

IL FAUT

- être **élu(e)** ou **agent** public
- prendre/conserver/recevoir un **INTÉRÊT** « *de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité* » (intérêt direct ou indirect, matériel, financier, ou même simplement moral...)
- dans une **opération placée sous la surveillance** de l'élu(e) ou de l'agent (un vote, une décision, une participation à une réunion même sans décision, un avis...)

ELEMENT MORAL

- Il faut la **preuve d'une intention de commettre** le délit (délict intentionnel)
- L'absence d'intention n'est pas établie par le fait qu'on ignorait l'interdiction (« *nul n'est censé ignorer la loi* »...)
- L'intention se déduit le plus souvent de la **conscience de la matérialité** des faits (participation à un acte, signature d'une décision, d'un mandat de paiement, d'un rapport...)

« *L'intention coupable est constituée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. Il n'est pas nécessaire qu'il ait agi dans une intention frauduleuse* »

(Cass.crim., 4 mars 2020, n°19-83.390 - à propos d'un maire qui recrutait sa sœur comme DGS de la commune)

Il y a donc délit,
s'il existe ...

UN INTERET

DIRECT

ou INDIRECT

(PAR PERSONNE
INTERPOSEE)

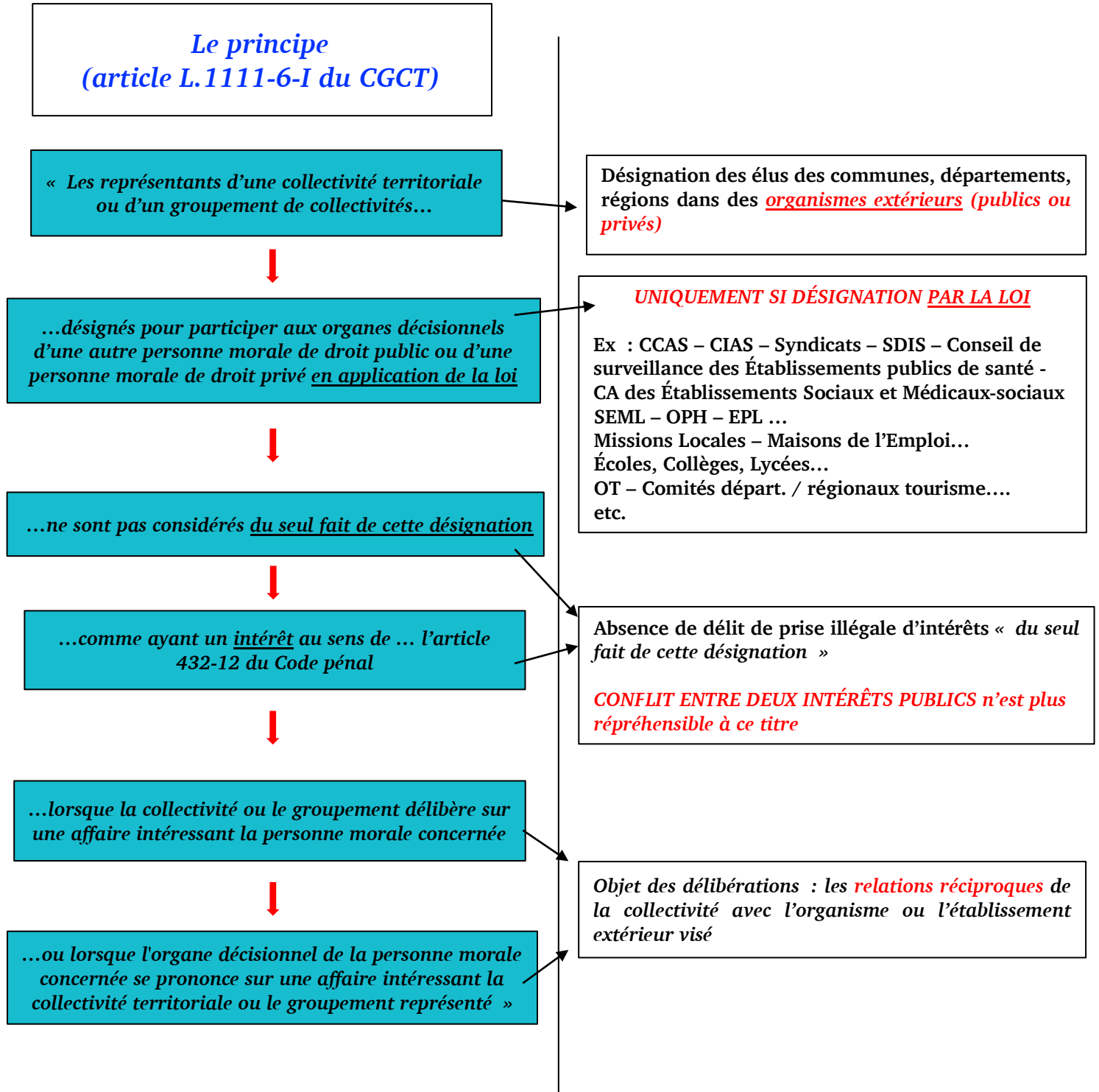
DE NATURE A
COMPROMETTRE

l'impartialité

l'indépendance

l'objectivité

de l'élu(e)
ou
de l'agent



*Exceptions au principe
(article L.1111-6-II du CGCT)*

Pour les représentant(e)s élu(e)s dans les organismes extérieurs visés par le texte,

INTERDICTION DE PARTICIPER aux décisions de la collectivité attribuant à la personne morale concernée :

- un contrat de la **commande publique**
- une **garantie d'emprunt**
- une **aide économique** des articles 1511-2-I al.2 et 1511-3 al.2

INTERDICTION DE PARTICIPER :

- aux **commissions d'appel d'offres**
 - ou **commissions des délégations de service public**
- lorsque la personne morale concernée est candidate

INTERDICTION DE PARTICIPER :

- à la délibération portant sur la **désignation** ou **rémunération de l'élu(e)** au sein de l'organisme concerné

SAUF

- pour les dépenses obligatoires de l'article 1612-15 du CGCT (fonctionnement, investissement etc.)
