# CHARTE DE L'ÉLU LOCAL

2020

## Mode d'emploi et bonnes pratiques

OBS' SMACL

SMACL ASSURANCES
GROUPE VYV

# ÉDITO

**Par Jean-Luc de Boissieu,**

*Président du Conseil d'administration de SMACL Assurances*

Les maires et présidents des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) nouvellement désignés doivent, sitôt après leur élection, faire lecture devant leur conseil de la « *Charte de l'élu local* ».

Cette charte, qui a valeur législative, contient sept règles de bon comportement et de déontologie que tous les conseillers municipaux et communautaires doivent respecter. Le fait, pour le chef de l'exécutif local fraîchement élu, de commencer l'exercice de son mandat par la lecture de ce document le place, visuellement et surtout moralement, en position de garant du respect de ces règles. La qualité de maire, comme de président d'EPCI, et l'autorité qui s'y attache mettent sur ses épaules une responsabilité particulière.

Le terme même de « *Charte de l'élu local* » est riche de significations : le législateur n'a pas entendu s'adresser aux collectivités territoriales ni aux conseils municipaux mais bien directement aux élus locaux. La charte accompagne les élus locaux tout au long de leur mandat et dans toutes les missions qui leur sont attachées. Elle vise en effet à guider, dès le premier jour du mandat, le comportement, les agissements, l'état d'esprit des élus locaux dans toutes les instances où ils participent au nom et pour le compte de leur collectivité. Ce corps de règles vaut ainsi aussi bien à la table du conseil, municipal ou intercommunal, que dans les multiples structures (entreprises publiques locales, associations, etc.) dans lesquelles l'élu est appelé à siéger.

SMACL Assurances a souhaité aider les édiles municipaux et communautaires à s'approprier cette charte en leur expliquant le contenu de chacune de ces sept règles et en donnant à chaque fois des exemples de bonnes pratiques qui devraient faciliter leur mise en œuvre et leur respect.

Cet ouvrage est le fruit d'un travail collectif : il s'appuie sur l'expérience de l'équipe de SMACL Assurances qui anime l'Observatoire des risques juridiques de la vie territoriale et associative depuis plus de 20 ans.

Il aura atteint son but s'il devient le livre de chevet des élus locaux et de tous ceux qui, par fonction ou par civisme, font vivre la démocratie locale.

**Ont contribué à cet ouvrage :**

***Maître Michel Hunault,***
*avocat et enseignant à Sciences-Po Paris,*

***Jérôme Deschênes,***
*DGS et chargé de l'éthique et de la déontologie au SNDGCT,*

***Pierre Villeneuve,***
*vice-président de l'Association nationale des juristes territoriaux,*

***l'Agence française anticorruption (Afa)***

*Directeur de la publication : Jean-Luc de Boissieu - Rédaction : Luc Brunet, Hélène Lallaizon, Vincent Pourrias - Conception : Emilie Fleuriault - Réalisation : Direction de la communication et des relations institutionnelles - Illustrations : Jean Duverdier, Getty Image - Relecture : Correctographe*

**ISBN 978-2-9537147-0-8 - Dépôt légal : février 2020**

Jean-duverdier.com

# CHARTE DE L'ÉLU

1 L'élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité.

2 Dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier.

3 L'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote.

4 L'élu local s'engage à ne pas utiliser les ressources et les moyens mis à sa disposition pour l'exercice de son mandat ou de ses fonctions à d'autres fins.

5 Dans l'exercice de ses fonctions, l'élu local s'abstient de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions.

6 L'élu local participe avec assiduité aux réunions de l'organe délibérant et des instances au sein desquelles il a été désigné.

7 Issu du suffrage universel, l'élu local est et reste responsable de ses actes pour la durée de son mandat devant l'ensemble des citoyens de la collectivité territoriale, à qui il rend compte des actes et décisions pris dans le cadre de ses fonctions.

# SOMMAIRE


1 SE CONFORMER AU CADRE LÉGAL ..... p.7

1.1 - Lire et remettre la charte de l'élu local dès l'installation du nouveau conseil municipal ou communautaire ..... p.8
1.2 - Remplir ses obligations déclaratives ..... p.8
1.2.1 - Liste des élus locaux assujettis aux obligations déclaratives ..... p.9
1.2.2 - Déclarer sa situation patrimoniale ..... p.10
1.2.3 - Déclarer ses intérêts ..... p.12
1.3 - Désigner un référent déontologue ..... p.14
1.4 - Prévoir un dispositif d'alerte interne et assurer la protection des lanceurs d'alerte ..... p.16
1.4.1 - La procédure d'alerte ..... p.16
1.4.2 - La protection des lanceurs d'alerte ..... p.19

2 S'INFORMER, DEMANDER CONSEIL ET SE FORMER ..... p.23

2.1 - Se poser les bonnes questions et demander conseil ..... p.24
2.2 - S'appuyer sur le contrôle de la légalité ..... p.27
2.3 - Se former ..... p.28

3 S'INSCRIRE DANS UNE DÉMARCHE VOLONTARISTE DE SENSIBILISATION ET DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION ..... p.33

3.1 - Mettre en place un plan anticorruption ..... p.34
3.2 - Connaître les prérogatives de l'agence française anticorruption (Afa) ..... p.37
3.3 - Cartographier les risques ..... p.39

4 PRÉVENIR ET FAIRE CESSER LES CONFLITS D'INTÉRÊTS ..... p.47

4.1 - Savoir identifier les conflits d'intérêts ..... p.48
4.2 - S'abstenir et se déporter ..... p.50
4.2.1 - Un devoir d'abstention absolue ..... p.50
4.2.2 - Une obligation de déport ..... p.51
4.3 - Prévenir le « pantouflage » ..... p.58

5 UTILISER LES RESSOURCES DE LA COLLECTIVITÉ DANS LA SEULE SATISFACTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ..... p.63

5.1 - Connaître les contours du détournement de biens publics ..... p.64
5.2 - Mettre en place des procédures de contrôle de la bonne utilisation des biens et des deniers publics ..... p.66

6 ÊTRE IMPARTIAL ET TRANSPARENT DANS SES PRISES DE DÉCISION ..... p.71

6.1 - Connaître les contours du délit de favoritisme ..... p.72
6.2 - Respecter et promouvoir le principe de non-discrimination ..... p.77

7 ÊTRE STRICT DANS LES RELATIONS AVEC LES PARTENAIRES ..... p.81

7.1 - Connaître les contours de la corruption et du trafic d'influence ..... p.82
7.2 - Savoir identifier les représentants d'intérêts ..... p.86
7.3 - Bien choisir et évaluer ses partenaires ..... p.88

ANNEXES ..... p.92

# SE CONFO
# AU CA

# RMER
# DRE LÉGAL

**Compte tenu du mandat qui leur a été confié par leurs concitoyens, les titulaires d'un mandat électif doivent avoir un comportement irréprochable qui tend à l'exemplarité.**

En guise de garde-fous, le droit pénal pose un cadre légal composé de plusieurs infractions (article 432-10 et suivants du Code pénal réprimant la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, la concussion, le favoritisme et le détournement de fonds publics) qui constituent la ligne rouge à ne pas franchir. À défaut, les élus sont susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle sous l'œil vigilant non seulement des autorités de contrôle (Haute autorité pour la transparence de la vie publique, Agence française anticorruption, Chambre régionale des comptes, Préfecture) mais aussi des élus de l'opposition, des citoyens, des entreprises, des associations, voire des lanceurs d'alerte internes à la collectivité.

D'où l'intérêt pour chaque élu d'être au clair sur ses obligations et d'adopter les bonnes pratiques dès le début du mandat.

## 1.1

# LIRE ET REMETTRE LA CHARTE DE L'ÉLU LOCAL DÈS L'INSTALLATION DU NOUVEAU CONSEIL MUNICIPAL OU COMMUNAUTAIRE

La loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 a introduit, à l'article L.1111-1-1 du Code général des collectivités territoriales, la *Charte de l'élu local*. Les dispositions de cette charte constituent le code de bonne conduite auquel les élus doivent se conformer pendant la durée de leur mandat.

Aux termes de la loi du 31 mars 2015, lecture de la *Charte de l'élu local* est donnée lors de la séance d'installation, par le chef de l'exécutif local lors de tout nouveau conseil (municipal, départemental, régional ou communautaire).

***Article L.2121-7 du Code général des collectivités territoriales :***

*« Lors de la première réunion du conseil municipal, immédiatement après l'élection du maire et des adjoints, le maire donne lecture de la charte de l'élu local prévue à l'article L.1111-1-1. Le maire remet aux conseillers municipaux une copie de la charte de l'élu local et du chapitre III du présent titre ».*

Que le tout premier acte de la nouvelle mandature soit la lecture et la remise de cette charte est un engagement fort dont le caractère solennel peut être renforcé par la signature de la charte par l'ensemble des élus du conseil.

En complément de la lecture et de la remise de la charte, les élus locaux doivent également respecter plusieurs obligations qui s'inscrivent dans la même logique de transparence et d'exemplarité. Certaines d'entre elles sont d'application générale, d'autres ne concernent que les élus issus des collectivités d'une certaine taille.

## 1.2

# REMPLIR SES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES

Depuis la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est chargée de recevoir, contrôler, avec l'administration fiscale, les déclarations de situation patrimoniale et les déclarations d'intérêts de certains responsables publics sous certaines conditions de seuil de population. Elle peut également être consultée par ces mêmes responsables publics sur des questions de déontologie et de conflit d'intérêts relatifs à l'exercice de leur fonction et émettre des recommandations. Les élus concernés doivent effectuer deux déclarations auprès de la HATVP : une déclaration de situation de patrimoine et une déclaration d'intérêts.

### 1.2.1 Liste des élus locaux assujettis aux obligations déclaratives

Les élus locaux assujettis à ces obligations déclaratives (article 11 de la loi du 11 octobre 2013) sont :

- les présidents de conseil régional et les conseillers régionaux titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ;
- les présidents de conseil départemental et les conseillers départementaux titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ;
- les maires de communes de plus de 20 000 habitants et les adjoints aux maires de communes de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ;
- les présidents d'Établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement dépasse 5 millions d'euros, les présidents d'EPCI sans fiscalité propre dont le montant des recettes de fonctionnement dépasse cinq millions d'euros et les vice-présidents des EPCI à fiscalité propre dont la population excède 100 000 habitants lorsqu'ils sont titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ;
- les présidents de l'assemblée et du conseil exécutif de Corse ainsi que les conseillers exécutifs titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ;
- le président de la métropole de Lyon et les conseillers titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ;
- le président de l'assemblée territoriale de Wallis-et-Futuna ;
- le président et les membres du Congrès, le président et les membres du Gouvernement, les présidents et les vice-présidents des assemblées de province en Nouvelle-Calédonie ;
- le président et les membres du Gouvernement, le président et les représentants à l'assemblée de la Polynésie française ;
- le président du conseil et les conseillers territoriaux de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon ;
- le président de l'assemblée de Guyane et les conseillers titulaires d'une délégation de signature ou de fonction ;
- le président de l'assemblée et du conseil exécutif de Martinique ainsi que les conseillers titulaires d'une délégation de signature ou de fonction.

**À noter**

Sont aussi soumis à ces obligations déclaratives certains directeurs, directeurs adjoints et chefs de cabinet des chefs d'exécutif locaux. Le décret n° 2020-37 du 22 janvier 2020 a élargi le nombre de directeurs concernés et a précisé les modalités de la déclaration d'intérêts à l'autorité de nomination.

## 1.2.2 Déclarer sa situation patrimoniale

**C'est quoi ?**

**1.**

C'est une déclaration non publique* qui permet de prévenir les risques d'enrichissement inexpliqués. Elle constitue un état des lieux des biens de l'élu en début et en fin de mandat.

**Dans quel délai réaliser sa déclaration ?**

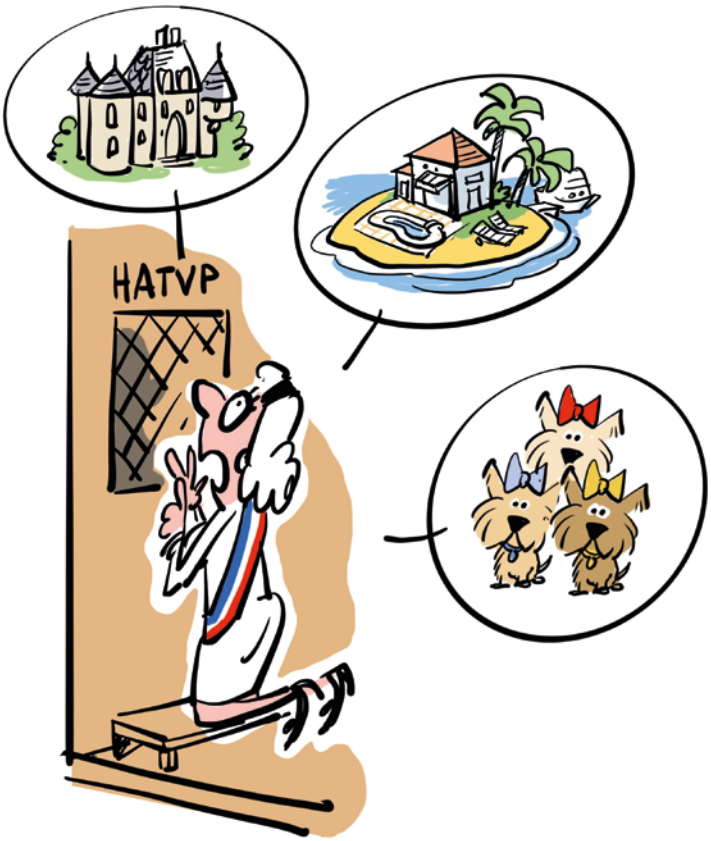
**2.**

Elle doit être transmise à la HATVP dans les deux mois suivant l'élection ou la nomination, puis mise à jour dans les deux mois en cas de changements significatifs.
Enfin, une dernière déclaration intervient entre 1 et 2 mois, avant la fin du mandat.

**Que faut-il déclarer ?**

**3.**

En début de mandat : la totalité des biens propres**, mais aussi les biens de la communauté matrimoniale ou indivis.
En cas de modifications : les changements majeurs affectant la déclaration initiale.
En fin de mandat : un récapitulatif de l'ensemble des revenus perçus depuis le début du mandat.



# Alerte

La HATVP peut effectuer des contrôles sur l'exactitude, la sincérité et la complétude de la déclaration de situation patrimoniale, rechercher les omissions ou variations inexpliquées, solliciter la communication des déclarations fiscales. La HATVP n'a pas un pouvoir direct de sanctions mais peut assortir la déclaration d'observations et d'avis. À défaut d'exactitude ou de sincérité de la déclaration, elle met en demeure le déclarant d'apporter toutes observations utiles ou compléments. À l'issue de cet examen, la HATVP peut assortir la déclaration d'observations et saisir en cas d'infractions le procureur de la République.

L'oubli de déclaration ou la déclaration mensongère sont des délits passibles de :

- 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ;
- d'une peine complémentaire d'inéligibilité de 10 ans et d'une interdiction d'exercer une fonction publique.

Le fait pour un élu de ne pas déférer aux injonctions de la HATVP ou de ne pas lui communiquer les informations et pièces requises par l'exercice de sa mission est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (article 26 de loi 2013-907 du 11 octobre 2013).

**Initialement le législateur avait prévu de rendre publiques les déclarations de patrimoine des élus locaux mais ce dispositif a été censuré par le Conseil constitutionnel (Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013). Les déclarations de patrimoine des députés et sénateurs sont consultables en préfecture.*

*** Par application des dispositions de l'article 4 de la loi du 11 octobre 2013 et de l'annexe 1 du décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 doivent être déclarés avec leur valeur vénale :*

*1 - Les immeubles bâtis et non bâtis ;*
*2 - Les parts de sociétés civiles immobilières ;*
*3 - Les autres valeurs mobilières non cotées en Bourse ;*
*4 - Les instruments financiers ;*
*5 - Les assurances-vie ;*
*6 - Les comptes bancaires courants et les produits d'épargne ;*
*7 - Les biens mobiliers divers d'une valeur unitaire supérieure ou égale à 10 000 € ;*
*8 - Les véhicules à moteur ;*
*9 - Les fonds de commerce ou clientèles et les charges et offices ;*
*10 - Les autres biens, dont les comptes courants de société ou les stock-options, d'une valeur unitaire supérieure ou égale à 10 000 € ;*
*11 - Le montant des espèces détenues lorsqu'il est supérieur à 10 000 € ;*
*12 - Les biens mobiliers, immobiliers et les comptes détenus à l'étranger ;*
*13 - Les éléments du passif, y compris les dettes de nature fiscale.*

## 1.2.3 Déclarer ses intérêts

### C'est quoi ?

**1.**

Cette déclaration permet de s'assurer qu'aucun intérêt ne peut interférer avec l'exercice de la fonction d'élu. Elle est publique et consultable sur le site de la HATVP.

### Dans quel délai réaliser sa déclaration ?

**2.**

Elle doit être transmise à la HATVP dans les deux mois suivant l'élection ou la nomination, puis mise à jour dans les deux mois en cas de changements significatifs.

### Que faut-il déclarer ?

**3.**

- Les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification* ;
- les activités de consultant et les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou à une société, à la date de l'élection et dans les 5 années précédentes ,
- les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de la nomination ;
- les activités professionnelles exercées à la date de la nomination par le conjoint, le partenaire lié par un PACS ou le concubin ;
- les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ;
- les fonctions et mandats électifs exercés à la date de la nomination.

*Les intérêts à déclarer sont fixés par l'article 4 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 et par l'annexe 3 du décret 2013-1212 du 23 décembre 2013. Hormis pour les fonctions exercées par le conjoint, les élus concernés doivent déclarer le montant des rémunérations, indemnités ou gratifications perçues annuellement pour chacune des fonctions ou activités listées dans le schéma ci-dessus.

# Alerte

Tous les élus locaux ne sont pas soumis à ces obligations déclaratives. Pour autant, il est recommandé aux chefs de l'exécutif, en début de mandat :

- de déclarer leurs intérêts susceptibles de poser des difficultés en référence à la liste des activités décrites en page 12 ;
- d'inviter l'ensemble des élus du conseil, et plus particulièrement les adjoints et ceux titulaires de délégation, à faire état de possibles conflits d'intérêts dans l'exercice de leur mandat afin de mettre en place, sans délai, des arrêtés de déport.

La lecture de la « *Charte de l'élu local* » peut être l'occasion d'inviter les élus à signaler en toute transparence, avant le conseil municipal suivant, leurs activités et celles de leurs proches susceptibles de soulever des conflits d'intérêts. Par exemple, le fait pour un élu de déclarer en début de mandat que son conjoint travaille dans une entreprise susceptible de répondre à des marchés publics ou qu'il est adhérent d'une association subventionnée par la collectivité permettra d'anticiper des éventuels conflits en adoptant immédiatement les précautions qui s'imposent (lire sur ce point le chapitre consacré à la prévention des conflits d'intérêts).

***Article L.2123 24 1 1 du Code général des collectivités territoriales (créé par la loi Engagement et proximité) :***

*« Chaque année, les communes établissent un état présentant l'ensemble des indemnités de toute nature, libellées en euros, dont bénéficient les élus siégeant au conseil municipal, au titre de tout mandat et de toutes fonctions exercés en leur sein et au sein de tout syndicat au sens des livres VII et VIII de la cinquième partie ou de toute société mentionnée au livre V de la première partie ou filiale d'une de ces sociétés. Cet état est communiqué chaque année aux conseillers municipaux avant l'examen du budget de la commune ».*

# Info pratique

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique, à vos côtés.

En cas de doute sur les obligations déclaratives ou déontologiques, les élus qui sont soumis aux obligations déclaratives peuvent solliciter la Haute autorité pour la transparence de la vie publique qui pourra leur apporter un avis confidentiel. La Haute autorité est vraiment un partenaire déontologique qu'il ne faut pas hésiter à solliciter. Pour toute information, consulter le site de l'HATVP : https://www.hatvp.fr

## 1.3
# DÉSIGNER UN RÉFÉRENT DÉONTOLOGUE

Depuis la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, les agents doivent pouvoir consulter un référent déontologue. Toutes les collectivités territoriales sont concernées, quelle que soit leur taille. À cet égard, il appartient au maire, lors de son installation, de s'assurer que la collectivité dispose bien d'un référent déontologue, dont la mission est d'apporter tous conseils utiles sur les questions déontologiques des agents publics.

## Alerte

La nomination d'un référent déontologue pour les élus n'est pas obligatoire. Mais rien n'interdit d'en nommer un (ou de confier cette mission à un collège de personnes) tout comme il n'est pas interdit d'étendre la compétence du référent déontologue nommé pour les agents aux questions déontologiques que se posent les élus locaux, notamment dans l'application de la *Charte de l'élu local*.

***Article 28 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 :***

*« Tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques (…) ».*

Le rôle du référent déontologue est d'apporter un conseil aux agents territoriaux pour toutes les questions relatives aux obligations et aux principes déontologiques qui s'appliquent aux agents publics, notamment sur un socle minimal de compétences portant sur :

- la dignité, probité, impartialité, neutralité, etc. ;
- la prévention des conflits d'intérêts ;
- les déclarations de patrimoine ou d'intérêts ;
- les règles de cumul d'activités ;
- le devoir de réserve ;
- le principe d'égalité de traitement des personnes ;
- le devoir d'information du public ;
- l'obligation d'obéissance hiérarchique.

Au titre des missions facultatives, peuvent lui être confiées :

- la collecte des signalements des lanceurs d'alerte (« référent alerte éthique ») ;
- les fonctions de « référent laïcité » ;
- les missions de référent déontologue pour les élus locaux.

Le référent déontologue n'est en revanche pas compétent pour les questions relatives au déroulement de carrière, d'organisation de service ou de temps de travail.

Le référent déontologue est tenu à une obligation de confidentialité et de discrétion. Il est également soumis à une déclaration préalable d'intérêts.

Il exerce sa mission de manière indépendante et impartiale. Cette fonction peut être confiée (article 2 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique) à :

- un ou plusieurs agents titulaires ou en CDI de la collectivité, en activité ou en retraite, et désigné(s) par la collectivité ;
- une personne qualifiée extérieure à la collectivité (ex : magistrat honoraire, professionnel du droit, etc.) ;
- un collège de personnes qui peut comprendre des personnalités qualifiées extérieures à la collectivité ou à la fonction publique.

Les missions du référent déontologue peuvent être mutualisées entre plusieurs collectivités (communes, EPCI) ou établissements publics.

## Alerte

Le positionnement du référent déontologue est très important car il doit pouvoir exercer ses missions à un niveau hiérarchique lui garantissant un maximum d'indépendance.

L'autorité territoriale compétente doit permettre au référent d'exercer sa mission en lui fournissant les moyens matériels suffisants.

Depuis le 1er février 2020 (article 34 de loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, arrêté du 4 février 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique), le référent déontologue s'est vu confier de nouvelles prérogatives dans l'hypothèse du passage dans le privé d'un fonctionnaire (y compris en cas de création ou de reprise d'une entreprise).

Si l'autorité hiérarchique a un « doute sérieux » sur la compatibilité du projet porté par le fonctionnaire, il doit saisir pour avis le référent déontologue.

Si l'avis du référent déontologue ne permet pas de lever le doute, l'autorité hiérarchique peut saisir, dans un second temps, la HATVP pour qu'elle se prononce sur la compatibilité de l'activité envisagée.

Ce n'est que lorsque l'agent public occupe un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient que le supérieur hiérarchique doit saisir directement la HATVP sans demander l'avis préalable du référent déontologue.

## Info pratique

Cette fonction de référent déontologue est une mission obligatoire pour les centres de gestion, dans le cadre de la fonction publique territoriale. Le référent est désigné par le président du centre de gestion pour les collectivités territoriales et les établissements publics affiliés.

## 1.4

# PRÉVOIR UN DISPOSITIF D'ALERTE INTERNE ET ASSURER LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (loi Sapin 2) définit un cadre juridique protégeant les lanceurs d'alerte, et ce, quelle que soit la taille de la collectivité. Il appartient aux élus de respecter ce cadre et de ne pas entraver l'action des agents qui lanceraient des alertes en prenant des sanctions ouvertes ou déguisées à leur encontre.

***Article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (loi Sapin 2) :***

*« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».*

### 1.4.1 La procédure d'alerte

L'alerte est ainsi donnée par toute personne physique qui, de façon désintéressée et de bonne foi informe d'un grave dysfonctionnement au préjudice de l'intérêt général, pour y mettre fin ou y remédier.

***Article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 :***

*I. Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.*

*En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.*

*En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.*

*II. En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public.*

*III. Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.*

*IV. Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte.*

La loi Sapin 2 définit une procédure graduée pour le signalement des alertes avec trois niveaux à suivre dans un ordre établi :

**Niveau n° 1 : Signalement interne**

Signalement au supérieur hiérarchique direct ou indirect

Ou au référent alerte pour examen de la recevabilité de l'alerte

↓

**Niveau n° 2 : Signalement externe**

Communication aux autorités extérieures compétentes (autorité judiciaire ou administrative*, ordre professionnel)

Si non-traitement dans un « délai raisonnable » par le niveau 1

↓

**Niveau n° 3 : Divulgation publique**

Si non-traitement par les autorités externes dans un délai de 3 mois

## Alerte

En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le lanceur d'alerte peut porter directement le signalement à la connaissance des autorités ou le rendre public.

* Exemples d'autorités administratives : HATVP, Afa

En cas de doute, toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi peut saisir le Défenseur des droits pour l'orienter vers les autorités compétentes. Le Défenseur des droits a aussi pour mission de veiller au respect des droits et à la protection des lanceurs d'alerte. Il a édité un guide relatif à l'orientation et à la protection des lanceurs d'alerte, consultable et téléchargeable en suivant ce lien : *https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-lanceuralerte-num-20.06.18.pdf*

La loi Sapin 2 a par ailleurs établi un dispositif d'alerte interne destiné à recueillir ces alertes. Ce dispositif concerne depuis le 1er janvier 2018 :

- les communes de plus de 10 000 habitants ;
- les départements ;
- les régions ;
- les EPCI à fiscalité propre regroupant au moins une commune de 10 000 habitants ;
- tout organisme employeur d'au moins 50 salariés.

Le recueil de l'information doit être sécurisé, clair et accessible. Il est géré par un référent, appelé **« référent alerte éthique »**, qui peut être le référent déontologue (option préconisée par la circulaire du 19 juillet 2018 pour ne pas multiplier les acteurs), ou par un collège, choisi en interne ou en externe. Chaque collectivité est libre de déterminer l'instrument juridique adapté au recueil des signalements et le confier, à son choix, à un référent interne ou à un prestataire externe. Un recueil dématérialisé devra être privilégié afin de garantir confidentialité et traçabilité des alertes.

Quelle que soit la formule retenue, le **« référent alerte éthique »** doit disposer de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions. La procédure de recueil des alertes doit par ailleurs être portée à la connaissance des personnels, préciser les conditions de formalisation, de diffusion et de traitement de l'alerte. La mission du **« référent alerte éthique »** est de garantir :

- le suivi et le traitement du signalement des actes ou faits constitutifs de crimes ou délits graves relatifs, notamment, à la lutte contre la corruption ;
- le respect des délais de traitement impartis par la procédure prévue dans la loi du 9 décembre 2016.

***Article 40 du Code de procédure pénale :***

*(...) « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».*

Une directive européenne sur les lanceurs d'alerte a été adoptée le 23 octobre 2019 (JOUE 26 novembre 2019). Les États membres ont jusqu'en décembre 2021 pour transposer cette directive dans leur droit interne. Le texte prévoit notamment l'obligation de mettre en place des canaux de signalement efficaces dans les communes de plus de 10 000 habitants (ce qui est déjà le cas en droit français). Les lanceurs d'alerte sont encouragés à utiliser en premier lieu les canaux internes à leur organisation, mais ne doivent pas perdre la protection dont ils bénéficient s'ils décident de recourir en premier lieu à des canaux externes. Les nouvelles règles obligent les autorités à réagir aux rapports des lanceurs d'alerte, ainsi que d'y donner suite dans un délai de trois mois, et prévoient la protection des personnes qui aident ces lanceurs d'alerte. Le droit interne relatif aux lanceurs d'alerte devra évoluer afin de tenir compte du nouveau régime de protection prévu par la directive de l'UE. Soyez attentifs aux évolutions des textes en cours de mandature !

## 1.4.2 La protection des lanceurs d'alerte

***Article 6 TER A de la loi 93-634 du 13 juillet 1983 :***

*« Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens du I de l'article 25 bis dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.*

*Aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.*

*Dans le cas d'un conflit d'intérêts, le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 bis.*

*En cas de litige relatif à l'application des quatre premiers alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit, d'un crime, d'une situation de conflit d'intérêts ou d'un signalement constitutif d'une alerte au sens de l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le fonctionnaire qui relate ou témoigne de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts de mauvaise foi ou de tout fait susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires, avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal ».*

Dès lors qu'il réunit les conditions pour bénéficier du statut et qu'il a respecté la procédure de signalement, le lanceur d'alerte bénéficie d'un régime de protection et ne peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire. Les premières décisions de justice, qui mettent en œuvre ces nouvelles règles de droit, ont été rendues. Le tribunal administratif de Bordeaux (30 avril 2019, n° 1704873) a ainsi annulé une sanction disciplinaire (exclusion temporaire de fonctions de quatre mois) prise à l'encontre d'un agent d'un conseil départemental qui avait signalé directement à la presse via une lettre ouverte des faits de maltraitance d'une particulière gravité menaçant la santé et l'intégrité de mineurs pris en charge. Le tribunal administratif relève en effet que la fonctionnaire **« a dénoncé une menace grave et un risque de dommages irréversibles dont elle a eu personnellement connaissance et qu'elle a voulu faire cesser »** et qu'elle était fondée à directement en informer le public sans saisine préalable du supérieur hiérarchique.

A contrario, ne peut bénéficier du régime de protection de lanceur d'alerte, un maître-nageur, qui informe directement la presse d'un risque non avéré au moment du signalement, de contamination bactérienne de la piscine municipale au sein de laquelle il travaille (Cour administrative d'appel de Nancy, 6 juin 2019, 18NC01240). En l'absence de danger imminent ou de risque de dommages irréversibles, l'agent ne pouvait en effet rendre directement public son signalement et a ainsi manqué au devoir de réserve qui s'impose à tout agent public.

# À RETENIR !

1. Lire et remettre la charte le jour du premier conseil
2. Remplir ses obligations déclaratives*
3. Nommer un référent déontologue
4. Nommer un référent alerte éthique**
5. Mettre en place un dispositif d'alerte interne et en informer les agents**
6. Protéger les lanceurs d'alerte
7. Établir chaque année un état de l'ensemble des indemnités perçues par les élus

* Sont concernés les maires des communes de plus de 20 000 habitants, les adjoints au maire des communes de plus de 100 000 habitants, les présidents d'établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement dépasse cinq millions d'euros, les présidents d'EPCI sans fiscalité propre dont le montant des recettes de fonctionnement dépasse cinq millions d'euros et les vice-présidents des EPCI à fiscalité propre dont la population excède 100 000 habitants.

** Sont concernés les communes de plus de 10 000 habitants et les EPCI à fiscalité propre comportant au moins une commune de plus de 10 000 habitants.

**NB** : Le référent déontologue peut aussi se voir confier les missions du référent alerte éthique.

# S'INFORMER, DEMANDER

# 2

# CONSEIL ET SE FORMER

Nul n'est censé ignorer la loi. L'adage est simple, sa mise en œuvre plus délicate. Les élus n'ont pas nécessairement une formation juridique et les textes à appliquer dans l'exercice d'un mandat sont nombreux, divers et souvent complexes. À côté de l'incontournable Code général des collectivités territoriales, les élus doivent mettre en œuvre des dispositions très diverses (urbanisme, commande publique, fonction publique, régime de propriété des personnes publiques, santé publique, etc.) avec à la clé de possibles implications pénales. Sans oublier que la jurisprudence peut apporter des précisions importantes sur la portée et l'interprétation d'un texte.

## 2.1
## SE POSER LES BONNES QUESTIONS ET DEMANDER CONSEIL

Le premier réflexe à avoir avant de lancer un projet ou de prendre une décision est de s'interroger sur le cadre juridique et se poser les bonnes questions le plus en amont possible pour éviter de commettre des erreurs dans l'urgence ou de devoir régulariser une situation après coup en commettant une irrégularité plus grossière :

- Sur quels fondements juridiques (quels textes) suis-je habilité(e) à prendre cette décision ?
- Quelles sont mes obligations ?
- Comment dois-je procéder pour agir en toute légalité ?

À cet égard, le développement d'internet permet aujourd'hui un meilleur accès au droit. Toutefois, attention aux recherches trop hâtives sur les moteurs de recherche qui peuvent faire remonter des sources plus ou moins fiables ou obsolètes.

Le site de référence pour ne pas se tromper est le site legifrance.gouv.fr (service public de diffusion du droit) qui permet notamment de trouver les textes législatifs et réglementaires en vigueur. Attention cependant à bien consulter la version à jour des textes en vérifiant la date de la version en vigueur.

### Alerte

On ne s'improvise pas juriste et les conséquences d'une impasse sur un texte ou d'une mauvaise interprétation sont potentiellement lourdes.

Autant les grandes collectivités peuvent s'appuyer sur des compétences internes solides notamment de juristes territoriaux, autant les collectivités de taille plus modeste sont souvent démunies.

Pourtant, sauf exceptions[2], les règles à appliquer sont les mêmes, quelle que soit la taille de la collectivité, et les conséquences en cas de méconnaissance identiques et potentiellement très lourdes en terme de responsabilité.

Recourir à un cabinet d'avocats spécialisés pour recueillir un avis éclairé et sécuriser juridiquement un projet est parfois indispensable. Être bien conseillé en amont peut éviter bien des désagréments.

Lorsqu'un litige est avéré (mais c'est déjà un peu tard), les honoraires de l'avocat pourront être pris en charge par l'assurance de la collectivité ou de l'élu (les élus peuvent souscrire une assurance personnelle pour se couvrir d'éventuelles recherches en responsabilité dirigées directement contre eux devant les juridictions judiciaires) dans la limite des plafonds de garantie prévus au contrat applicable et sous réserve que le litige entre dans les champs juridiques couverts par le contrat.

[2] Quelques exceptions : dérogations pour les communes de moins de 3 501 habitants prévues par l'article 432-12 du Code pénal réprimant la prise illégale d'intérêts ; obligations déclaratives spécifiques pour les maires des communes de plus de 20 000 habitants.

## Où se renseigner et obtenir de l'aide ?

- L'Agence française anticorruption (Afa) centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Dans ce cadre, elle apporte son appui aux collectivités territoriales et élabore des recommandations (*https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/joe_20171222_0298_0176.pdf*) destinées à les aider à prévenir et à détecter ces faits. Les élus et les agents peuvent l'interroger pour toute question qui relève de son champ d'action. Il est possible de lui écrire (*afa@afa.gouv.fr*). L'Afa met à disposition sur son site internet des ressources pour mettre en place des mesures de prévention de ces faits dans une collectivité territoriale (*https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/lafa-vous-conseille/vous-etes-acteur-public*).

- Les élus soumis aux obligations de déclaration d'intérêts et de patrimoine peuvent interroger la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) sur de possibles situations de conflit d'intérêts. Lorsqu'elle répond à une demande d'avis émanant d'un déclarant, la Haute autorité vérifie que la situation de l'intéressé ne lui fait pas courir un risque de nature pénale. Par exemple, lorsqu'un responsable public interroge la Haute autorité sur une activité exercée en plus de son mandat ou de ses fonctions, elle vérifie que cette activité n'est pas de nature à le placer en situation de prise illégale d'intérêts.

- Les contrats d'assurance de protection juridique incluent généralement une prestation d'information juridique dans différents domaines du droit. C'est le cas, notamment, des contrats proposés par SMACL Assurances. Cela permet aux assurés d'avoir accès à une information juridique fiable et de qualité par des juristes aguerris aux recherches juridiques et qui ont accès à un panel de base de données métiers et aux publications spécialisées. Si une analyse juridique approfondie est nécessaire, le dossier devra être transmis à un avocat dont les honoraires pourront être pris en charge au titre du contrat d'assurance (cela suppose qu'un litige soit déjà avéré et que l'objet du litige rentre dans les champs de la garantie).

- Certaines associations départementales de maires disposent d'un service juridique au service des collectivités adhérentes. Elles peuvent ainsi répondre aux interrogations juridiques des élus avec le soutien, le cas échéant, du service juridique de l'Association des maires de France (AMF). L'AMF œuvre au service de ses adhérents pour répondre à leurs besoins de conseils et d'analyse et assurer une veille législative et réglementaire sur tous les sujets touchant aux collectivités territoriales : *https://www.amf.asso.fr/*

- En matière de marchés publics (domaine qui peut également avoir des incidences pénales), la cellule d'information juridique des acheteurs publics basée à Lyon (CIJAP) renseigne les acheteurs publics locaux (collectivités territoriales, établissements publics) sur toute question relative à la passation des marchés publics. Cette cellule peut être joignable par téléphone au 04 72 56 10 10 du lundi au vendredi de 8h30 à 12h30 ou en remplissant le formulaire de contact disponible à cette adresse : *https://www.collectivites-locales.gouv.fr/envoyez-votre-question-ligne-0*

- Transparency International France (ONG) a rédigé un guide pratique de l'acteur public local qui peut être téléchargé gratuitement à cette adresse : *https://transparency-france.org/agir/acteur-public/* Elle propose aux collectivités d'adhérer à un forum des collectivités qui leur ouvre des services associés (accompagnement et conseils, formations, réunions thématiques, etc.).

- Le CNFPT a ouvert une e-communauté sur la thématique de la déontologie et de la transparence, animée par des experts dans les domaines juridiques, de la déontologie et de la prévention des atteintes à la probité. Les personnes inscrites à cette e-communauté ont ainsi accès à un espace d'échanges et peuvent créer un réseau professionnel pour mieux appréhender leurs responsabilités, se former entre pairs et partager les bonnes pratiques professionnelles.

- Le portail de l'État au service des collectivités (site de la Direction générale des collectivités locales dépendant du ministère de l'Intérieur) propose des actualités juridiques, des dossiers thématiques, des guides, des sélections de jurisprudence ou de questions parlementaires intéressant les collectivités territoriales : *https://www.collectivites-locales.gouv.fr/*

- Le site Vie publique propose des actualités, des fiches thématiques, des dossiers, des infographies, des vidéos et des rapports sur les collectivités territoriales : *https://www.vie-publique.fr/. Le portail weka.fr propose aux décideurs publics des ressources documentaires, des réponses d'experts en réglementation et des formations.*

- Plusieurs revues destinées aux élus proposent régulièrement des articles juridiques qui décryptent des textes ou commentent des décisions de justice. C'est le cas notamment de la revue Maires de France, de La Gazette des communes, du Courrier des Maires, etc. Il existe aussi des revues juridiques très spécialisées et dédiées au droit des collectivités comme la Semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales (Lexis Nexis) ou l'Actualité Juridique des Collectivités Territoriales (Dalloz). Dans le domaine plus spécifique des marchés publics, les acheteurs peuvent aussi consulter le site « Achat public.info » : *https://www.achatpublic.info/*

- L'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale publie chaque année un rapport dans lequel il livre les dernières statistiques sur les poursuites et condamnations des élus locaux et la jurisprudence pénale de l'année écoulée. C'est un outil précieux qui permet aux élus de mieux cerner les situations auxquelles ils sont exposés et les points sur lesquels ils doivent apporter une vigilance toute particulière. Le rapport est téléchargeable ou peut être commandé en version papier, le tout gratuitement : *https://www.observatoire-collectivites.org/*

## 2.2
# S'APPUYER SUR LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ

Pour devenir exécutoires, outre leur publication ou leur notification aux intéressés, certains actes des collectivités territoriales doivent être transmis au représentant de l'État dans le département (préfet) ou à son délégué dans l'arrondissement (sous-préfet de l'arrondissement).

Celui-ci, chargé du contrôle de légalité, vérifie la conformité des actes pris par les collectivités territoriales et leurs établissements publics avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

L'article L.2131-2 du Code général des collectivités territoriales arrête ainsi une liste des délibérations et actes que les collectivités doivent transmettre aux services de la préfecture pour contrôle a posteriori.

**Examen du texte par le préfet**

Irrégularités constatées

↓

**Recours gracieux adressé à la collectivité**

Le préfet demande à l'autorité territoriale de retirer ou modifier sa décision

Délai de 2 mois pour présenter à la collectivité la ou les illégalités dont l'acte est entaché

↓

**Recours contentieux conduisant à la saisine du tribunal**

Si la collectivité ne modifie pas sa décision ou ne la retire pas, le préfet peut saisir le juge administratif pour contester la légalité de l'acte (déféré préfectoral).

Bien sûr, il n'est jamais agréable de se **« faire retoquer »** par les services de la préfecture mais c'est un moindre mal car à ce stade il est encore possible de **« corriger le tir »** avant qu'un déféré préfectoral ne soit engagé. Ainsi, le contrôle de légalité peut être un facteur de sécurité juridique. Pour autant, ce n'est pas une garantie infaillible :

- les services de la préfecture, par manque de moyens, ne peuvent pas contrôler tous les actes qui leur sont transmis et peuvent être passés à côté de motifs d'illégalité ;
- beaucoup d'actes et de délibérations échappent à l'obligation de transmission au contrôle de légalité. Ils sont exécutoires de plein droit dès lors qu'ils ont été régulièrement publiés, affichés ou notifiés aux intéressés. Le préfet peut en demander communication à tout moment mais ne pourra les contester devant le tribunal administratif que s'il a présenté ses observations dans les deux mois à compter de la date à laquelle les actes sont devenus exécutoires (jours où ils ont été régulièrement publiés, affichés ou notifiés) ;
- les tribunaux ne sont pas liés par l'avis des services de la préfecture et l'absence d'objections du contrôle de légalité ne garantit pas une décision favorable à la collectivité en cas de contentieux.