- pour le vote du budget

Attention aux exceptions !

Le conflit entre deux intérêts publics peut encore être un délit puni par le code pénal

Article L.1111-6-III du CGCT
(EXCLUSION DES EXCEPTIONS... 🤖 ...)

Ces interdictions ne s'appliquent pas :

- aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent « au sein des organes décisionnels d'un autre groupement de collectivités territoriales » (**EPCI, Syndicats, Pôle métropolitains...**)
- aux représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements qui siègent au sein des organes décisionnels des **CCAS** et **CIAS**, des **Caisses des Écoles**

Dans ces derniers cas, les élus peuvent participer aux décisions concernant les relations avec les EPCI, Syndicats et autres groupements de collectivités, et les décisions concernant les CCAS, CIA, Caisses des Écoles

Donc les élu(e)s peuvent participer aux **délibérations** concernant les dépenses obligatoires et le vote du budget **EN LIEN AVEC LES ORGANISMES EXTERIEURS VISÉS PAR LE TEXTE**

**DISPOSITIONS
SPECIFIQUES AUX SEML**

ADMINISTRATION ET CONTROLE DES SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE LOCALES

Malgré une formule introductive (« *Nonobstant l'article...* ») qui vient semer le trouble sur la portée du texte, on va trouver ici un principe protecteur et une liste d'interdictions pour les élu(e)s siégeant dans les SEML quasi identiques que précédemment.

Principe posé : **absence de conflit d'intérêts punissable** pour l'élu(e) administrateur (rice) d'une SEML, pour sa participation aux délibérations de sa collectivité de rattachement et concernant la SEML

Réciprocité de l'absence de conflit d'intérêts punissable dans les relations SEML et collectivités de rattachement

INTERDICTIONS
Si la SEML est candidate à un contrat de la collectivité, les élu(e)s ne peuvent pas participer :

- aux CAO
- aux commissions de DSP
- aux délibérations d'attribution

INTERDICTIONS
Les élu(e)s ne peuvent pas participer :

- aux aides et garantie d'emprunt
- aux délibérations les désignant dans les SEML (1^{er} et 3^{ème} al.)
- aux délibérations fixant leur rémunération (10^{ème} al.)