## 2.3
## SE FORMER

En complément de la lecture et de la remise de la charte de l'élu local, il est également fait obligation au maire de remettre à l'ensemble des conseillers municipaux, lors du premier conseil municipal qui suit les élections, copie des dispositions du Code général des collectivités territoriales relatives aux conditions d'exercice des mandats municipaux (articles L.2123-1 à L.2123-35 du Code général des collectivités territoriales).

***La demande de prise de position formelle : une nouveauté intéressante introduite par la loi « Engagement et proximité »***

*La loi « Engagement et proximité » (Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019) a instauré une procédure intéressante de « demande de prise de position formelle » (ou « rescrit normatif »). Un article L.1116-1 a ainsi été inséré dans le Code général des collectivités territoriales :*

*« Avant d'adopter un acte susceptible d'être déféré au tribunal administratif, les collectivités territoriales ou leurs groupements ainsi que leurs établissements publics peuvent saisir le représentant de l'État chargé de contrôler la légalité de leurs actes d'une demande de prise de position formelle relative à la mise en œuvre d'une disposition législative ou réglementaire régissant l'exercice de leurs compétences ou les prérogatives dévolues à leur exécutif. La demande est écrite, précise et complète. Elle comporte la transmission de la question de droit sur laquelle la prise de position formelle est demandée ainsi que du projet d'acte.*

*« Le silence gardé par le représentant de l'État pendant trois mois vaut absence de prise de position formelle ».*

*« Si l'acte est conforme à la prise de position formelle, le représentant de l'État ne peut pas, au titre de la question de droit soulevée et sauf changement de circonstances, le déférer au tribunal administratif ».*

*« Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».*

*Les collectivités peuvent ainsi interroger les services de la préfecture en amont d'une demande de prise de position relative à la mise en œuvre d'une disposition législative ou réglementaire régissant l'exercice de leurs compétences ou les prérogatives dévolues à leurs exécutifs. Si l'acte pris par la collectivité est bien conforme à la prise de position, le préfet ne peut ensuite déférer l'acte au tribunal administratif. Il reste à savoir si les services des préfectures pourront absorber les demandes des collectivités, étant précisé que l'absence de réponse dans les trois mois ne vaut pas validation.*

Ces dispositions contiennent notamment des règles relatives au droit à la formation des élus locaux :

- les conseillers municipaux ont droit à une formation adaptée à leurs fonctions ;
- dans les communes de plus de 3 499 habitants une formation est obligatoirement organisée au cours de la première année pour les élus ayant reçu une délégation.

La loi « **Engagement et proximité** » (article 105 de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019) habilite le gouvernement à modifier par ordonnances, dans les neuf mois suivant l'adoption de la loi, la formation des élus locaux avec pour objectifs de :

- permettre aux élus locaux de bénéficier de droits individuels acquis tout au long de la vie et d'accéder à une offre de formation plus développée en instaurant un compte personnel de formation analogue à celui mis en place dans le cadre des dispositions de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, relatives au compte personnel d'activité ;
- faciliter l'accès à la formation, tout particulièrement aux élus locaux lors de leur premier mandat et clarifier les différents dispositifs de formation des élus locaux selon qu'ils sont ou non liés à l'exercice du mandat ;
- définir un référentiel unique de formation en s'adaptant aux besoins des élus locaux et mutualiser le financement entre les collectivités ;
- assurer la transparence et la qualité des dispositifs de formation et renforcer le contrôle exercé sur les organismes de formation des élus locaux, en particulier s'ils sont liés à un parti politique.

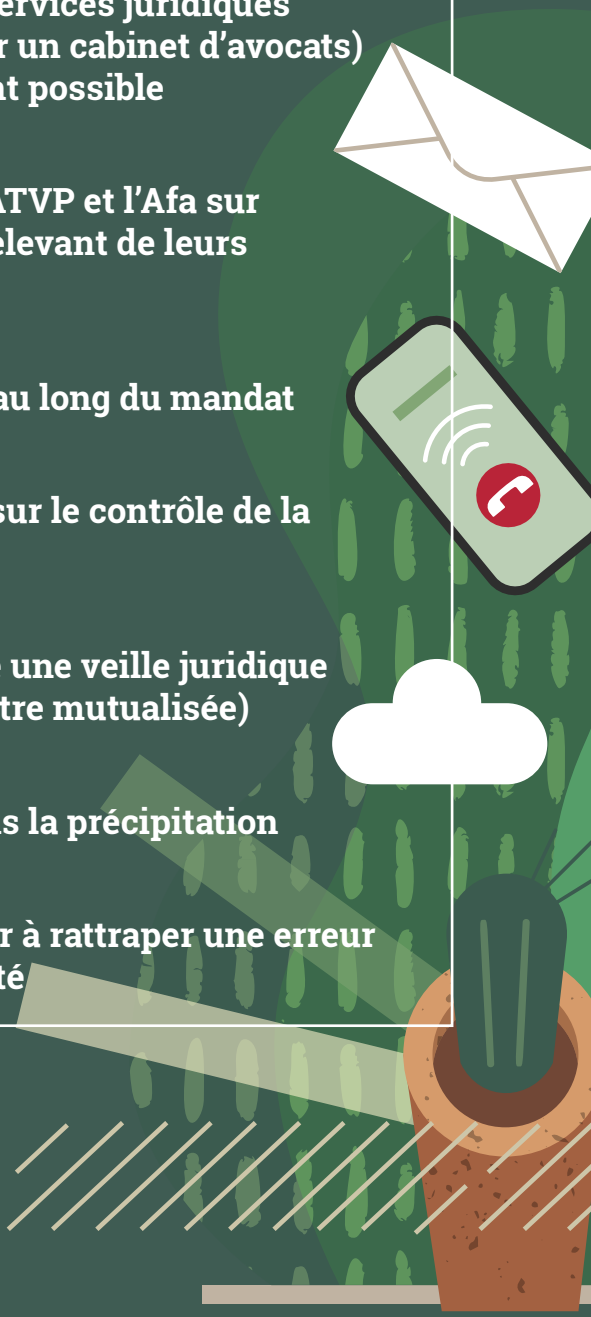
Envisagée sous l'angle d'un droit, la formation doit être aussi vue comme une ardente obligation pour les élus car elle doit leur permettre d'adopter les bons comportements pour exercer leurs fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité comme l'exige l'article 1 de la Charte. À cet égard les élus peuvent notamment s'appuyer sur les réunions de formation et d'information organisées par les associations départementales de maires membres du réseau de l'Association des maires de France (AMF). Mairie 2000, émanation de l'AMF, apporte un soutien aux associations départementales de maires et leur propose des programmes pédagogiques clés en main. L'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale intervient régulièrement dans ce cadre pour des réunions d'information, notamment sur les responsabilités des élus locaux et sur la prévention des conflits d'intérêts.

## Info pratique

À l'occasion des élections de 2020, Mairie 2000 et l'AMF reconduiront, en collaboration étroite avec les associations départementales de maires, le dispositif des « Universités des maires » dans le prolongement des élections municipales. Soyez attentifs aux dates qui vous seront communiquées par votre association départementale de maires en 2020 puis tout au long de votre mandature.

# À RETENIR !

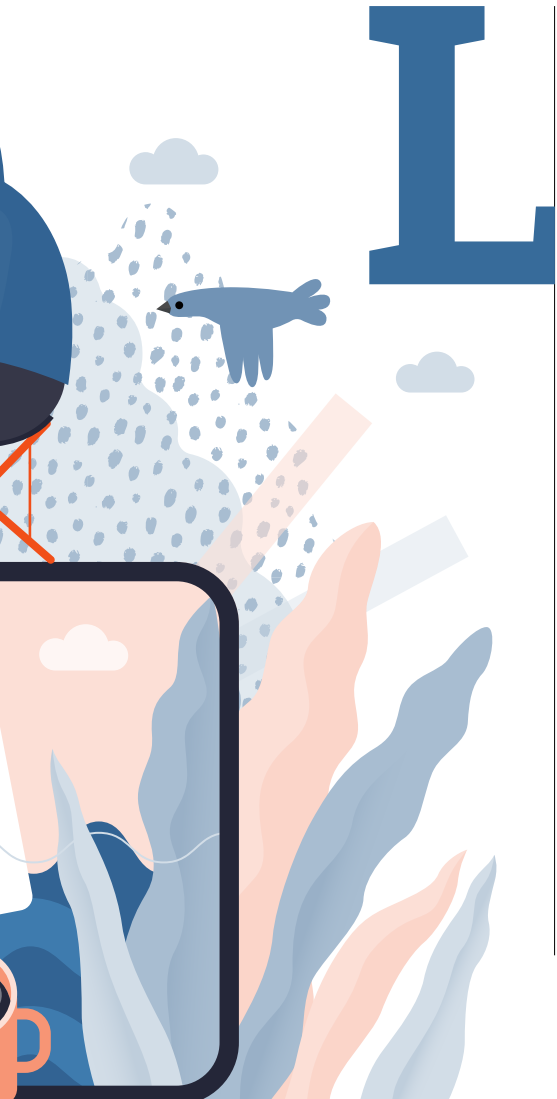
1. Garder à l'esprit que tout projet s'inscrit dans un cadre juridique à respecter
2. Interroger les services juridiques (et/ou consulter un cabinet d'avocats) le plus en amont possible
3. Consulter la HATVP et l'Afa sur les questions relevant de leurs compétences
4. Se former tout au long du mandat
5. Prendre appui sur le contrôle de la légalité
6. Mettre en place une veille juridique (laquelle peut être mutualisée)
7. Ne pas agir dans la précipitation
8. Ne pas chercher à rattraper une erreur par une illégalité



# S'INSCRIRE D
# DÉMARCHE
# DE SEN

3

# ANS UNE VOLONTARISTE SIBILISATION



La prévention des manquements au devoir de probité (corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, concussion, favoritisme, détournement de fonds publics) dans les collectivités territoriales présente trois avantages :

- éviter non seulement la réalisation du risque et bien évidemment les poursuites avec leurs contraintes procédurales, mais aussi les sanctions qui peuvent en découler ;
- diffuser une culture de la déontologie parmi les acteurs publics locaux ;
- donner une bonne image de la collectivité et préserver, ou restaurer, la confiance des citoyens dans leurs élus.

Toute politique de prévention repose en premier lieu sur un engagement de l'instance dirigeante (chef de l'exécutif et direction générale des services). C'est l'autorité territoriale qui doit donner l'impulsion, allouer les moyens nécessaires et montrer l'exemple. C'est le point de passage obligé. S'engager dans un processus de prévention sans respecter ce préalable hypothèque fortement tout plan de prévention des risques de corruption.

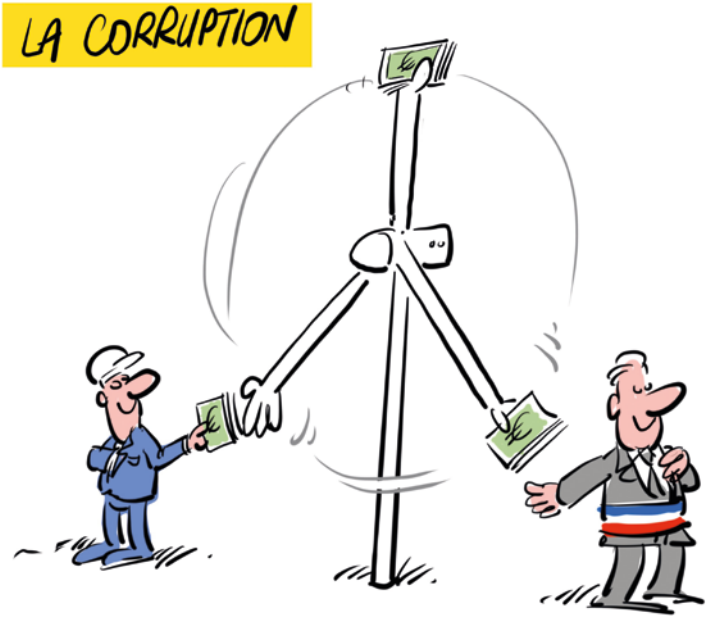
## 3.1

# METTRE EN PLACE UN PLAN ANTICORRUPTION

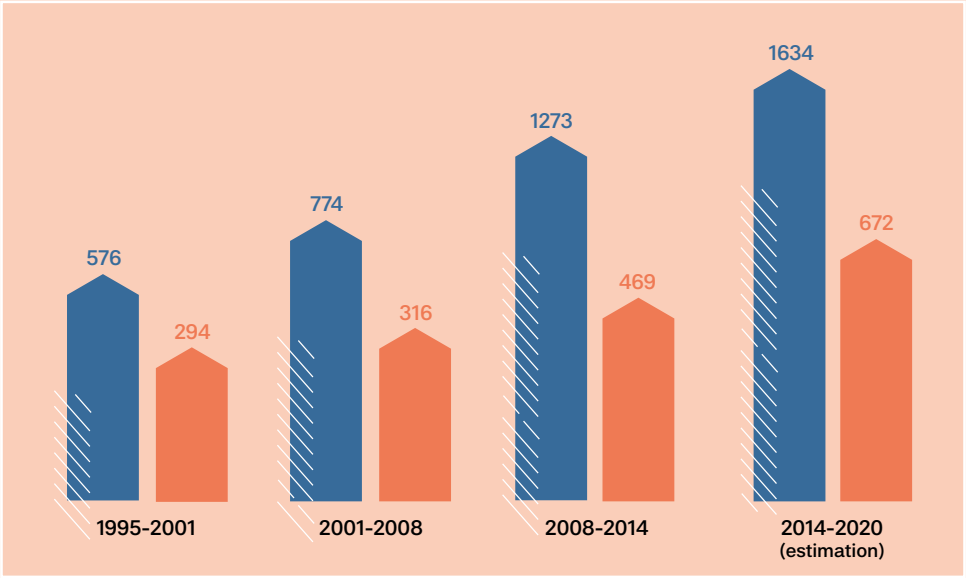
Si l'absence de plan anticorruption structuré ne donne pas lieu à sanction pour les collectivités territoriales, il reste que, selon les dispositions de l'article 3 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite **« loi Sapin 2 »**), l'Agence française anticorruption (Afa) **« contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme »**. Le préfet peut solliciter l'Afa pour contrôler une collectivité.

Les dispositifs mis en place doivent être proportionnés aux moyens et aux risques de la collectivité. Une commune rurale n'a évidemment pas les mêmes moyens matériels et humains qu'une grande collectivité qui peut s'appuyer sur des ressources et des compétences internes. Les exigences attendues ne seront pas identiques et il est inutile, et même contre-productif, de se lancer dans des **« usines à gaz »**.

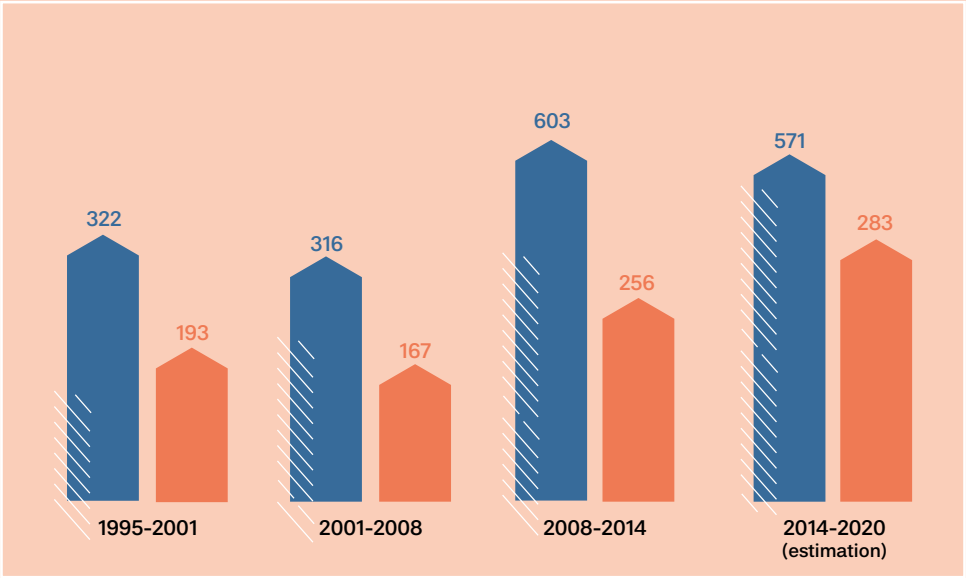
Pour autant, il faut avoir conscience que les communes rurales, comme l'attestent notamment les nombreuses jurisprudences citées dans le rapport annuel de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale et associative, ne sont pas épargnées par les comportements à risque. De fait, selon les chiffres de l'Observatoire SMACL, plus du tiers des élus communaux poursuivis (36 %) exercent leur mandat dans des communes de moins de 3 501 habitants.



## Nombre d'élus locaux poursuivis et condamnés par mandature (toutes infractions confondues)




## Nombre d'élus locaux poursuivis et condamnés par mandature pour manquements au devoir de probité




Élus poursuivis
Élus condamnés

À l'instar du document unique, le plan de prévention pour lutter contre les infractions d'atteinte à la probité est un outil au service des collectivités et des élus pour se préserver, mais aussi pour mettre en application de manière concrète les principes posés par la Charte de l'élu local.

Afin de permettre aux acteurs publics de préparer d'éventuels contrôles, l'Afa précise que, par analogie avec ce que la loi prévoit pour les autres acteurs économiques, il est attendu des acteurs publics (dont les collectivités territoriales), des associations et des fondations reconnues d'utilité publique qu'ils mettent en place un dispositif anticorruption, sous la responsabilité directe de l'instance dirigeante, comprenant :

- un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire, qui pourrait s'inspirer du présent guide ;
- un dispositif d'alerte interne ;
- une cartographie des risques d'atteinte à la probité ;
- un dispositif de formation au risque d'atteinte à la probité ;
- une procédure d'évaluation des tiers (fournisseurs, partenaires, etc) ;
- un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre sur le fondement de la cartographie des risques (contrôle, identification, recommandations, détections).

Il s'agit là d'une déclinaison des principales obligations s'appliquant aux acteurs privés et qui sont fixées par l'article 17 II de la loi du 9 décembre 2016.

La mise en place d'un régime disciplinaire (point 7. ci-dessus) en cas de manquements ne peut s'appliquer aux élus. De fait l'Afa ne reprend pas cette obligation s'agissant des recommandations à destination des collectivités. En effet, les élus sont d'abord et avant tout responsables devant leurs électeurs. Et hormis l'hypothèse d'une condamnation définitive à une peine d'inéligibilité prononcée par une juridiction, un élu ne peut être destitué en cours de mandature.

Rien n'interdit aux collectivités de rédiger, à partir de la Charte de l'élu local, du Code de conduite européen (publié en annexe) et du présent guide, son propre **« code de bonne conduite »** (ou **« charte de déontologie »**) adapté à la taille et aux moyens de la collectivité. Annexé au règlement intérieur de conseil municipal, il n'en aura que plus de poids.

Les entreprises privées doivent en effet mettre en œuvre :

1. un code de conduite ;
2. un dispositif d'alerte interne ;
3. une cartographie des risques ;
4. des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs ;
5. des procédures de contrôles comptables ;
6. un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés ;
7. un régime disciplinaire ;
8. un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Cela exigera une délibération du conseil municipal. L'occasion de souligner qu'à compter du 1er mars 2020, le seuil à partir duquel le conseil municipal doit adopter un règlement intérieur (dans les six mois de l'élection) a été rabaissé de 3 500 à 1 000 habitants.

Par ailleurs, en cas de manquements par un adjoint à une obligation contenue dans ce code de bonne conduite, rien ne s'oppose à ce que le maire retire à l'intéressé ses délégations. En effet, le maire peut librement retirer une délégation consentie à un adjoint à la seule condition que sa décision ne soit pas inspirée par un **« motif étranger à la bonne marche de l'administration communale »**. Il appartient simplement au conseil municipal de se prononcer sur le maintien de l'élu dans ses fonctions déléguées selon la procédure prévue par l'article L.2121-8 du Code général des collectivités territoriales.

***Article L.2121-8 du Code général des collectivités territoriales (version applicable à compter du 1er mars 2020) :***

*« Dans les communes de 1 000 habitants et plus, le conseil municipal établit son règlement intérieur dans les six mois qui suivent son installation. Le règlement intérieur précédemment adopté continue à s'appliquer jusqu'à l'établissement du nouveau règlement. Le règlement intérieur peut être déféré au tribunal administratif ».*

## Alerte

Si les délégations sont exercées sous la surveillance du maire, il n'en demeure pas moins que les délégations peuvent opérer un transfert de responsabilité si l'adjoint dispose des moyens, de la compétence et de l'autorité nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions. Si le juge estime que ces trois critères sont cumulativement réunis (appréciation au cas par cas), l'adjoint peut engager sa responsabilité personnelle. Être désigné comme adjoint avec délégation n'est donc pas neutre juridiquement (pour un exemple voir : Cour de cassation, chambre criminelle, 4 septembre 2007, n° 07-80072).

## 3.2 CONNAÎTRE LES PRÉROGATIVES DE L'AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION (AFA)

Quels sont les pouvoirs de l'Agence française anticorruption à l'égard des collectivités ?

- L'Afa peut effectuer des contrôles sur les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Ces contrôles peuvent être demandés par le préfet ou suite à un signalement par une association agréée.

- Ces contrôles donnent lieu à l'établissement de rapports lesquels seront transmis aux autorités qui en sont à l'initiative ainsi qu'aux représentants de la collectivité contrôlée. Ils contiennent les observations de l'agence concernant la qualité et l'efficacité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en place au sein des entités contrôlées. Les rapports préconisent également des recommandations en vue de l'amélioration des procédures existantes.
- L'Afa avise le procureur de la République des atteintes à la probité dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit.
- L'Afa assure auprès des collectivités des actions de formation, de sensibilisation et d'assistance sur la prévention et la détection des risques en matière de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Les pouvoirs de l'Afa sont encore plus étendus s'agissant des entreprises. En effet, en cas de manquements constatés, le directeur de l'Afa communique le rapport de contrôle à la société et la met en demeure de présenter ses observations écrites dans un délai de deux mois. À l'expiration de ce délai, il peut décider :

- de délivrer un avertissement ;
- de saisir la commission des sanctions, laquelle peut :
  - enjoindre à la société d'adapter les procédures de conformité internes, selon les recommandations qu'elle leur adresse, dans un délai qu'elle fixe, inférieur à 3 ans ;
  - prononcer une sanction pécuniaire d'un montant pouvant aller jusqu'à 200 000 € pour les personnes physiques et jusqu'à 1 million d'euros pour les personnes morales ;
  - ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision, aux frais du sanctionné.

La commission des sanctions de l'Afa a rendu sa première décision le 4 juillet 2019 (Décision n° 19-01). Elle a précisé à cette occasion la valeur juridique de ses recommandations : si celles-ci n'ont pas de valeur contraignante, leur respect assure une sorte de présomption de conformité, à charge pour l'Agence de la renverser en cas de manquements allégués. Inversement, s'écarter des recommandations implique pour l'entité contrôlée d'être en mesure de justifier de la pertinence, de la qualité et de l'effectivité de son dispositif de prévention de la corruption en justifiant de la méthode choisie : **« Dans l'hypothèse où la personne mise en cause a suivi à cet égard, en tout point, la méthode préconisée par l'Agence elle-même dans ses recommandations mentionnées ci-dessus, elle doit être regardée comme apportant des éléments suffisants, sauf à l'Agence à démontrer qu'elle n'a pas, en réalité, suivi les recommandations. Dans l'hypothèse où la personne mise en cause n'a pas suivi cette méthode, ou ne l'a suivie qu'en partie, comme elle a en a le droit dès lors que les recommandations ne constituent qu'un référentiel dont l'usage n'est en rien obligatoire, il lui incombe de démontrer la pertinence, la qualité et l'effectivité du dispositif de détection et de prévention de la corruption en justifiant de la validité de la méthode qu'elle a librement choisie et suivie »**.

## 3.3

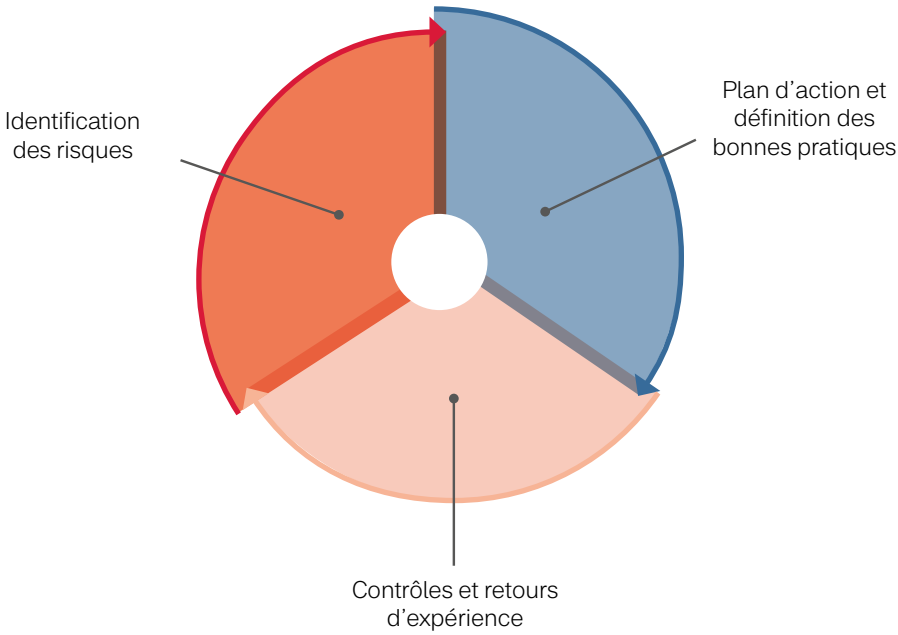
# CARTOGRAPHIER LES RISQUES

Comme pour le document unique d'évaluation des risques relatif à la santé et à la sécurité des agents, le premier exercice consiste à lister les comportements dangereux (voir la liste des infractions ci-après) pour ensuite poser des règles ou des procédures de nature à en limiter la survenance, puis veiller à leur bonne application et tirer parti des retours d'expérience. Il convient de commencer par l'identification de ses activités et compétences puis de se poser la question des risques qu'elles engendrent en cherchant à limiter les angles morts.

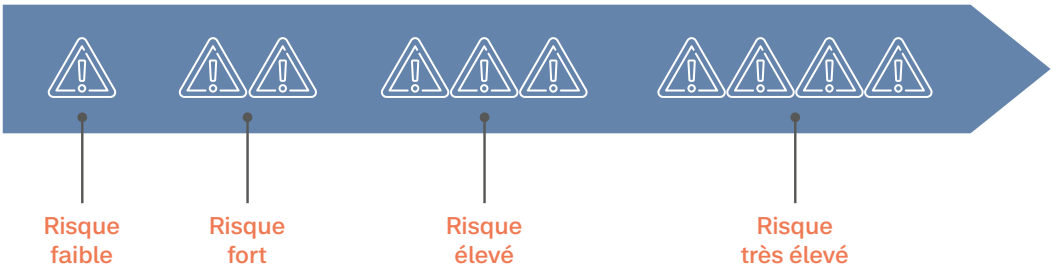
Il est très important d'associer les élus et les agents à ce processus d'identification des risques car leur retour d'expérience est indispensable pour être le plus exhaustif possible. C'est aussi l'occasion de sensibiliser chacun à cette dynamique et de créer un terreau propice à une culture partagée des règles déontologiques.

L'identification des risques doit être le préalable à la définition d'un plan d'action pour en limiter la survenance. Ces bonnes pratiques peuvent ensuite être regroupées dans une charte qui sera facteur de sécurité pour les élus et les agents de la collectivité. Certains domaines doivent faire l'objet d'une vigilance particulière : les marchés publics, l'urbanisme, la gestion des ressources humaines, la chaîne comptable, les régies de recettes, la délivrance d'autorisations et d'agréments.

Pour dresser l'inventaire des risques, les collectivités peuvent s'appuyer sur le rapport annuel de l'Observatoire SMACL qui présente les chiffres de mises en cause des élus et les jurisprudences de l'année écoulée par catégorie d'infractions. Une partie importante y est consacrée aux manquements au devoir de probité (articles 432-10 à 432-16 du Code pénal) ci-après détaillés.



## Échelle du risque pénal*




### Concussion
(art. 432-10 du Code pénal)

- Perception indue de droits, contributions, impôts ou taxes.
- Exonération de droits, contributions, impôts ou taxes qui auraient dû être perçus par la collectivité.
- 2 % des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour manquements au devoir de probité (37 élus poursuivis de ce chef entre 1995 et 2019).

**Risques encourus :**

- **5 ans d'emprisonnement ;**
- **500 000 € d'amende (amende pouvant être portée au double du produit tiré de l'infraction).**

### Pantouflage
(art. 432-13 du Code pénal)

- Prendre ou recevoir une participation par travail, conseils ou capitaux dans une entreprise privée qui était en relation avec la collectivité (avec un rôle effectif de l'élu) sans respecter le délai de carence de trois ans suivant la cessation des fonctions.
- L'Observatoire SMACL n'a recensé aucune poursuite de ce chef contre des élus locaux (quelques rares poursuites contre des fonctionnaires territoriaux).

**Risques encourus :**

- **3 ans d'emprisonnement ;**
- **200 000 € d'amende (amende pouvant être portée au double du produit de l'infraction).**

### Détournement par négligence
(art. 432-16 du Code pénal)

- Détruire par négligence ou laisser détourner ou soustraire par un tiers (toujours par négligence) des titres, des fonds ou des objets remis dans l'exercice des fonctions ou des missions.
- Moins de 1 % des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour manquements au devoir de probité (4 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et 2019).

**Risques encourus :**

- **1 an d'emprisonnement ;**
- **15 000 € d'amende.**

### Favoritisme
(art. 432-14 du Code pénal)

- Procurer à un candidat un avantage injustifié par violation des règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession.
- 30 % des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour manquements au devoir de probité (502 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et 2019).

**Risques encourus :**

- **2 ans d'emprisonnement ;**
- **200 000 € d'amende (amende pouvant être portée au double du produit de l'infaction).**

## Détournement de fonds publics
(art. 432-15 du Code pénal)

- Détruire, détourner ou soustraire des actes, des titres, des fonds ou objets remis dans l'exercice des fonctions ou des missions.
- 25 % des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux (453 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et 2019).

### Risques encourus :

- **10 ans d'emprisonnement ;**
- **1 000 000 € d'amende (amende pouvant être portée au double du produit de l'infraction). La peine d'amende est doublée en cas de détournement en bande organisée de fonds provenant de l'Union europénne.**

## Prise illégale d'intérêts
(art. 432-12 du Code pénal)

- Prendre, recevoir ou conserver, directement ou par personne interposée, un intérêt quelconque (y compris moral) dans une entreprise ou dans une opération dont l'élu a la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement (hypothèses de conflits d'intérêts).
- 40 % des motifs de poursuites engagées contre les élus pour manquements au devoir de probité (692 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et 2019).

### Risques encourus :

- **5 ans d'emprisonnement ;**
- **500 000 € d'amende (amende pouvant être portée au double du produit de l'infraction).**

## Corruption passive ou trafic d'influence passif
(art. 432-11 du Code pénal)

- Solliciter ou accepter des offres, des promesses, des cadeaux, des avantages quelconques pour accomplir ou s'abtenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat.
- Solliciter ou accepter des offres, des promesses, des cadeaux, des avantages quelconques pour abuser de son influence auprès d'une autorité ou d'une administration en vue de faire obtenir une décision favorable au corrupteur.
- 10 % des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour manquements au devoir de probité (193 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et 2019).

### Risques encourus :

- **10 ans d'emprisonnement ;**
- **1 000 000 € d'amende (amende pouvant être portée au double du produit tiré de l'infraction). La peine d'amende est doublée si l'infraction porte sur des fonds provenant de l'Union europénne.**

* Échelle qui permet de définir des priorités d'action au regard des poursuites engagées contre les élus locaux. Les notions de risque "fort" et de risque "très élevé" ne doivent pas faire oublier que le taux de mise en cause pénale des élus locaux, toutes infractions confondues, est inférieur à 0,3 %.

Les statistiques de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale (présentées dans le tableau des infractions page 40 et 41) permettent ainsi de cibler les priorités d'action en fonction de l'exposition au risque : très clairement, la prévention des conflits d'intérêts est la priorité n° 1 à traiter dans les collectivités territoriales. La lutte contre les délits de favoritisme (dans les marchés publics), les détournements de biens publics et la corruption proprement dite doivent également faire l'objet d'une attention particulière et de procédures de détection. C'est pourquoi nous consacrons des développements plus particuliers à ces quatre infractions dans ce guide.

Une fois que les risques ont été identifiés, il convient d'élaborer des procédures pour les détecter et les éviter. Puis, l'instance dirigeante devra tirer les enseignements d'éventuels incidents ou dysfonctionnements. Ainsi, une municipalité a revu sa charte de déontologie des élus après avoir constaté qu'un adjoint en charge du numérique avait accepté une invitation à Roland-Garros offerte par un opérateur téléphonique.

## ZOOM SUR LE DÉLIT DE CONCUSSION

Ce délit est relativement peu connu. Il faut dire qu'il est très peu poursuivi. Quelques élus ont néanmoins été condamnés de ce chef.

**Exemples de condamnations :**

- Maire qui avait différé la vente d'une parcelle autorisée par le conseil municipal, tout en autorisant l'acheteur à prendre possession du bien avant le versement du prix de vente. Ce comportement est jugé constitutif du délit de concussion, la commune subissant un préjudice résultant de l'occupation gratuite et illégale d'une partie du domaine communal (Cour de cassation, chambre criminelle, 10 octobre 2012, n° 11-85914).
- Ancien maire qui avait attribué à titre gratuit un logement de fonction à un entraîneur d'un club sportif. L'élu poursuivi sur plainte de la nouvelle municipalité est condamné à 3 000 € d'amende. Au civil, l'ancien maire est condamné sur ses deniers personnels à verser à la collectivité l'équivalent de la somme qu'elle aurait dû percevoir au titre des loyers, soit un total de plus de 20 000 € (Cour de cassation, chambre criminelle, 31 janvier 2007 n° de pourvoi : 06-81273).
- Agents communaux chargés d'encaisser les droits de place sur les marchés qui avaient pratiqué des tarifs contraires à la réglementation communale, reçu des pourboires ou des avantages en nature en échange de places préférentielles (Cour de cassation, chambre criminelle, 8 septembre 2004, n°03-87428).

# Alerte

**Le contrôle interne : un outil de prévention**

La mise en place d'un plan de prévention ou de procédures internes gagne à faire l'objet de contrôles et d'évaluations pour s'assurer de leur pertinence et de leur respect. Dans les collectivités suffisamment étoffées, la mise en place d'un service de contrôle interne peut être un réflexe pertinent.

Sa mission est, en complément du contrôle hiérarchique, de veiller au respect des règles et process, de souligner les manquements, de noter les incohérences et de formuler des préconisations.

Ce dispositif permet ainsi de garantir la fiabilité des procédures mises en place au sein de la collectivité et de détecter en amont les éventuelles failles dans le processus. Il peut se doubler de procédures d'audit par des personnes extérieures.

# À RETENIR !

1. L'engagement de l'instance dirigeante dans la politique de prévention des risques est déterminante
2. Identifier les risques en associant les agents et les élus
3. S'appuyer sur le rapport annuel de l'Observatoire SMACL pour compléter son analyse
4. Définir un plan d'action qui soit opérationnel et proportionné aux moyens de la collectivité
5. Ne pas considérer le plan de prévention comme une fin en soi mais comme un outil
6. Contrôler la mise en œuvre du plan et l'ajuster si nécessaire en prenant en compte les retours d'expérience
7. Diffuser dans la collectivité une culture de prévention des risques partagée par les élus et les agents

login
password *****

# PRÉVENIR ET CESSER

# 4

# FAIRE LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

La prévention des conflits d'intérêts occupe une place de choix dans la charte de l'élu local qui lui consacre pas moins de trois articles sur sept :

**“ Dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier ”**.

**“ L'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote ”**.

**“ Dans l'exercice de ses fonctions, l'élu local s'abstient de prendre des mesures lui accordant un avantage personnel ou professionnel futur après la cessation de son mandat et de ses fonctions ”**.

Le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe a adopté le 7 novembre 2018 un Code de conduite européen (publié en annexe dans ce guide) pour toutes les personnes participant à la gouvernance locale et régionale qui contient lui-même plusieurs articles relatifs à la prévention des conflits d'intérêts.

La prévention des conflits d'intérêts au sein des collectivités doit être une priorité de la politique de prévention des risques juridiques. D'autant que les chiffres de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale confirment l'acuité du sujet au regard du nombre de poursuites engagées contre les élus locaux pour prise illégale d'intérêts :

Entre 1995 et 2019, l'Observatoire SMACL a ainsi recensé près de 700 élus locaux poursuivis de ce chef, soit 40 % des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour manquements au devoir de probité.

## 4.1

## SAVOIR IDENTIFIER LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Aux termes de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, **« constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »**.

Cette définition est à rapprocher de l'article 432-12 du Code pénal qui définit la prise illégale d'intérêts comme étant **« 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 »**.

Il est indispensable de combiner ces deux textes pour pouvoir cerner au mieux ce qui constitue un conflit d'intérêts et ce qui est permis, ou non, à la lumière de la jurisprudence.

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique (fiche pratique relative à la prévention des conflits d'intérêts) dégage de ces définitions trois critères :

- Le responsable public doit détenir un intérêt, etc.
- Cet intérêt doit interférer avec l'exercice d'une fonction publique, etc.
- Cette interférence doit « influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Ce critère implique d'examiner l'intensité de l'interférence au cas par cas : il y a un conflit d'intérêts quand l'interférence est suffisamment forte pour soulever des doutes raisonnables quant à la capacité du responsable public pour exercer ses fonctions en toute objectivité.

### À noter

Certains élus locaux (en fonction de seuils de population) sont soumis à une déclaration d'intérêts (voir sur ce point la règle d'or n° 1) adressée obligatoirement dans les deux mois suivant l'élection à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (avec obligation de mise à jour en cas de changement significatif en cours de mandat). La nature des obligations qui pèsent sur ces élus peut être une bonne grille d'analyse pour l'ensemble des élus (y compris ceux qui ne sont pas concernés par cette obligation) pour détecter et anticiper des éventuels conflits d'intérêts.

## Alerte

- La prévention des conflits d'intérêts ne se limite pas à l'attribution de marchés publics. Elle peut aussi concerner plusieurs autres secteurs d'activités ou de compétences de la collectivité territoriale (autorisations d'urbanisme, recrutements, subventions aux associations, ventes ou achats de biens, etc.).
- Un conflit d'intérêts n'oppose pas nécessairement un intérêt public à un intérêt privé. Il peut y avoir conflit entre deux intérêts publics. Cette question fait débat et suscite des interrogations y compris au sein de la HATVP. À la frontière du conflit d'intérêts public-public, ont été condamnés des élus pour avoir voté des subventions à des associations dont ils étaient membres de droit en qualité de représentants de leur collectivité et ce même s'ils ne défendaient aucun intérêt personnel au sein de l'association (Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2008, n° 08-82068).
- Le conflit d'intérêts n'est pas nécessairement effectif mais peut relever de l'apparence. Pour reprendre la formule d'un avocat, la décision publique « doit être chimiquement pure » : on ne doit pas pouvoir suspecter qu'un intérêt public a été pollué par un intérêt privé. Il convient d'apprécier in concreto l'apparence d'un conflit d'intérêts en utilisant un faisceau d'indices.
- L'intérêt répréhensible n'est pas nécessairement matériel : il s'agit d'un intérêt « quelconque » moral, familial, amical, etc.
- Il n'est pas nécessaire que l'intérêt de l'élu porte atteinte à l'intérêt de la collectivité : la prise illégale d'intérêts peut être caractérisée même si les intérêts de l'élu et de la collectivité sont convergents.
- L'intérêt pris par l'élu peut être direct mais aussi indirect, par personnes interposées. Pour savoir si l'élu a un intérêt dans une décision, il faut aussi se demander si cette décision publique ne bénéficie pas à l'un de ses proches (cercle familial ou amical). Le Code pénal ne définit pas un degré de parenté au-delà duquel la décision ne serait plus critiquable. L'appréciation se fait au cas par cas (in concreto).
- Le maire doit non seulement veiller à sa propre situation mais également à celle des adjoints et des conseillers municipaux. À défaut, il peut engager sa propre responsabilité pour complicité.

## Info pratique

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique (fiche pratique relative à la prévention des conflits d'intérêts) dégage de ces définitions trois critères :
- le responsable public doit détenir un intérêt, etc. ;
- cet intérêt doit interférer avec l'exercice d'une fonction publique, etc. ;
- cette interférence doit « influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Ce critère implique d'examiner l'intensité de l'interférence au cas par cas : il y a un conflit d'intérêts quand l'interférence est suffisamment forte pour soulever des doutes raisonnables quant à la capacité du responsable public pour exercer ses fonctions en toute objectivité.

## 4.2

# S'ABSTENIR ET SE DÉPORTER

### 4.2.1 Un devoir d'abstention absolue

Le premier réflexe pour l'élu concerné est de s'abstenir de prendre part à tout le processus décisionnel concernant le sujet où il se trouve en situation de conflit d'intérêts ou peut être suspecté de l'être. La non-participation au vote ne suffit pas, l'élu local doit aussi sortir de la salle au moment du vote (la seule présence même sans vote peut être perçue comme une forme d'influence). Il devra aussi s'abstenir de toute intervention dans l'instruction, la préparation et le vote du dossier en séance du conseil municipal. Enfin, il doit s'abstenir de donner des instructions pour orienter le sens de la décision. L'élu doit vraiment s'abstenir de toute interférence dans le dossier qui le concerne directement ou indirectement.