Article 1524-5 al. 11 du CGCT

« Nonobstant l'article L. 1111-6 du présent code, les **élus locaux** agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de **membre ou de président du conseil d'administration**, de **président-directeur général** ou de **membre ou de président du conseil de surveillance**, **ne sont pas considérés, de ce seul fait, comme étant intéressés à l'affaire, au sens de... l'article 432-12 du code pénal** ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, **lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale.**

Cette seule qualité emporte les mêmes conséquences lorsque l'élu local participe aux délibérations du conseil d'administration ou de surveillance de la société portant **sur ses relations avec la collectivité ou le groupement qu'il représente**. Elle n'entraîne pas davantage l'application des articles L. 225-40 et L. 225-88 du code de commerce »

Article 1524-5 al. 12 du CGCT

« Toutefois, lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique, ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres, ni aux commissions mentionnées à l'article L. 1411-5, ni à la délibération attribuant le contrat. De la même façon, ils ne peuvent participer aux délibérations accordant à cette société **une aide** régie par le titre Ier du présent livre ou **une garantie d'emprunt** prévue aux articles L. 2252-1, L. 3231-4 ou L. 4253-1, ni aux délibérations mentionnées aux premier, troisième et dixième alinéas du présent article. »

Quelques réflexions et recommandations :

- *ce texte de la loi 3DS est une avancée certaine allant vers une clarification et une sécurisation possible des actes accomplis par les élu(e)s en leur qualité de représentant(e)s de leur collectivité de rattachement dans des organismes extérieurs*
- **Attention** aux lectures trop rapides d'un texte pas très aisé à appréhender : l'absence d'intérêt pénalement reprochable ne s'applique **QUE** pour les organismes extérieurs pour lesquels la désignation de l'élu(e) est prévue par **LA LOI**.
- Donc cela signifie que ce dispositif **NE S'APPLIQUE PAS** pour les organismes prévus par des décrets, ou pour des **structures associatives (non prévues par la loi) créées par les collectivités elles-mêmes** et qui prévoient dans leurs statuts constitutifs la représentation de la collectivité pour en assurer une gouvernance ou surveillance légitime (agences d'attractivité économiques par exemple...), pour lesquelles aucune dérogation n'est prévue, et le délit peut s'appliquer... **IL NE FAUT DONC PAS BAISSER LA GARDE ET CONTINUER D'APPLIQUER DANS CES CAS LES MESURES DE DEPORT NECESSAIRES...**
- **Attention** : même devant ces « dérogations » prévues par la loi 3DS, **l'intérêt personnel de l'élu** s'il existe sera **toujours** réprimé au titre du délit de l'article 432-12 du Code pénal si les mesures de déport n'auront pas été respectées. Ainsi par exemple, si l'élu(e) a un membre de sa famille travaillant dans l'organisme ou l'établissement considéré, la participation, pourtant permise par l'article L.1111-6-II du CGCT comme vu plus haut, de cet(te) élu(e) au vote des dépenses obligatoires (ex. dépenses de personnel) ou du budget, sera susceptible d'être sanctionnée pénalement. Il conviendra d'appliquer les mesures de déport exigées (**arrêté de déport** ou **abstention individuelle** de l'élu(e) suivant les cas...)

Cf notre **NEWSLETTER mars 2022** sur cette question :

« [ELUES et ELUS : maîtrisez-vous l'arrêté de déport ? Petit retour d'expériences...](#) »

https://www.linkedin.com/posts/levent-saban_newsletter-levent-saban-mars-2022-p%C3%A9nal-activity-6906855977094946816-AY3L?utm_source=linkedin_share&utm_medium=member_desktop_web

- La question se pose en droit de la **nature juridique** (et donc de sa portée) de l'article 217 de la loi du 21 février 2022 dans la mesure où l'article 432-12 du Code pénal n'est pas modifié directement : **la loi 3DS peut-elle en droit « déroger » au code pénal ?** Les dispositions de l'article 217 de la loi 3DS ne sont évidemment ni un fait justificatif au sens du droit pénal (« N'est pas pénalement responsable celui qui »), ni une loi interprétative, ni une loi spéciale dérogeant à une loi générale (l'article 432-12 du Code pénal n'est pas une loi « générale » à laquelle la loi 3DS viendrait « déroger »...). Il est regrettable que le législateur n'ait pas pris toute la dimension fondamentale du sujet et des principes juridiques essentiels qui ne manqueront pas d'être débattus ou disputés devant les juridictions (**autonomie du droit pénal, interprétation stricte de la loi pénale... ?**).