## EXEMPLES DE CONDAMNATIONS

- Maire qui est intervenu à plusieurs reprises dans la préparation du dossier (participation à une douzaine de réunions consacrées au projet, signature en sa qualité de maire des courriers adressés à la société de promotion immobilière pour demander des pièces) dans le cadre d'une promesse de vente signée par ses parents avec un promoteur immobilier sous condition suspensive d'obtention du permis. Peu importe qu'il ait pris la précaution de ne pas signer l'arrêté du permis d'aménager, déléguant la compétence à un adjoint (Cour d'appel de Poitiers, 20 décembre 2012, arrêt n° 820).
- Maire qui est resté dans la salle au moment du vote d'une délibération à laquelle il était intéressé dans le cadre de l'acquisition d'un bien communal par une SCI gérée par son fils. Les juges estiment que « la seule présence du maire, même exclusive de tout vote, à une délibération portant sur cette transaction, vaut surveillance ou administration au sens de l'article 432-12 du Code pénal, peu important qu'en définitive une conseillère municipale et non le maire ait signé l'acte authentique de vente. » (Cour d'appel de Poitiers, 28 novembre 2013, N 764/13).

### 4.2.2 Une obligation de déport

Lorsqu'un maire (il en est de même pour tous les chefs d'exécutif locaux qu'ils soient présidents d'EPCI, d'un conseil départemental, régional, etc.) estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, il doit être suppléé par un adjoint auquel il s'abstient de donner des instructions. Le maire doit prendre un arrêté de déport mentionnant la teneur des questions pour lesquelles il estime ne pas pouvoir exercer ses compétences (propres ou déléguées par le conseil municipal) et désignant, dans les conditions prévues par la loi, la personne chargée de le suppléer.

Cette possibilité de déport, introduite par la loi 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et précisée par le décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014, offre aux élus locaux un moyen pratique (l'arrêté de déport) leur permettant de prévenir les conflits d'intérêts. Mais attention : le déport ne doit pas être de pure façade. Il doit se traduire dans les faits par l'absence de toute immixtion de l'élu dans la gestion du dossier qui le concerne.

**Conflit d'intérêts ou suspicion de conflit d'intérêts concernant le maire**

**Existence ou suspicion d'un conflit d'intérêts**

qui concerne le maire directement

Ou l'entourage du maire (cercle familial ou amical)

↓

**Le maire prend un arrêté de déport**

Il désigne un suppléant

Auquel il s'abstient de donner des instructions

↓

**Le maire s'abstient de toute interférence dans le dossier**

Il ne participe ni à l'instruction du dossier, ni aux débats, ni aux votes.

Il ne donne aucune instruction et ne prend aucune part dans le traitement du dossier

Un mécanisme similaire existe pour les adjoints titulaires de délégation. Lorsqu'ils estiment se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, les conseillers titulaires d'une délégation en informent le délégant (maire ou président) par écrit, précisant la teneur des questions pour lesquelles ils estiment ne pas devoir exercer leurs compétences. Le maire (ou le président) doit alors prendre un arrêté déterminant en conséquence les questions pour lesquelles la personne intéressée doit s'abstenir d'exercer ses compétences. Le mieux est d'anticiper et de ne pas attendre que le conflit d'intérêts surgisse pour le traiter. D'où l'importance en début de mandat de lister les domaines où les élus peuvent se trouver en situation de conflits d'intérêts au regard notamment de leurs activités professionnelles (ou celles de leurs proches). Les arrêtés de déport pourront être pris par anticipation.

**Conflit d'intérêts ou suspicion de conflit d'intérêts concernant un adjoint**

**Existence ou suspicion d'un conflit d'intérêts**

qui concerne un adjoint directement

ou l'entourage de l'adjoint (cercle familial ou amical)

↓

**L'adjoint écrit au maire**

Il décrit la teneur des questions pour lesquelles il estime ne pas devoir exercer ses compétences

↓

**Le maire prend un arrêté listant les domaines dans lesquels l'adjoint ne peut pas intervenir**

L'adjoint s'abstient de toute interférence dans les domaines concernés

# Alerte

- Il est primordial de bien formaliser dans les procès-verbaux des séances que les élus intéressés n'ont pas participé au vote, ni aux débats pour les sujets qui les concernaient.
- Les conseillers municipaux sans délégation peuvent aussi se trouver en situation de conflit d'intérêts notamment lorsqu'ils prennent part à une délibération qui les concerne directement ou leur entourage. Ils doivent s'abstenir de participer non seulement au vote, mais également aux débats ainsi qu'à l'instruction du dossier.
- Le maire peut être déclaré complice d'une prise illégale d'intérêts commise par un conseiller municipal. Le maire d'une commune de 5 000 habitants a ainsi été condamné dans le cadre d'un marché public attribué à l'entreprise d'un conseiller. Peu importe que, à la demande du maire, le conseiller intéressé n'ait pas participé au vote. En effet, le conseiller a aidé la collectivité à rédiger le cahier des charges et lui a fourni un devis pour permettre une estimation du budget. En outre, même s'il n'a pas participé au vote, il a pris part aux débats de la séance au cours de laquelle l'offre de son entreprise a été retenue. Connaissant la double casquette du conseiller municipal, le maire aurait dû, selon le tribunal, déclarer le marché infructueux et s'opposer à ce que l'intéressé participât aux débats. Les deux élus sont condamnés chacun à 10 000 € d'amende et à trois ans d'inéligibilité, l'entreprise attributaire écopant pour sa part de 25 000 € d'amende (Tribunal correctionnel de Marseille, 29 avril 2013, n° 2782).

## Un régime dérogatoire pour les communes de moins de 3 501 habitants

L'article 432-12 du Code pénal réprimant la prise illégale d'intérêts prévoit un régime dérogatoire pour les communes de moins de 3 501 habitants. Ainsi, dans ces communes (et uniquement dans ces communes), les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter au nom de la commune, et avec la commune dont ils sont élus, pour :

- le transfert de biens mobiliers ou immobiliers (ex : achats par la collectivité de biens appartenant à l'élu) ou la fourniture de services (ex : travaux réalisés par un maire artisan au profit de la collectivité) dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 €.
- l'acquisition d'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 (mais ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal).
- l'acquisition d'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.

Dans ces cas, la commune doit être 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.

**Alerte**

Ces dérogations sont soumises à de strictes conditions de forme et de fond. Elles ne sauraient être interprétées comme la possibilité de déroger aux principes généraux de la commande publique. Le juge pénal est vigilant. Ainsi, pour apprécier si le seuil de 16 000 € est atteint ou non, il faut prendre en compte le montant global du marché et ne pas s'attacher au seul montant du lot confié ou sous-traité à l'entreprise du maire. En dehors du cadre de ces dérogations limitatives c'est le régime de droit commun qui s'applique avec les procédures de déport déjà décrites.

Dans un arrêt rendu le 6 juin 2019, la cour administrative d'appel de Bordeaux a eu à connaître de la situation d'un maire d'une commune de 100 habitants reconnu coupable de prise illégale d'intérêt pour avoir réalisé, en sa qualité d'artisan, les travaux de réfection de l'église et d'avoir artificiellement scindé son offre afin de présenter deux devis d'un montant proche de 16 000 € (pour pouvoir invoquer le bénéfice des dérogations applicables aux communes rurales). Dans le prolongement de la condamnation pénale du maire à 1 500 € d'amende, la collectivité lui demandait le remboursement des sommes versées en exécution du marché

litigieux. Le juge administratif donne raison à la commune en estimant que les irrégularités commises constituent des fautes graves de nature à vicier le consentement de la collectivité. Et ce, même si la commune n'a subi aucun préjudice. L'élu est ainsi condamné à rembourser à la commune le montant des factures acquittées pour un montant de plus de 40 000 €.

## Et les fonctionnaires ?

Les fonctionnaires territoriaux peuvent aussi se trouver dans des situations de conflit d'intérêts. L'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 (modifiée par la loi du 20 avril 2016) leur fait également obligation de veiller **« à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles ils se trouvent ou pourraient se trouver »**. Ils sont également soumis à une procédure de déport par la saisine de leur supérieur hiérarchique qui confiera le dossier à un autre agent.

## Une relation amicale entretenue par un agent public (ou un élu) avec un candidat à un marché public peut-elle caractériser une prise illégale d'intérêts en l'absence de toute rupture d'égalité de traitement entre les candidats ?

Une relation amicale peut suffire à éveiller des soupçons de partialité de la décision et doit conduire le fonctionnaire (ou l'élu) intéressé à s'abstenir de toute participation à la procédure de marché public, y compris dans la phase préparatoire. Peu importe que l'égalité de traitement entre les candidats ait été respectée et que l'entreprise attributaire n'ait pas été avantagée. En l'espèce, un collaborateur de cabinet d'un maire est reconnu coupable de prise illégale d'intérêts pour avoir rédigé le rapport d'analyse des offres alors qu'il entretenait une relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant de la société attributaire, comme le révélaient notamment leurs échanges téléphoniques réguliers. Pour sa défense, le prévenu objectait qu'un conflit d'intérêts potentiel ne pouvait suffire à caractériser l'infraction dès lors qu'il n'a communiqué aucune information privilégiée au chef d'entreprise et qu'aucune rupture d'égalité de traitement entre les candidats n'a été constatée. La Cour de cassation (Cour de cassation, chambre criminelle, 13 janvier 2016, n° 14-88382 ) écarte l'argument et confirme sa condamnation à un an d'emprisonnement avec sursis et 10 000 € d'amende : la simple participation de l'intéressé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux par la rédaction du rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres (CAO), alors qu'il entretient dans le même temps une relation amicale et professionnelle avec le gérant de cette société suffit, à caractériser le délit. Même si elle ne s'y réfère pas expressément, la Cour de cassation est dans la droite ligne de la définition du conflit d'intérêts donnée par la loi n° 2013-707 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et reprise par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (nouvel article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) : en effet, la preuve d'une influence effective d'un intérêt privé sur la décision publique n'est pas exigée, une apparence de situation de conflit d'intérêts suffisant.

## Des relations d'affaires ponctuelles suffisent à jeter un doute

Un maire a été condamné pour prise illégale d'intérêts car il entretenait des relations d'affaires, dans le cadre d'une société tierce, avec un candidat retenu. Les juges retiennent que **« l'apparence créée par les participations conjointes**

**dans la société aurait dû conduire [l'élu] à se retirer du processus de désignation de l'attributaire »**. En effet, l'élu **« peut être soupçonné d'avoir, même dans le simple dessein d'être agréable à l'investisseur majoritaire, fait preuve de partialité lors de la désignation de l'arrangeur et de ne pas avoir uniquement pris en compte l'intérêt collectif »**.

À l'appui de son pourvoi, l'élu soutenait qu'il n'a retiré aucun avantage personnel de l'opération et que ses liens d'affaires avec le candidat retenu, sans lien avec l'objet du marché, étaient très ponctuels puisque la société en question avait vocation à être dissoute dès l'achèvement de l'immeuble.

La Cour de cassation (Cour de Cassation, Chambre criminelle, 20 mars 2019, 17-81.975) confirme néanmoins la condamnation de l'élu pour prise illégale d'intérêts :

- « caractérise un intérêt, au sens de l'article 432-12 du Code pénal : l'existence d'un lien d'affaires qui unit l'auteur de ce délit à la personne bénéficiant d'une décision prise par lui dans le cadre de ses fonctions publiques, peu important que ce lien ait été développé au sein d'une société sans rapport avec l'opération dont il a la charge d'assurer la surveillance, etc. ;
- caractérisent l'aide ou l'assistance donnée dans les faits qui ont préparé ou facilité l'infraction commise : les conseils techniques réitérés prodigués par une personne qui a intérêt à la réalisation de cette opération ».

L'élu est condamné à six mois d'emprisonnement avec sursis, 58 660 € d'amende et deux ans d'interdiction d'exercer une fonction publique.

## Le cadre spécifique des autorisations d'urbanisme

***Article L.422-7 du Code de l'urbanisme :***

*« 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 ».*

Ces dispositions du Code de l'urbanisme, instituant une règle de déport, ne concernent que les communes qui sont dotées d'un plan d'occupation des sols (POS) ou d'un plan local d'urbanisme (PLU). Les maires des communes qui ne sont pas dotées de ces documents d'urbanisme peuvent désormais s'appuyer sur le dispositif général de déport introduit par le décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

## La notion de conseiller intéressé

En parallèle à d'éventuelles recherches en responsabilité, la participation d'un conseiller intéressé peut, en outre, conduire à l'annulation de la délibération litigieuse.

***Article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales :***

*« 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 ».*

Pour apprécier si la participation d'un élu au vote et/ou aux débats est de nature à vicier la délibération et conduire à l'annulation de l'acte (un marché public par exemple), le juge administratif vérifie in concreto :

- d'une part, que l'intérêt personnel de l'élu est distinct de celui de la **« généralité des habitants »**,
- d'autre part, que l'élu a bien eu une influence effective sur la délibération.

Ainsi, la seule participation au vote d'une délibération d'un conseiller intéressé ne suffit pas nécessairement à vicier la délibération.

## Alerte

Le juge pénal n'est donc pas sur la même logique car il applique l'article 432-12 du Code pénal réprimant la prise illégale d'intérêts qui vise un « intérêt quelconque ». Pour le juge pénal, il est ainsi indifférent que l'intérêt de l'élu soit convergent avec celui de la collectivité.

L'interdiction des recrutements familiaux ne se limite pas aux collaborateurs de cabinet. La Cour de cassation (Cour de cassation, chambre criminelle, 26 novembre 2019, n° 18-87046) a ainsi confirmé la condamnation d'un maire (commune de moins de 500 habitants) pour avoir recruté son épouse à la mairie comme secrétaire de mairie. Peu importe qu'elle avait les compétences requises et qu'elle avait été initialement recrutée par le centre de gestion dès lors que c'est le maire lui-même qui a pris les dispositions pour renouveler le contrat.

## Collaborateurs de cabinet : prohibition des recrutements familiaux

L'arsenal législatif de lutte contre les conflits d'intérêts s'est étoffé avec la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 qui a modifié l'article 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. Il est désormais interdit à l'autorité territoriale de compter parmi les membres de son cabinet :

1. son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ;
2. ses parents ou les parents de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ;
3. ses enfants ou les enfants de son conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin.

La violation de cette interdiction emporte de plein droit la cessation du contrat de travail.
Le fait, pour l'autorité territoriale, de compter parmi les membres de son cabinet un collaborateur en violation de l'interdiction prévue au 1. est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

**Pour aller plus loin :**

retrouvez de nombreuses analyses de décisions relatives à la prise illégale d'intérêts sur :
***www.observatoire-collectivites.org***

et un suivi mois par mois des dernières condamnations et relaxes :
***https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article1339***

## LA HAUTE AUTORITÉ POUR LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE : LE PARTENAIRE DÉONTOLOGIQUE DES ÉLUS LOCAUX ET DES AGENTS PUBLICS

Chaque personne entrant dans le champ de la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique peut solliciter l'avis de la Haute autorité sur toute question déontologique rencontrée dans l'exercice de son mandat ou de ses fonctions.

La plupart des demandes d'avis formulées à la Haute autorité émanent de déclarants qui s'interrogent sur de possibles situations de conflits d'intérêts.

Lorsqu'elle répond à une demande d'avis émanant d'un déclarant, la Haute autorité vérifie que la situation de l'intéressé ne lui fait pas courir un risque de nature pénale. Par exemple, lorsqu'un responsable public interroge la Haute autorité sur une activité exercée en plus de son mandat ou de ses fonctions, elle vérifie que cette activité n'est pas de nature à le placer en situation de prise illégale d'intérêts.

La Haute autorité analyse aussi les situations en matière de conflit d'intérêts : lorsque cela s'avère nécessaire, elle émet des recommandations destinées à prévenir ou à mettre fin à de telles situations.

## 4.3 PRÉVENIR LE « PANTOUFLAGE »

Par application de l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013, certains exécutifs locaux doivent saisir la Haute autorité pour qu'elle vérifie la compatibilité d'une activité libérale ou d'une activité rémunérée dans le secteur concurrentiel avec son ancienne fonction (article 432-13 du Code pénal).

Sont concernés tous les élus qui sont soumis aux obligations déclaratives d'intérêts et de patrimoine :

- les maires des communes de plus de 20 000 habitants ;
- les adjoints délégués des communes de plus de 100 000 habitants ;
- les présidents élus d'établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ;
- les présidents des autres établissements publics de coopération intercommunale dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros.

## Cette obligation perdure pendant les trois années qui suivent la fin des fonctions

La HATVP rend alors un avis (de compatibilité ou d'incompatibilité) qui s'impose à l'élu. Les avis de compatibilité peuvent être assortis de réserves dont les effets peuvent s'imposer à la personne concernée pendant une période maximale expirant trois ans après la fin de l'exercice des fonctions.

Si l'élu ne respecte pas l'avis émis par la HATVP, cette dernière publie au *Journal officiel* un rapport spécial comprenant l'avis rendu et les observations écrites de la personne concernée et transmet au procureur de la République un rapport spécial qui peut conduire à l'engagement de poursuites pénales (dans le respect des dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale).

La HATVP a ainsi rendu une délibération le 6 novembre 2019 (Délibération n° 2019-106) épinglant publiquement un ancien maire et président de communauté urbaine qui, sitôt après avoir démissionné de ses mandats, a exercé des fonctions de conseil sans solliciter au préalable l'avis de la Haute autorité. Cette dernière lui a demandé la liste de ses clients depuis le commencement de cette activité afin de s'assurer qu'il ne s'était pas déjà placé en situation de conflit d'intérêts ou de prise illégale d'intérêts. L'intéressé a indiqué avoir pris trois clients. La Haute autorité s'est ensuite rapprochée des services de la mairie et de la communauté urbaine où exerçait l'élu afin de connaître la nature de leurs relations avec les sociétés concernées. Il est ressorti des éléments transmis que l'une des sociétés clientes a entretenu de nombreuses relations avec les services placés sous l'autorité de l'ancien élu dans le cadre de ses mandats exécutifs locaux. Il est également apparu que l'intéressé aurait rencontré à plusieurs reprises les dirigeants de cette société lorsqu'il occupait ses fonctions de maire et de président de communauté urbaine. La Haute autorité en conclut qu'en prenant, immédiatement à l'issue de ses fonctions, cette société comme cliente de sa nouvelle activité, activité au demeurant débutée sans l'accord préalable de la Haute autorité, **« l'intéressé s'est placé en situation de conflit d'intérêts au sens des articles 1er et 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique »**. Afin de faire cesser ce conflit d'intérêts, la Haute autorité enjoint à l'ancien élu de mettre immédiatement fin au contrat litigieux et de n'entretenir aucune relation avec cette société ou ses filiales jusqu'à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la fin de ses fonctions publiques.

### À noter

Les fonctionnaires sont eux-mêmes soumis à une procédure identique. À ce titre, le référent déontologue et la Haute autorité disposent de nouvelles prérogatives depuis le 1er février 2020.

# À RETENIR !

1. Identifier les intérêts directs et indirects susceptibles de poser des difficultés
2. Être transparent sur l'existence de conflits d'intérêts
3. Anticiper les conflits d'intérêts et prendre les précautions nécessaires le plus en amont possible notamment via des arrêtés de déport
4. Faire cesser sans délai les conflits d'intérêts qui apparaissent en cours de mandat
5. Prendre appui sur la HATVP
6. Se référer aux préconisations de l'Afa
7. Garder à l'esprit que le conflit n'est pas nécessairement réel mais peut être apparent
8. En cas de conflit, ne participer ni aux débats ni au vote et s'interdire de toute intervention dans le dossier

# UTILISER LES R
# LA COLLECTI
# SEULE SATI
# L'INTÉRÊT

5

# ESSOURCES DE VITÉ DANS LA SFACTION DE GÉNÉRAL

**“L’élu local s’engage à ne pas utiliser les ressources et les moyens mis à sa disposition pour l’exercice de son mandat ou de ses fonctions à d’autres fins.”**

## 5.1

## CONNAÎTRE LES CONTOURS DU DÉTOURNEMENT DE BIENS PUBLICS

Les biens appartenant à la collectivité comme le personnel communal ne peuvent que servir l’intérêt général et non l’intérêt personnel d’un élu ou d’un fonctionnaire. Un usage détourné des biens ou des ressources de la collectivité caractérise le délit de détournement de fonds publics réprimé par l’article 432-15 du Code pénal et passible de 10 ans d’emprisonnement et d’une amende de 1 000 000 € (2 000 000 € d’amende si les détournements portent sur des fonds qui relèvent de l’Union européenne depuis une ordonnance du 18 septembre 2019). Le montant de l’amende peut être porté au double du produit de l’infraction. Attention : il peut y avoir détournement par négligence (par défaut de contrôle) et il n’est pas nécessaire de prouver un enrichissement personnel.

Cette disposition a une résonance particulière en période électorale puisque l’utilisation des moyens de la collectivité territoriale intéressée par le scrutin à des fins de campagne électorale est susceptible d’entraîner, outre la responsabilité du fonctionnaire (pour manquements à l’obligation de réserve et de neutralité), l’intégration dans les comptes de campagne du candidat desdits moyens ou avantages consentis.

***Article 432-15 du Code pénal :***

*« Le fait, par une personne dépositaire de l’autorité publique ou chargée d’une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l’un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d’emprisonnement et d’une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit de l’infraction.*

*La peine d’amende est portée à 2 000 000 € ou, s’il excède ce montant, au double du produit de l’infraction, lorsque l’infraction prévue au premier alinéa porte atteinte aux recettes perçues, aux dépenses exposées ou aux avoirs qui relèvent du budget de l’Union européenne, des budgets des institutions, organes et organismes de l’Union européenne ou des budgets gérés et contrôlés directement par eux et qu’elle est commise en bande organisée. La tentative des délits prévus aux alinéas qui précèdent est punie des mêmes peines ».*

# EXEMPLES DE CONDAMNATIONS

- Président d'un conseil départemental qui accorde des subventions pour des travaux malgré des dossiers incomplets et ne correspondant pas au cahier des charges de la collectivité. Le directeur général des services est pour sa part condamné pour avoir permis les détournements par sa négligence en présentant à la signature du président des arrêtés aux fins d'octroi de l'aide sur des dossiers incomplets (Cour de cassation, chambre criminelle, 17 avril 2019).
- Fonctionnaire en charge du service de la voirie qui ne respecte pas les délibérations de la collectivité fixant les travaux autorisés par un programme d'engagement de dépenses publiques pour le bétonnage d'une route en leur substituant d'autres aménagements qui n'avaient pas été programmés (Cour de cassation, chambre criminelle, 24 octobre 2018).
- Maire qui fait détruire des procès-verbaux de contravention dressés contre des automobilistes avec la complicité du directeur de la police municipale qui se chargeait de soustraire les traces de ces contraventions (Cour de cassation, chambre criminelle, 21 mars 2018).
- Agents qui détournent de l'argent (150 000 €) des horodateurs de la ville (Cour de cassation, chambre criminelle, 21 mars 2018).
- Maire (également secrétaire de mairie dans une commune voisine) qui achète du matériel d'équipement et d'outillage (pour plus de 250 000 €) sur fonds publics pour ses besoins personnels (Cour de cassation, chambre criminelle, 20 avril 2017).
- Maire qui fait acheter par la commune des véhicules hors de proportion avec les besoins municipaux et qui utilise ces véhicules, ainsi que la carte de carburant attribuée pour les besoins de sa fonction d'élu, à des fins privées (Cour de cassation, chambre criminelle, 29 juin 2016).
- Maire qui prend à bail, pour le compte de la commune, le terrain d'un exploitant agricole pour la création d'une pépinière, en acceptant un montant de loyer (payé par la commune) bien supérieur aux estimations du service des domaines (Cour de cassation, chambre criminelle, 2 septembre 2014).
- Président d'une collectivité territoriale qui recrute des collaborateurs pour les mettre à la disposition de communes, de syndicats ou d'associations pour favoriser l'influence et le poids du parti politique de l'élu dans le but d'assurer la reconduite de la majorité lors des élections locales (Cour de cassation, chambre criminelle, 23 juillet 2014).

*D'autres exemples sont disponibles sur www.observatoires-collectivités.org dans la rubrique Juridiscope territorial et associatif (suivi mois par mois de la jurisprudence pénale des acteurs de la vie territoriale et associative).*

Les poursuites pour détournement de fonds publics représentent un quart des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour des manquements au devoir de probité. L'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale a recensé près de 500 poursuites de ce chef contre des élus locaux entre 1995 et 2019.

## Alerte

Le détournement de fonds publics ne suppose pas nécessairement que l'élu ou le fonctionnaire ait retiré un avantage personnel de l'infraction.

La Cour de cassation a ainsi souligné que *« l'utilisation de subventions, obtenues en vue de la réalisation d'un projet déterminé, pour le règlement d'heures de travail consacrées à une autre activité, quelle qu'elle soit, constitue un détournement de fonds publics »* (Cour de cassation, chambre criminelle, 12 novembre 2015). Peu importe que ces subventions aient été utilisées pour des projets d'utilité publique.

La Cour de cassation a statué dans le même sens s'agissant de l'affectation à d'autres fins des crédits inscrits au budget au titre des dépenses obligatoires de la collectivité. A ainsi été condamné pour détournement de fonds publics le président d'un conseil départemental qui a affecté à des associations sportives des crédits, inscrits au budget du département au titre des dépenses obligatoires, destinés à des actions ayant pour objet l'insertion des personnes en difficulté (Cour de cassation, chambre criminelle, 4 mai 2006).

Plus récemment la Cour de cassation (Cour de cassation, chambre criminelle, 24 octobre 2018) a jugé que *« l'article 432-15 du Code pénal n'exige pas, pour que le délit de détournement de fonds publics soit constitué, que l'emploi par le prévenu des biens ou des fonds à des fins autres que celles prévues par la personne publique à laquelle ils appartiennent, soit contraire à l'intérêt de celle-ci »*. Ainsi, le fait pour un agent ou un élu de faire réaliser des travaux non prévus par la délibération de la collectivité peut caractériser un détournement de fonds publics quand bien même ceux-ci seraient utiles à la collectivité.

## 5.2 METTRE EN PLACE DES PROCÉDURES DE CONTRÔLE DE LA BONNE UTILISATION DES BIENS ET DES DENIERS PUBLICS

Ainsi, un maire peut être responsable pénalement sur le fondement de cet article quand un agent ou un autre élu a commis un détournement en bénéficiant de la négligence et du manque de contrôle du maire. La circonstance que le maire n'ait tiré aucun profit personnel de l'infraction ou qu'il avait toute confiance dans le fonctionnaire est sans incidence sur l'infraction.

***Article 432-16 du Code pénal :***

*Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.*

# Alerte

Les maires doivent également être vigilants aux détournements que pourraient commettre d'autres élus ou des agents. En effet, ils peuvent engager leur responsabilité pénale en cas de faute d'imprudence ou de négligence par (exemple : défaut de contrôle ou de surveillance). Dans cette hypothèse, ils n'ont eux-mêmes retiré aucun profit personnel de l'infraction. C'est un manque de contrôle et de surveillance qui leur est alors reproché.

# Info pratique

Contrairement aux autres infractions dites non intentionnelles comme les délits d'homicide ou blessures involontaires, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une violation délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité.

La négligence de l'élu, facteur de l'infraction de l'agent, suffit à retenir la responsabilité pénale du maire.

## EXEMPLES DE CONDAMNATIONS

- Maire qui n'a pas suffisamment surveillé le secrétaire général de la commune, lequel en a profité pour commettre des détournements au préjudice de la commune pour plus de 250 000 €. Outre l'utilisation de la carte de la commune auprès d'une enseigne commerciale, le secrétaire général falsifiait des délibérations du conseil municipal qu'il faisait signer par un adjoint qui est également condamné (Tribunal correctionnel de Périgueux, 16 mars 2016).*
- Président d'une communauté de communes qui n'a pas vérifié le bien-fondé des factures que lui présentait la secrétaire générale, laquelle a ainsi pu détourner près de 800 000 € en huit ans. Les juges relèvent que l'élu a signé, sans procéder à des vérifications élémentaires qui auraient révélé des anomalies patentes, les ordres de paiement étayés de quarante-sept fausses factures présentées par la secrétaire générale et qui ordonnaient le virement des montants sur le compte bancaire personnel de son époux (Cour de cassation, chambre criminelle, 22 février 2017).
- Président d'un syndicat intercommunal qui n'a pas contrôlé les achats de la directrice de l'établissement, ayant utilisé les fonds publics pour effectuer des achats personnels pour un montant total de 150 000 €. Un contrôle de la chambre régionale des comptes a mis à jour un passif de 500 000 € du syndicat (Tribunal correctionnel de Saint-Brieuc, 28 mars 2019)*.

** Condamnation non définitive en cas de recours exercés par les personnes poursuivies qui bénéficient toujours de la présomption d'innocence.*

# À RETENIR !

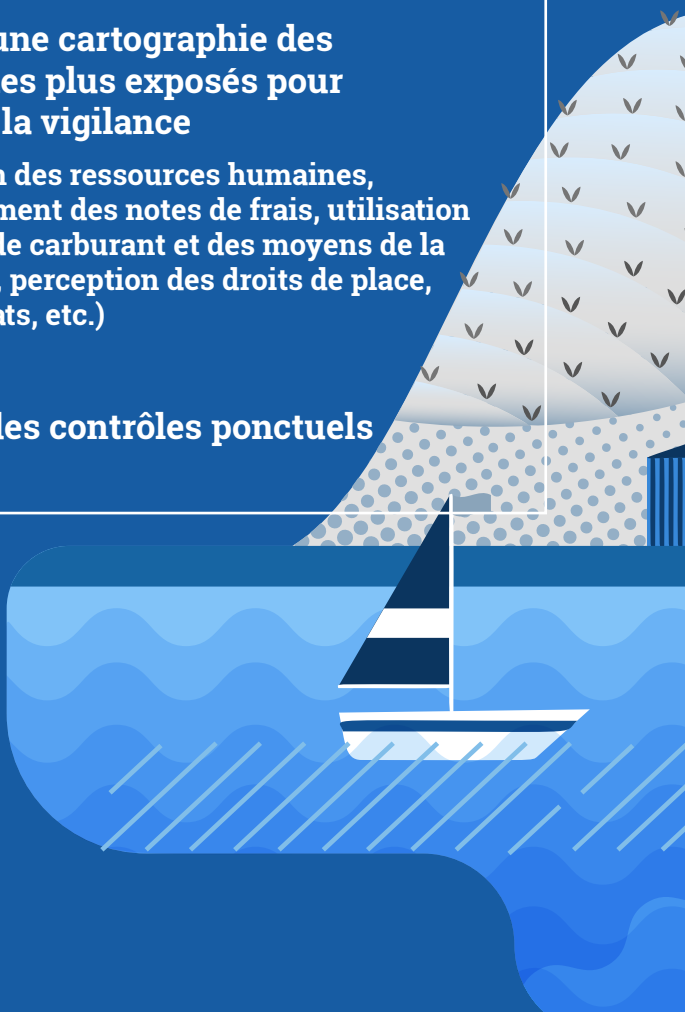
1. Instaurer des dispositifs internes de contrôle notamment sur le respect des procédures internes

2. Suivre les dépenses effectuées pour en vérifier la conformité

3. Élaborer une cartographie des secteurs les plus exposés pour renforcer la vigilance

   (ex : gestion des ressources humaines, remboursement des notes de frais, utilisation des cartes de carburant et des moyens de la collectivité, perception des droits de place, régies, achats, etc.)

4. Réaliser des contrôles ponctuels (audits)



# ÊTRE IMPART
# TRANSPAR
# PRISES

6

# IAL ET
# ENT DANS SES
# DE DÉCISION

Toute décision publique doit pouvoir être justifiée de manière objective. C'est particulièrement vrai dans le cas de l'attribution d'un marché public. Le juge pénal veille au respect de l'égalité de traitement des candidats. Il en est de même dans l'accès aux services publics et à la fonction publique, comme dans la gestion des ressources humaines. Plusieurs articles du Code de conduite européen des personnes participant à la gouvernance locale et régionale permettent de mieux cerner l'étendue de ces obligations d'impartialité et de transparence*.

> **« L'élu local exerce ses fonctions avec impartialité (...) »**

*Adopté par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, le 7 novembre 2018 (publié en annexe)

## 6.1

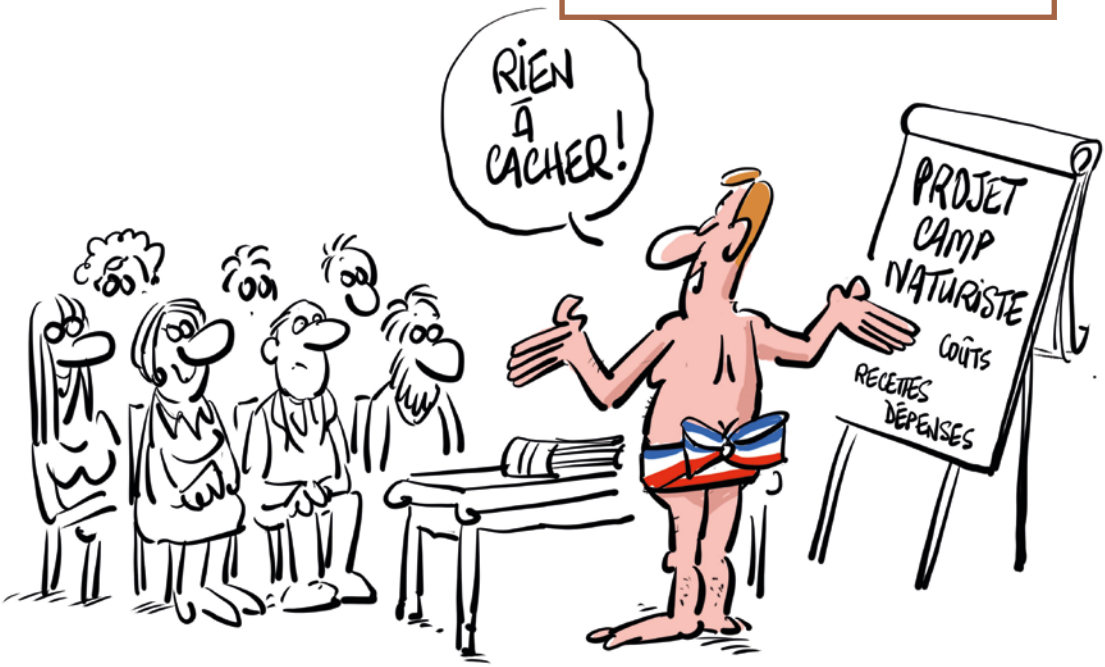
# CONNAÎTRE LES CONTOURS DU DÉLIT DE FAVORITISME

***Article 432-14 du Code pénal :***

*« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession ».*

Contrairement au délit de corruption, le délit de **« favoritisme »** (article 432-14 du Code pénal) ne suppose pas de contrepartie pour l'acheteur public. Une méconnaissance du droit de la commande publique peut conduire devant le juge pénal sans qu'il y ait eu une entente préalable avec le candidat favorisé. Il n'est pas nécessaire non plus d'établir que les intérêts de la collectivité aient été lésés. Le juge administratif, comme le juge pénal, sanctionnera la violation des principes généraux de la commande publique au premier rang desquels figure la rupture d'égalité de traitement entre les candidats, constitutive d'un défaut d'impartialité (article L.3 du Code de la commande publique).

Les poursuites pour favoritisme représentent un tiers des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour manquements au devoir de probité. L'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale a recensé un peu plus de 500 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et avril 2019.



## Alerte

La violation des principes fondamentaux gouvernant la commande publique suffit à caractériser le délit de favoritisme sans que pour autantv soit rapportée la preuve d'un manquement à une règle particulière (Cour de cassation, chambre criminelle, 21 septembre 2005, n° 04-83868). Ainsi, la méconnaissance des grands principes désormais fixés par l'article L.3 du Code de la commande publique peut suffire à caractériser l'infraction.

Sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, la Cour de cassation avait statué en ce sens. Elle avait considéré que le délit de favoritisme pouvait être caractérisé pour un marché de moins de 6 000 €. *« La méconnaissance de l'article 1er du Code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001, qui s'appliquait à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du Code pénal »* (Cour de cassation, chambre criminelle, 14 février 2007 n° 06-81924).

### Quid des petits marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence préalables ?

L'article R-2122-8 du Code de la commande publique dispose que l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 € hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 € hors taxes (à condition que le montant cumulé de ces **« mini-lots »** n'excède pas 20 % de la valeur de tous les lots). L'acheteur public doit néanmoins veiller :

- à choisir une offre pertinente ;
- à bien utiliser les deniers publics ;
- et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Le juge administratif peut être saisi par un candidat irrégulièrement évincé (par un référé précontractuel). Bien que bénéficiant d'un régime procédural et de passation allégée pour les achats inférieurs à 40 000 €, cette adaptation n'a pas pour effet de dispenser l'acheteur public du respect des principes généraux de la commande publique. Pour ce faire, le juge examinera a minima que les critères posés par le Code de la commande publique ont bien été respectés et que l'acheteur rentrait bien dans ce cadre (attention notamment à ne pas retenir artificiellement des seuils inférieurs aux procédures formalisées). Le juge pénal pourra également vérifier que l'acheteur n'a pas conclu de marchés systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. La question du degré de contrôle du juge pénal sur ces marchés reste encore ouverte et il conviendra de suivre avec attention la jurisprudence en la matière.

***Article L.3 du Code de la commande publique :***

*Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent Code.*

*Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.*

**Les grands principes de la commande publique**

**1.** Égalité de traitement des candidats

**Efficacité de la commande publique**

**2.** Liberté d'accès à la commande publique

**Bonne utilisation des deniers publics**

**3.** Transparence des procédures

## Favoritisme et prise illégale d'intérêts : un rasoir à deux lames

La Cour de cassation a récemment rappelé (Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mars 2019, n° 17-81975) que les délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts pouvaient être poursuivis cumulativement sans enfreindre la règle **«non bis in idem»** interdisant de condamner deux fois une même personne pour les mêmes faits. En effet, ces deux infractions protègent des valeurs sociales différentes : d'une part, l'égalité de traitement des candidats pour le délit de favoritisme et, d'autre part, l'impartialité de la décision publique pour la prise illégale d'intérêts. Les deux qualifications peuvent donc être cumulativement retenues bien qu'il s'agisse d'un même marché public. En revanche, les peines d'emprisonnement et d'amende ne pourront être cumulées. En effet, en droit français, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé (article 132-3 du Code pénal). Ce sont donc les peines réprimant la prise illégale d'intérêts (cinq ans d'emprisonnement et 500 000 € d'amende) qui sont les peines les plus lourdement encourues, le délit de favoritisme étant moins sévèrement sanctionné (deux ans d'emprisonnement et 200 000 € d'amende). Notons que le champ de la prise illégale d'intérêts est beaucoup plus large que celui du favoritisme. En effet, le délit de favoritisme est limité au seul domaine des marchés publics et des contrats de concession ; celui de la prise illégale d'intérêts s'applique à toute décision publique quel que soit son domaine : marchés publics, mais aussi urbanisme, recrutement, vote des subventions aux associations, vente des biens, etc.

## Info pratique

Marchés publics : une cellule d'information juridique

Les collectivités territoriales peuvent consulter gratuitement la cellule d'information juridique des acheteurs publics basée à Lyon au :

**04 72 56 10 10**

*(du lundi au vendredi de 8 h 30 à 12 h 30).*

# Alerte

Lorsqu'un acheteur public retient une procédure formalisée en deçà des seuils réglementaires, il ne peut se soustraire aux principes généraux de la commande publique et s'affranchir de certaines règles qui lui paraîtraient trop contraignantes. Il est obligé de se tenir au strict respect de la procédure dans son intégralité sous peine d'engager sa responsabilité pénale pour favoritisme (Cour d'appel de Montpellier, 22 novembre 2012, n° 1718). En outre, le délit de favoritisme peut être caractérisé sans qu'il soit nécessaire de démontrer que l'acheteur ait voulu favoriser le candidat retenu :

*« L'élément intentionnel du délit de favoritisme est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public »* (Cour de cassation, chambre criminelle, 14 décembre 2011, n° 11-82854). Ainsi, pour caractériser l'élément intentionnel du délit, il suffit que l'acheteur ait sciemment violé une disposition du Code de la commande publique sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'il ait voulu favoriser un candidat au détriment d'un autre. Et nul n'est censé ignorer la loi ! Encore moins des élus et des fonctionnaires présumés aguerris aux procédures de marché public. Attention : contrairement au délit de corruption, il n'est pas nécessaire de démontrer une entente préalable entre l'acheteur et l'attributaire.

## Condamnation d'un maire pour avoir favorisé une entreprise locale pour l'impression du bulletin municipal

Tout juste élu, un maire veut redonner un coup de jeune au bulletin municipal de la commune (moins de 5 000 habitants). Un appel d'offres est lancé. Deux entreprises répondent : la première est locale, la seconde est implantée hors du territoire communal. L'offre de l'entreprise locale est plus chère pour une impression en quadrichromie mais moins chère pour une version en noir et blanc.

C'est cette seconde option qui est retenue pour l'offre de l'entreprise locale. Mais quelques jours avant l'impression, les élus se ravisent et demande à l'imprimeur local une impression en couleur... L'adjoint au maire demande à l'imprimeur de gonfler les factures initiales (d'un montant total de 1 800 € HT) et de produire deux facturations séparées pour **« que ça passe en comptabilité »**. Bien que réticent, l'imprimeur s'exécute. L'opposition municipale dénonce les faits au procureur de la République, ce qui vaut au maire et à l'adjoint des poursuites pour favoritisme, l'imprimeur étant pour sa part poursuivi pour recel, etc.