On peut raisonnablement considérer que ces dispositions de la loi 3DS vont venir « s'ajouter » utilement à l'encadrement de la définition de la notion d'intérêt pénalement reprochable prévue par l'article 432-12 du Code pénal. Mais que « vaut » devant un juge pénal un texte de loi (article 217 de la loi 3DS) qu'on a gardé **hors du texte de l'incrimination** (article 432-12 du Code pénal). Seul un texte d'**incrimination** (contenant un comportement et une peine applicable, même prévu hors code pénal) représente « **la loi pénale** » et mobilise tous les principes essentiels comme le principe de légalité des délits et des peines par exemple... ? Faisons le vœu d'une application du texte qui soit respectueuse des intentions du législateur : concilier les exigences déontologiques avec le bon fonctionnement des organes décisionnels des collectivités et de leurs organismes extérieurs...

- Il est regrettable que le texte de la loi 3DS ne porte que sur les matières pour lesquelles l'élu(e) « **délibère** »... Quid de la participation de l'élu(e) en **amont de la délibération** : les réunions, les commissions thématiques, les débats préalables au vote... ? Certes, le bon sens commande de répondre que les actes préparatoires à la délibération sont nécessairement couverts par le texte et entrent dans la dérogation prévue par la loi 3DS... c'est pourtant là aussi oublier que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, au nom de l'interprétation stricte de la loi pénale, a précisément déjà jugé que : « la participation, **serait-elle exclusive de tout vote**, d'un adjoint au maire d'une commune à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du code pénal » (Cass. Crim. 22 février 2017, 16-82.039). Il s'agit d'une jurisprudence constante et non d'une décision isolée.
- Enfin, petite nouveauté à signaler : l'article 218 de la loi 3DS a ajouté une disposition à la charte de l'élu local (article L.1111-1-1 du CGCT), prévoyant la possibilité pour tout élu local de « **consulter un référent déontologue** chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la présente charte ». Les élus auront ainsi, comme les agents publics, « leur » référent déontologue. Reste à connaître ses modalités et critères de désignations (un élu ? un agent public de la collectivité ? une personne « qualifiée » externe ? etc...). Un décret est attendu sur cette question.

Déjà publiés

[linkedin.com/in/levent-saban](https://www.linkedin.com/in/levent-saban)

- Newsletter de JANVIER 2022

- *Le délit de prise illégale d'intérêts a été modifié !*
- *Un nouveau délit de prise illégale d'intérêts a été créé pour les Magistrats : grave provocation d'un législateur susceptible... ?*
- *Un maire peut-il être complice de prise illégale d'intérêts pour avoir fait voter un PLU en faveur d'un élu de sa liste ?*

https://www.linkedin.com/posts/levent-saban_newsletter-janvier-2022-p%C3%A9nal-et-mandats-activity-6887684358208069632-DxU?utm_source=linkedin_share&utm_medium=member_desktop_web

- Newsletter de FEVRIER 2022

- *Mécénat et Parrainage : quand commence le risque de corruption ?*
- *Quelles recommandations ?*

https://www.linkedin.com/posts/levent-saban_newsletter-levent-saban-f%C3%A9vrier-2022-activity-6896929311878647808-A47?utm_source=linkedin_share&utm_medium=member_desktop_web

- Newsletter de MARS 2022

- *ELUES et ELUS : maîtrisez-vous l'arrêté de départ ? Petit retour d'expériences...*

https://www.linkedin.com/posts/levent-saban_newsletter-levent-saban-mars-2022-p%C3%A9nal-activity-6906855977094946816-AY3L?utm_source=linkedin_share&utm_medium=member_desktop_web