Le tribunal correctionnel condamne les deux élus à 2 000 € d'amende et l'imprimeur à 1 000 € d'amende. Sur appel du maire, la cour d'appel confirme la condamnation. Pour sa défense, l'élu faisait principalement valoir que le délit de favoritisme ne pouvait être retenu au stade de l'exécution du marché. L'argument est écarté : **« peu importe (au vu de l'article 432-14 du Code pénal) que l'avantage injustifié ait été attribué en dehors de tout appel d'offres lorsque cette procédure doit être suivie, au cours de la procédure d'appel d'offres ou après celle-ci, lors de la mise à exécution des dispositions prises sur l'appel d'offres, l'article ne précisant pas à quel moment l'attribution de l'avantage injustifié doit intervenir pour caractériser l'infraction »**.

Les moyens soulevés par l'élu à l'appui de son pourvoi sont écartés par la Cour de cassation qui s'en remet à l'appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause par les juges du fond. La volonté compréhensible des élus de privilégier les emplois locaux est difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des candidats dans les marchés. Ce qui ne veut pas dire bien entendu qu'il est impossible de retenir une entreprise locale mais son offre doit être effectivement la mieux-disante. Cour de cassation, chambre criminelle, 22 janvier 2014, n° 13-80759

## Une commune peut-elle engager sa responsabilité pénale pour « favoritisme » ?

Depuis 1994, les collectivités territoriales peuvent engager leur responsabilité pénale en leur qualité de personne morale (ce qui n'exclut pas des poursuites concomitantes contre des personnes physiques). D'abord limitée à certaines infractions, la responsabilité pénale des personnes morales a été étendue à toutes les infractions. Avec une limite importante s'agissant des collectivités territoriales et de leurs groupements : leur responsabilité pénale ne peut être engagée pour **« des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public »** (article 121-2 du Code pénal). Ce qui a conduit la Cour de cassation (Cour de cassation, chambre criminelle, 19 décembre 2018, n° 18-81328) à exclure des poursuites possibles contre une collectivité territoriale pour favoritisme, la décision d'attribution d'un marché public ne pouvant pas faire l'objet d'une convention de délégation de service public au sens de l'article 121-2 du Code pénal. Autant dire qu'en la matière, seule la responsabilité pénale des personnes physiques (élus, agents, personnes participant à l'élaboration ou à l'attribution du marché public) peut être recherchée.

## EXEMPLES DE CONDAMNATIONS

- Maire qui attribue un marché public d'aménagement d'un chemin à une entreprise contre l'avis de la commission d'appel d'offres qui estimait plus pertinente l'offre d'un concurrent (Cour de cassation, chambre criminelle, 2 septembre 2014).
- Maire qui favorise une entreprise pour réaliser les travaux d'extension du cimetière communal en ayant conscience que l'offre était inadaptée, afin de pouvoir, ensuite, justifier le recours à l'entreprise d'un proche avant de réaliser, lui-même, une partie des travaux en sa qualité d'artisan (Cour de cassation, chambre criminelle, 17 avril 2019).
- Maire et directeur général des services (DGS) qui passent des marchés portant sur des études financières et sur l'organisation de spectacles sans appel d'offres pour un montant total de plus de 700 000 € (Cour d'appel de Nîmes, 17 janvier 2019).
- Maire qui ne retient pas la meilleure offre dans l'attribution d'un marché public de gestion des déchets verts (Cour d'appel de Saint-Denis, 21 janvier 2015).
- Maire qui « saucissonne » un marché de traitement des déchets en trois tranches (stockage, fermeture de la décharge et élimination des déchets) pour éviter le franchissement du seuil de déclenchement de la procédure d'appel d'offres (Cour d'appel de Papeete, 5 octobre 2017).
- Maire qui a recours à des artisans sans mise en concurrence pour des travaux pour le compte de la commune (Cour d'appel d'Amiens, 6 avril 2017).
- Maire et directeur général des services d'une commune qui concluent trois contrats de cession du droit d'exploitation de spectacles avec une SARL, sans respect de la procédure adaptée des marchés publics, alors que le montant global hors taxes des contrats dépassait le seuil de déclenchement (Cour d'appel de Bordeaux, 25 septembre 2018).

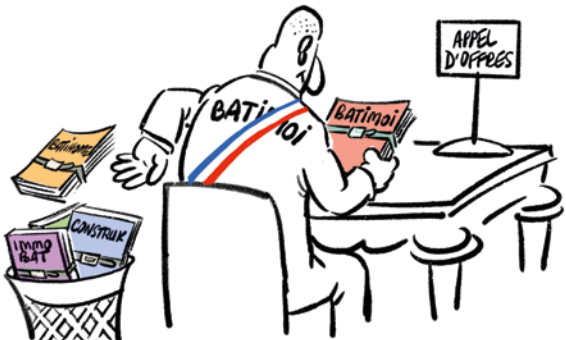
*Les arrêts de cour d'appel ne sont pas tous définitifs et peuvent encore faire l'objet d'une annulation en cassation. Les élus et fonctionnaires poursuivis bénéficient toujours de la présomption d'innocence.

## 6.2

# RESPECTER ET PROMOUVOIR LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Au-delà du domaine des marchés publics, l'impartialité et la transparence doivent guider toute prise de décision publique. C'est notamment le cas pour l'accès aux services publics, à la fonction publique et dans la gestion des ressources humaines. Le devoir d'exemplarité des élus s'applique aussi à l'égard des agents qui travaillent au service de la collectivité. C'est ce que rappelle le Code de conduite européen des élus locaux (publié en annexe) lequel insiste sur le nécessaire respect réciproque de tous les acteurs (article 6) et souligne l'importance des principes du mérite et du professionnalisme comme guides de la gestion des ressources humaines (article 7).

En droit interne, l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prohibe les discriminations entre les fonctionnaires **«en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race (...)»**.




## Alerte

La discrimination est un délit passible, en vertu de l'article 225-2 du Code pénal, de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende lorsqu'elle consiste :

1. à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
2. à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
3. à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
4. à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à un critère discriminatoire ;
5. à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition discriminatoire ;
6. à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2. de l'article L.412-8 du Code de la Sécurité sociale.

Lorsque le refus de fourniture d'un bien ou d'un service (1.) est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende.

Ainsi a été condamné pour discrimination le président d'une communauté de communes qui, prétextant une réorganisation des services, a refusé de renouveler le CDD d'un agent dont le frère s'était engagé politiquement contre lui. L'élu a été condamné à six mois d'emprisonnement avec sursis, 15 000 € d'amende, et à trois ans d'inéligibilité. Au civil l'élu devra verser 20 000 € de dommages-intérêts au plaignant (Cour de cassation, chambre criminelle, 21 juin 2016, n° 15-80.365).

# À RETENIR !

1. S'informer et demander conseil en amont de la prise de décision
2. Sensibiliser les agents et les élus sur le respect des règles de la commande publique
3. Rédiger clairement les cahiers des charges
4. Évaluer la procédure d'achat
5. Ne pas jouer avec les seuils
6. Toujours être en mesure de justifier ses choix de manière objective
7. Traiter les candidats sur un pied d'égalité
8. Assurer la transparence des procédures
9. Retenir l'offre la mieux-disante

# ÊTRE STRICT RELATIONS

# 7

# DANS LES AVEC LES PARTENAIRES

Exercer son mandat avec diligence, probité et intégrité suppose aussi de veiller aux relations avec les co-contractants et les tiers qui sont en relation avec la collectivité. La notion de corruption renvoie à de multiples situations qu'il convient de bien cerner pour adopter les bons comportements et éviter de se placer en porte-à-faux.

## 7.1

# CONNAÎTRE LES CONTOURS DE LA CORRUPTION ET DU TRAFIC D'INFLUENCE

Les poursuites pour corruption et trafic d'influence représentent 10 % des motifs de poursuites engagées contre les élus locaux pour manquements au devoir de probité.

L'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale a recensé un peu moins de 200 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et avril 2019.

***Article 432-11 du Code pénal :***

*Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :*

*1° soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;*

*2° soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.*

*La peine d'amende est portée à 2 000 000 € ou, s'il excède ce montant, au double du produit de l'infraction, lorsque les infractions prévues au présent article portent atteinte aux recettes perçues, aux dépenses exposées ou aux avoirs qui relèvent du budget de l'Union européenne, des budgets des institutions, organes et organismes de l'Union européenne ou des budgets gérés et contrôlés directement par eux et qu'elles sont commises en bande organisée.*

L'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale a recensé un peu moins de 200 élus locaux poursuivis de ce chef entre 1995 et avril 2019.

### Corruption

- La personne publique obtient un avantage ou une somme d'argent en échange de son intervention ou de son abstention pour un acte qui relève de sa compétence.
- En d'autres termes, le corrompu s'engage à faire ou ne pas faire un acte qui relève de ses fonctions ou mandats en échange d'une contrepartie, quelle qu'elle soit, que lui procure le corrupteur.
- On parle de corruption passive du côté de la personne corrompue et de corruption active en ce qui concerne la personne corruptrice. Peu importe qui a pris l'initiative de la corruption.

### Trafic d'influence

- L'élu se présente comme un intermédiaire dont l'influence réelle ou supposée permettrait d'obtenir un avantage ou une décision favorable d'une personne publique, influence qui donne lieu à une contrepartie.
- Il promet ainsi d'user de son influence pour obtenir une faveur d'une personne publique. En contrepartie, il perçoit un avantage. C'est donc le rôle d'intermédiaire qui est monnayé puisque la personne publique n'accomplira pas elle-même l'acte demandé.

- Les juges doivent bien rechercher les éléments attestant **« d'actes abusifs d'entremise auprès d'une autorité ou d'une administration publique en vue de faire obtenir des faveurs »**. À défaut, il n'y a pas d'infraction. (Cour de cassation, chambre criminelle, 5 décembre 2018).
- On distingue le trafic d'influence passif (du côté du corrompu), du trafic d'influence actif (du côté du corrupteur).

## Alerte

Peu importe que la personne corrompue respecte ou non son engagement ou que l'influence qu'elle monnaye soit hypothétique, inopérante voire inutile : le simple fait de s'entendre sur une intervention en échange d'une contrepartie est condamnable.

## Pacte de corruption

Pour qu'il y ait corruption ou trafic d'influence, il faut une entente, un pacte entre un corrupteur et un corrompu. Jusqu'à l'adoption de la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000, il était nécessaire de démontrer l'antériorité du pacte de corruption sur l'acte ou l'abstention qu'il avait pour objet de rémunérer. Ce n'est plus le cas. Cependant, même avant l'adoption de cette loi, la Cour de cassation estimait que le caractère d'antériorité de la convention conclue entre le corrupteur et le corrompu résultait suffisamment du fait que les avantages reçus avaient été consentis de façon régulière ou réitérés durant la période pendant laquelle avaient été commis les faits constitutifs de corruption. Elle en déduisait que les avantages ainsi octroyés avaient nécessairement précédé les agissements du corrupteur et déterminé le corrompu.

Toujours est-il que le pacte de corruption ne doit pas nécessairement être explicite entre les parties. Il peut se déduire d'éléments de fait notamment de la concomitance entre l'obtention de marchés et les avantages octroyés. C'est ainsi qu'un dirigeant d'entreprise a été reconnu coupable de corruption active pour avoir vendu à des fonctionnaires des objets à des prix très avantageux et pour les avoir invités à plusieurs reprises au restaurant, les juges relevant que, dans le même temps, il a obtenu, par l'intermédiaire de ces agents, de nombreux marchés de fourniture et de maintenance (Cour de cassation, chambre criminelle, 10 mars 2004).

# Alerte

Le Code pénal vise expressément *« des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques »*. Il faut donc entendre le terme de contrepartie au sens large. Ce peut être bien sûr une somme d'argent, mais également un avantage en nature ou une chose immatérielle que l'agent public n'obtient que parce qu'il a fait une promesse.

## EXEMPLES

- Voyage, emploi pour un proche, ristourne sur des produits, prêts de matériels ou de personnels d'une entreprise, travaux non facturés, etc.
- Dans une affaire jugée en 2004 (Cour de cassation, chambre criminelle, 10 mars 2004), la Cour de cassation a confirmé à cet égard que de « menus cadeaux » (en l'espèce une bâche en nylon et un filet brise-vent pour une valeur maximale de 100 €) peuvent suffire à caractériser la corruption dès lors qu'ils ont été donnés « dans le seul but de faire bénéficier par l'intermédiaire de cet agent de plusieurs commandes ou achats sur factures ».
- Ainsi, ce qui compte, c'est moins l'importance du cadeau que l'intention du donateur : celui-ci cherche-t-il, par son don, à obtenir une faveur ? Comme par ailleurs cette intention peut se déduire de l'obtention concomitante d'un marché, autant dire qu'élus et fonctionnaires doivent être vigilants : invitations au restaurant, cadeaux, rabais concédés pour des achats personnels… peuvent caractériser autant d'indices accréditant a posteriori l'existence d'un pacte de corruption.
- En l'espèce, la Cour de cassation a approuvé les premiers juges d'avoir condamné l'un des fournisseurs en relevant que « ce dernier a invité au restaurant un certain nombre de préparateurs de commandes ou acheteurs (…), qu'il leur a offert divers objets et qu'il a, dans le même temps, bénéficié, par l'intermédiaire de ces agents, de plusieurs commandes ». Dès lors, « il est manifeste que le prévenu n'a versé ces avantages auxdits agents qu'en considération de l'influence réelle ou supposée qu'il leur prêtait dans l'attribution des commandes ou marchés relevant de leurs compétences ».

# Alerte

Il est recommandé aux collectivités territoriales d'adopter des règles claires (lesquelles peuvent être incorporées dans le « code de bonne conduite » - ou la « charte de déontologie » - déjà évoqués) pour les avantages directs ou indirects et les cadeaux offerts aux élus et aux agents en rappelant :

1° que les cadeaux protocolaires doivent rester à la disposition de la collectivité et ne sont pas la propriété des élus auxquels ils ont été remis ;

2° que doivent être refusés les cadeaux (quel que soit leur montant) des entreprises candidates à un marché public ou qui tendent à influencer une décision.

Certaines collectivités tolèrent la remise de cadeaux dits traditionnels dont la valeur n'excède pas un certain montant (ex : 75 €). Il faut alors contraindre, a minima, les élus et les agents à être transparents et à déclarer annuellement les cadeaux reçus au référent déontologue, et ne pas hésiter à revoir le dispositif si des abus sont mis au jour.

Quant aux repas au restaurant avec des entreprises, le plus simple est de clairement signifier aux interlocuteurs de la collectivité que chacun paye sa part.

## EXEMPLES DE CONDAMNATIONS

- Président d'une communauté de communes qui a touché des pots-de-vin contre l'attribution d'une douzaine de marchés publics passés par l'EPCI et par une société d'économie mixte (SEM) qu'il préside. Les juges retiennent également que les sommes remises étaient destinées à financer son train de vie et ses campagnes électorales. (Cour de cassation, chambre criminelle, 12 septembre 2018)
- Directeur général des services (DGS) et directeur de cabinet du maire d'une commune, qui, dans le cadre d'une affaire d'achat d'œuvres d'art par l'ancien maire (décédé) de la commune, sollicitaient des promoteurs ou agents immobiliers pour acheter des œuvres et les laisser à disposition du maire. Le DGS et le directeur de cabinet ont obtenu du maire, en sus de leur emploi à la mairie, des postes rémunérés de directeur de l'Epic Office du tourisme et de directeur de station balnéaire (Cour de cassation, chambre criminelle, 27 juin 2018).
- Directeur général des services (DGS) qui a bénéficié des largesses (déjeuners dans des restaurants gastronomiques) d'une entreprise en échange d'informations pour l'attribution d'une délégation pour la restauration scolaire. (Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juin 2014)
- Maire et président d'une communauté de communes qui s'est fait remettre 140 000 € par une société, sous couvert de la vente fictive d'un terrain, en contrepartie de son influence exercée sur la communauté de communes afin qu'elle attribue à cette société un marché (Cour de cassation, chambre criminelle, 28 septembre 2016).
- Salarié d'une société d'économie mixte (SEM) compétente pour la construction et la location de logements dans un département qui a demandé à des entrepreneurs qui soumissionnaient aux marchés publics lancés par la SEM de lui remettre des sommes d'argent en échange d'informations privilégiées sur lesdits marchés ou d'une présentation favorable de leur candidature. (Cour de cassation, chambre criminelle, 14 janvier 2015).

## 7.2

# SAVOIR IDENTIFIER LES REPRÉSENTANTS D'INTÉRÊTS

Depuis le 1er juillet 2017 (consécutivement à la loi Sapin 2 n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 qui a modifié en ce sens la loi du 11 octobre 2013), les représentants d'intérêts sont tenus de s'inscrire sur un répertoire numérique, dans lequel ils doivent donner des informations sur leur organisation, leurs actions de lobbying et les moyens qui y sont consacrés. Ce répertoire, géré par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, fournit une information aux citoyens sur les relations entre les représentants d'intérêts et les responsables publics lorsque sont prises des décisions publiques[4]. À compter du 1er juillet 2021[5], ce registre sera étendu à l'échelon territorial et les représentants d'intérêts devront donc déclarer leurs actions de lobbying effectuées auprès des élus locaux.

### Qui peut être considéré comme représentant d'intérêts ?

Les personnes morales de droit privé, les établissements publics ou groupements publics exerçant une activité industrielle et commerciale, les organismes mentionnés au chapitre Ier du titre Ier du livre VII du Code de commerce et au titre II du Code de l'artisanat, dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire en entrant en communication avec :

1. un membre du gouvernement, ou un membre de cabinet ministériel ;
2. un député, un sénateur, un collaborateur du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat, d'un député, d'un sénateur ou d'un groupe parlementaire, ainsi qu'avec les agents des services des assemblées parlementaires ;
3. un collaborateur du président de la République ;
4. le directeur général, le secrétaire général, ou leur adjoint, ou un membre du collège ou d'une commission investie d'un pouvoir de sanction d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante ;
5. une personne titulaire d'un emploi ou d'une fonction à la décision du gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres ;
6. les élus locaux, les directeurs, les directeurs adjoints et chefs de cabinet des autorités territoriales qui sont soumis à une obligation de déclaration de patrimoine et d'intérêts ;
7. les cadres de la fonction publique soumis à l'obligation de déclaration de patrimoine.

[4] Pour plus d'informations, consultez le site de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (www.hatpv.fr : « l'encadrement du lobbying »).

[5] Initialement la date avait été fixée au 1er juillet 2018 mais elle a été reportée par l'article 65 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

Les personnes physiques qui ne sont pas employées par une personne morale visée mais qui exercent à titre individuel une activité professionnelle répondant aux mêmes critères.

Ne sont pas considérés comme des représentants d'intérêts :

- les élus locaux, dans l'exercice de leur mandat ;
- les associations représentatives des élus dans l'exercice des missions prévues dans leurs statuts ;
- les partis et groupements politiques ;
- les organisations syndicales.

## Alerte

En cas de manquements à leurs obligations déclaratives, les représentants d'intérêts s'exposent à des sanctions pénales (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende). La Haute autorité a déjà procédé à des contrôles pour identifier les représentants d'intérêts non inscrits et a rendu publique la liste des représentants n'ayant pas rempli leurs obligations déclaratives.

Le décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 liste en annexe les actions de représentations d'intérêts visant à influencer une décision publique. Cette liste non limitative est instructive quant aux éléments qui peuvent être pris en compte comme étant du lobbying :

- organiser des discussions informelles ou des réunions en tête-à-tête ;
- convenir pour un tiers d'une entrevue avec le titulaire d'une charge publique ;
- inviter ou organiser des évènements, des rencontres ou des activités promotionnelles ;
- établir une correspondance régulière (par courriel, par courrier, etc.) ;
- envoyer des pétitions, lettres ouvertes, tracts ;
- organiser des débats publics, des marches, des stratégies d'influence sur internet ;
- organiser des auditions, des consultations formelles sur des actes législatifs ou d'autres consultations ouvertes ;
- transmettre des suggestions afin d'influencer la rédaction d'une décision publique ;
- transmettre aux décideurs publics des informations, expertises dans un objectif de conviction.

## Info pratique

**La Haute autorité pour la transparence de la vie publique a publié des lignes directrices qui permettent de mieux comprendre la teneur et le champ de ces obligations.**

## 7.3

# BIEN CHOISIR ET ÉVALUER SES PARTENAIRES

Pour limiter les atteintes et les manquements à la probité, l'Afa recommande aux collectivités territoriales de mettre en place des procédures d'évaluation des tiers avec lesquelles elles entretiennent des relations contractuelles ou partenariales.

Il s'agit de toutes les personnes avec qui l'acteur public va être en relation :

- fournisseurs et leurs sous-traitants ;
- associations subventionnées ;
- bénéficiaires d'aides individuelles versées par la collectivité ;
- organismes « satellites » (sociétés d'économie mixte, agences, etc.) ;
- partenaires ou mécènes ;
- usagers du service public ;
- tout acteur privé ou public avec lequel l'organisme est en relation dans le cadre de ses missions.

Lorsque la relation avec le tiers est jugée à risques, l'Afa recommande :

- la constitution de binômes pour suivre la relation avec le tiers ;
- la validation par un niveau hiérarchique afin de s'assurer que les rapports ne sont pas viciés ;
- des mécanismes de contrôle interne ou d'audit pour assurer le respect de la charte de bonne conduite (déjà évoquée précédemment).

## Alerte

Les habitudes ne sont pas toujours bonnes conseillères. Le fameux « on a toujours fait comme ça sans que cela pose problème » n'est pas une garantie absolue. Et le juge, s'il est saisi, sera peu enclin à y voir une cause d'exonération.

### Causes d'exclusion d'un candidat

Le Code de la commande publique (article L.2141-1 et suivants) définit un certain nombre de causes d'exclusion des candidats à un marché public. Il distingue les causes d'exclusion de plein droit des causes d'exclusion qui sont soumises à l'appréciation de l'acheteur public.

Doivent ainsi être exclus de plein droit de l'accès à la commande publique :

- les candidats qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour certaines infractions (notamment pour escroquerie, corruption, recel de favoritisme, etc.). Cette interdiction s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation à moins que le juge ait prononcé une durée différente ;
- les candidats qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles ;
- les candidats soumis à une procédure de liquidation judiciaire, à une mesure de faillite personnelle ou une interdiction de gérer ou admis à la procédure de redressement judiciaire ;

- les candidats qui ont été sanctionnés pour ne pas avoir respecté certaines dispositions du Code du travail (recours à du travail dissimulé notamment) ;
- les candidats qui n'ont pas engagé, au moins une fois tous les quatre ans, les négociations sur la rémunération, le temps de travail, le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise, ou sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- les candidats condamnés à une peine d'exclusion des marchés publics ;
- les candidats qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L.8272-4 du Code du travail réprimant le travail illégal.

Certaines causes d'exclusion sont laissées à l'appréciation de l'acheteur public qui peut sanctionner :

- la commission d'un manquement grave ou persistant à des obligations contractuelles au cours de l'exécution de précédents marchés (limitée aux trois années précédentes) ;
- des tentatives d'influence sur le processus de sélection ;
- la détention d'informations confidentielles susceptibles de conférer un avantage anticoncurrentiel, obtenues grâce à la participation à la préparation de la procédure ;
- l'existence d'indices graves, sérieux et concordants d'ententes ;
- l'existence d'un conflit d'intérêts.

Avant d'exclure le candidat, l'acheteur public doit, dans ces hypothèses, respecter une procédure contradictoire et mettre le candidat à même de présenter ses observations pour prouver qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment constatés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. Si la collectivité n'est pas convaincue par la réponse apportée, elle peut alors prononcer l'exclusion du candidat.

Le Conseil d'État dans un arrêt du 24 juin 2019 (n° 428866) a ainsi reconnu la possibilité pour une collectivité territoriale d'exclure un candidat en raison de son comportement passé dans un précédent marché. Un dirigeant de fait de l'entreprise avait, en effet tenté d'influer indûment le processus décisionnel d'attribution des marchés publics. Avant de prendre cette décision, la collectivité a, comme elle y était tenue, invité l'entreprise à présenter ses observations et les mesures correctrices prises depuis ces tentatives. Non convaincue par les éléments de réponse, la collectivité a exclu la candidature de l'entreprise. Le Conseil d'État précise que cette possibilité ouverte aux acheteurs publics ne concerne pas uniquement des tentatives d'influence sur le marché en cours de passation, mais peut aussi concerner des faits portant sur des marchés antérieurs.

# À RETENIR !

1. Adopter des règles claires pour les cadeaux et invitations
2. Être vigilant aux ristournes et faveurs commerciales proposées aux élus et aux agents pour leurs achats personnels par des entreprises qui travaillent pour le compte de la collectivité
3. Évaluer les partenaires
4. Rencontrer les tiers « à risque » en binôme
5. Rédiger un compte-rendu après les rencontres avec les entreprises
6. Exclure les candidats (en respectant la procédure contradictoire) qui ont tenté d'influencer la procédure d'achat public
7. Promouvoir des bonnes pratiques et les communiquer aux tiers

## Annexe 1

# ZOOM SUR LE RÉGIME DE PRESCRIPTION DES INFRACTIONS PÉNALES

Pour toutes les infractions évoquées dans ce guide, les règles relatives à la prescription de l'action publique sont identiques :

**Durée**

6 ans pour les délits

**Point de départ**

Le jour de la commission de l'infraction

Pour les crimes, le délai de prescription de droit commun est de 20 ans (30 ans à compter de la commission des faits pour les crimes occultes ou dissimulés). **Attention** : le faux en écriture publique, commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, est un crime passible de 15 ans de réclusion criminelle et de 225 000 € d'amende (article 441-4 alinéa 3 du Code pénal). D'où la particulière rigueur à observer dans la rédaction des procès-verbaux des conseils municipaux et communautaires (attention notamment à la pratique dite des « décisions rattachées » consistant à inscrire au procès-verbal des délibérations qui n'ont pas formellement été adoptées en séance).

## Alerte

Pour les infractions dites « occultes » infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire ou « dissimulées » (infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte), le point de départ de la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, soit, en pratique, le jour où les faits ont été découverts ou dénoncés (article 9-1 du Code de procédure pénale). Cela peut donc repousser le délai de manière conséquente si les faits sont découverts longtemps après leur commission, notamment à la faveur d'un changement de majorité municipale. Le législateur (loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale) a cependant fixé une date butoir : en matière délictuelle le délai de prescription ne peut excéder de 12 années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.

## Annexe 2

# ZOOM SUR LA PEINE D'INÉLIGIBILITÉ

L'article 131-26-2 du Code pénal, inséré depuis la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, prévoit le prononcé obligatoire, pour tous les crimes et pour une série de délits mentionnés à cet article (dont les manquements au devoir de probité évoqués dans ce guide), de la peine complémentaire d'inéligibilité.

Il appartient au juge de prononcer explicitement cette peine et d'en fixer la durée. Toutefois, il peut écarter expressément le prononcé de cette peine, par une décision spécialement motivée, en considération des circonstances de l'infraction ou de la personnalité de son auteur.

Une circulaire du 21 septembre 2017 (NOR : JUSD1726581C) rappelle que le Conseil constitutionnel (Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, loi pour la confiance dans la vie politique) a précisé que la peine obligatoire d'inéligibilité encourue pour les délits visés par la loi ne saurait entraîner de plein droit l'interdiction ou l'incapacité d'exercer une fonction publique. Il appartient au juge pénal d'apprécier au cas par cas si la peine obligatoire d'inéligibilité doit être accompagnée de l'interdiction ou de l'incapacité d'exercer une fonction publique.

## Alerte

Un élu condamné à une peine d'inéligibilité en cours de sa mandature ne peut rester en fonction. En effet, sur le fondement d'une condamnation définitive à une peine d'inéligibilité (ou d'une condamnation non définitive dont le juge pénal a décidé l'exécution provisoire), le préfet est tenu de déclarer l'élu démissionnaire d'office. Le Conseil d'État (20 juin 2012, n° 356865) l'a rappelé s'agissant d'un maire et conseiller communautaire condamné en première instance des chefs de favoritisme et de détournement de biens publics (pour avoir favorisé une entreprise dans l'attribution d'un marché public en lui confiant la rédaction du cahier des charges et pour avoir confié à des fonctionnaires municipaux la réalisation de travaux à son domicile) : « Dès lors qu'un conseiller municipal ou un membre de l'organe délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale se trouve, pour une cause survenue postérieurement à son élection, privé du droit électoral en vertu d'une condamnation devenue définitive ou d'une condamnation dont le juge pénal a décidé l'exécution provisoire, le préfet est tenu de le déclarer démissionnaire d'office ».

## Annexe 3

# PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS AU SEIN DE LA SPHÈRE LOCALE

| | |
|---|---|
| Obligation d'abstention et de déport en situation de conflits d'intérêts | • Article 2, loi ordinaire du 11 octobre 2013<br>• Article L.1111-1-1 3° du CGCT<br>• Décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 |
| Obligation de déclaration auprès de la HATVP | • Articles 4 et 11, loi du 11 octobre 2013<br>• Décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013<br>• Article 8, loi ordinaire du 15 septembre 2017 |
| Interdiction de recours aux emplois familiaux<br>Obligation d'information de la HATVP | • Article 15, loi ordinaire du 15 septembre 2017<br>• Articles 16 à 19 (application pour la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie Française) |
| Mise en place d'un répertoire des représentants d'intérêts | • Article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013 modifiée (loi du 9 décembre 2016)<br>• Décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 (annexe 3) |
| Mise en place d'un recueil des alertes éthiques pour les collectivités territoriales de plus de 10 000 habitants (depuis le 1er janvier 2018) | • Article 8 III, loi du 9 décembre 2013<br>• Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 |

## Annexe 4

# PUBLICITÉ, CONTRÔLE ET CONSERVATION DES DÉCLARATIONS D'INTÉRÊTS DES ÉLUS LOCAUX

| | |
|---|---|
| Régime de la déclaration d'intérêts | • Élus visés au 2° et 3° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 |
| Modèles types de déclaration | • Annexes 1 à 4, décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 |
| Mode de transmission de la déclaration d'intérêts | • Télé-déclaration (dispositif ADEL) depuis le 15 octobre 2016, décret n° 2016-570 du 11 mai 2016 |
| Durée de conservation de la déclaration d'intérêts et de situation patrimoniale | • Article 5 décret du 23 décembre 2013 (expiration d'un délai de cinq ans à compter de la fin du mandat) |
| Publicité de la déclaration d'intérêts | • OUI |
| Appréciation de la HATVP jointe à la déclaration d'intérêts | • NON |
| Vérification de la déclaration de situation d'intérêts | • Articles 20 et 22, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Injonction aux fins de dépôt d'une déclaration d'intérêts | • Articles 4 § V et 11 § V, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Injonction pour compléter ou fournir des explications sur la déclaration d'intérêts | • Articles 4 § V et 11 § V, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Analyse de la déclaration d'intérêts | • Article 20, §1, 2°, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Injonction pour mettre fin à une situation de conflit d'intérêts | • Article 10 et 20 de la loi du 11 octobre 2013 modifiée |

## Annexe 5

# PUBLICITÉ, CONTRÔLE ET CONSERVATION DES DÉCLARATIONS DE SITUATION PATRIMONIALE DES ÉLUS LOCAUX

| | |
|---|---|
| Régime de la déclaration de situation patrimoniale | • Élus visés au 2° et 3° du I de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 |
| Modèles types de déclaration | • Annexes 1 à 4, D n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 |
| Mode de transmission de la déclaration de situation patrimoniale | • Télé-déclaration (dispositif ADEL) depuis le 15 octobre 2016, décret n° 2016-570 du 11 mai 2016 |
| Durée de conservation de la déclaration de situation patrimoniale | • Article 5 décret du 23 décembre 2013 (expiration d'un délai de cinq ans à compter de la fin du mandat) |
| Publicité de la déclaration de situation patrimoniale | • Non : à la différence des déclarations des ministres (consultables en ligne sur le site de la HATVP) et de celles des parlementaires (consultables en préfecture), les déclarations de situation patrimoniale des élus locaux ne sont ni publiques, ni consultables. |
| Appréciation de la Haute autorité de transparence de la vie publique jointe à la déclaration de situation patrimoniale | • Non |
| Vérification des déclarations de situation patrimoniale | • Articles 20 et 22, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Injonction aux fins de dépôt d'une déclaration de situation patrimoniale | • Article 4 § V et article 11 § V, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Injonction pour compléter ou fournir des explications sur la déclaration de situation patrimoniale | • Article 4 § V et article 11 § V, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Rapport spécial publié sur la variation de la situation patrimoniale avec information du parquet | • Articles 6, 7 et 11 § V, loi du 11 octobre 2013 modifiée |
| Saisine du parquet sur évolution de la situation patrimoniale | • Articles 7 et art 11 § V, loi du 11 octobre 2013 modifiée<br>• Article 40 du Code de procédure pénale (principe général) |

## Annexe 6

# CODE DE CONDUITE EUROPÉEN POUR TOUTES LES PERSONNES PARTICIPANT À LA GOUVERNANCE LOCALE ET RÉGIONALE

*(Adopté par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, le 7 novembre 2018)*

### I – But et portée

**Article 1 - Objet du Code**
Le présent Code a pour objet de promouvoir l'intégrité de la gouvernance publique, en énonçant les principes et les normes de conduite attendus de tous les acteurs.

**Article 2 - Portée du Code**
Le présent Code s'applique à tous les acteurs participant à la gouvernance publique locale et régionale.

### II – Principes généraux

**Article 3 - Primauté du droit**
Tous les acteurs doivent, en tout temps, agir conformément à la loi et servir l'intérêt général.

**Article 4 - Responsabilité**
Tous les acteurs sont responsables de leurs décisions et actions et doivent être prêts à les justifier de manière détaillée.

**Article 5 - Transparence**
Tous les acteurs doivent favoriser la transparence, l'ouverture et la visibilité de leurs activités, notamment pour l'adoption de politiques et de décisions, la communication et la participation. Tous les acteurs doivent répondre de manière diligente, honnête et exhaustive à toute demande d'informations émanant du public. Ils doivent défendre le droit de chacun de posséder, de recevoir et de communiquer ces informations sans aucune ingérence.

L'exercice de ces libertés peut être assujetti à des conditions, restrictions ou sanctions. Chaque fois qu'une telle situation se produit, les raisons doivent en être expliquées et prévues par la loi.

**Article 6 - Respect de la non-discrimination**
Tous les acteurs doivent se respecter entre eux. Ils œuvrent activement à l'établissement d'une culture non discriminatoire d'équité et de tolérance tenant compte de la diversité.

**Article 7 - Mérite**
La gestion des ressources humaines doit être guidée par les principes du mérite et du professionnalisme.

**Article 8 - Impartialité**
Tous les acteurs doivent faire preuve d'impartialité lors de l'adoption de décisions et de mesures et éviter toute forme de préjugé et de favoritisme, y compris le népotisme.

**Article 9 - Conflits d'intérêts**
Tous les acteurs doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun conflit – ni aucune apparence de conflit – entre leurs affaires privées et leurs obligations publiques.

Les politiques relatives aux conflits d'intérêts doivent être guidées par les principes de transparence et de responsabilité.

Tous les acteurs doivent se conformer aux dispositions de la législation en vigueur exigeant que leurs intérêts personnels directs ou indirects, leurs autres mandats, fonctions ou occupations professionnelles, ou toute modification de leurs actifs ou passifs soient rendus publics et contrôlés.

### III – Obligations spécifiques

**Article 10 - Corruption et fraude**
Tous les acteurs doivent s'abstenir d'abuser d'une fonction publique à des fins de gain personnel et de détourner des fonds publics.

**Article 11 - Passation de marchés publics**
À tous les stades du cycle de la passation

des marchés publics, les décisions et actions doivent être guidées par des procédures équitables, claires et ouvertes ainsi que par le droit de regard de la commission des marchés publics sur toute décision. Les soumissionnaires doivent se comporter de manière responsable et équitable et s'abstenir de toute influence indue sur le processus d'appel d'offres.

### Article 12 - Pantouflage

Dans l'exercice de leurs fonctions, les acteurs ne peuvent pas prendre de mesures leur accordant un avantage personnel et/ou professionnel dont ils bénéficieront après avoir quitté leurs fonctions.

## IV – Institutions et procédures

### Article 13 - Mécanismes pour une mise en œuvre effective

Toutes les organisations participant à la gouvernance locale et régionale doivent avoir une politique expresse d'intégrité, constituée de procédures et d'institutions destinées à soutenir et garantir l'intégrité publique.
Cette politique doit inclure des programmes d'éducation et des sessions de formation appropriés.
Elle doit aussi prévoir l'offre d'un soutien et de conseils appropriés permettant à chacun de faire face aux dilemmes éthiques et aux risques pour l'intégrité.

### Article 14 - Signalement

Chaque organisation participant à la gouvernance locale et régionale doit disposer d'une procédure pour le signalement des soupçons d'acte répréhensible.
Cette procédure doit au minimum inclure les éléments suivants :

**a.** une description d'un soupçon d'acte répréhensible ;
**b.** la manière dont le signalement est traité et enregistré ;
**c.** une possibilité institutionnelle pour les employés de consulter un conseiller confidentiel sur les soupçons d'acte répréhensible ;
**d.** la désignation de responsable(s) ou d'institution(s) auxquels le soupçon d'acte répréhensible peut être signalé ;
**e.** l'obligation de traiter le signalement de manière confidentielle, si l'auteur du signalement le demande ;
**f.** l'obligation de traiter le signalement dans un délai raisonnable et de tenir son auteur informé des suites données.

Toute organisation participant à la gouvernance locale et régionale est tenue de fournir à ses employés un document écrit sur la procédure susmentionnée. L'organisation fournit aussi des informations sur :

**a.** Les circonstances dans lesquelles un soupçon d'acte répréhensible peut être signalé hors de l'organisation ;
**b.** La protection juridique des employés en cas de signalement de soupçons d'acte répréhensible.

## V – Respect de la vie privée et utilisation de données

### Article 15 – Principes du traitement des données et du respect de la vie privée

Le traitement des données doit reposer sur les principes de légalité, de proportionnalité, d'efficacité et de respect de la vie privée.
L'organisation doit par conséquent :

**a.** traiter uniquement les données pertinentes et nécessaires pour un objectif spécifique, clair, limité dans le temps et défini juridiquement ;
**b.** traiter uniquement des données proportionnées – en termes quantitatifs et qualitatifs – à l'objectif initial de leur collecte ;
**c.** traiter uniquement les données de telle sorte que des parties tierces ne puissent pas en faire un usage contraire à l'éthique ou abusif ;
**d.** ne conserver les données que pendant la durée nécessaire pour remplir l'objectif spécifique et initial de leur collecte ;
**e.** garantir le droit de chacun d'examiner et contester les données collectées le concernant.

## VI – Diffusion

### Article 16 – Diffusion du Code

Le présent Code sera diffusé publiquement afin de mieux faire connaître les normes de comportement que chacun est en droit d'attendre de tous les acteurs participant à la gouvernance locale et régionale.
Les dispositions du Code seront intégrées activement dans les activités quotidiennes de l'organisation et feront régulièrement l'objet de discussions.

## À propos de

# L'OBSERVATOIRE SMACL

**Créé en 1998, avec des associations d'élus locaux et de fonctionnaires territoriaux,** l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale et associative apporte **une veille juridique et réglementaire commentée au regard des préoccupations des acteurs de la vie territoriale**. Il analyse les contentieux déclarés auprès de SMACL Assurances, les décisions de justice et les articles de presse qui mettent en cause la responsabilité pénale des élus locaux et celle des fonctionnaires territoriaux.

L'Observatoire est reconnu aujourd'hui comme un outil de prévention et d'analyse exemplaire et compte près de 4 000 abonnés à sa newsletter.

Avec l'appui des associations partenaires, **ses actions de sensibilisation, de formation et d'information** sur l'ensemble du territoire constituent un soutien de taille pour les élus locaux et les fonctionnaires territoriaux.

Télécharger le rapport 2019 : www.smacl.fr/rapport-obssmacl

**observatoire-collectivites.org**

**@ObsSmacl** **#CollObs2019**

# SMACL ASSURANCES

**Créée en 1974,** SMACL Assurances est la société mutuelle d'assurance des collectivités et établissements publics, des élus et des agents territoriaux. Elle couvre également les risques des entreprises, des associations, des particuliers, acteurs économiques de tous nos territoires. Elle accompagne pour leurs risques privés ou professionnels plus de **20 000 collectivités et établissements publics,** près de **50 000 associations et entreprises** (notamment de l'Économie Sociale et Solidaire) et plus de **40 000 particuliers** (élus, anciens élus et agents territoriaux, salariés de nombreuses entités publiques ainsi que les administrateurs, adhérents, bénévoles et personnels des associations et entreprises publiques).

**Depuis le 1er janvier 2019, SMACL Assurances a rejoint le Groupe VYV, 1er acteur mutualiste de santé et de protection sociale en France.**

**smacl.fr** **@SmaclAssurances**

Depuis plus de 40 ans, SMACL Assurances est aux côtés des élus pour les accompagner et les conseiller dans l'exercice du mandat local.

C'est parce que vous connaissez votre territoire que vous savez comment le défendre. C'est parce que nous vous connaissons que nous savons quelles sont vos attentes.

Chaque jour, à l'aide de services et d'outils de pilotage innovants, nous aidons les élus à réussir leurs projets.

Au travers de ce nouveau guide de l'Observatoire SMACL des risques juridiques, SMACL Assurances vous apporte des réponses précises aux nombreuses questions qui jalonnent votre mandat.

**Retrouvez-nous sur :**

www.observatoire-collectivites.org @ObsSmacl

**SMACL Assurances**
141, avenue Salvador-Allende
79031 NIORT CEDEX 9
Tél. : **+ 33 (0)5 49 32 56 56**
Fax : **+ 33 (0)5 49 73 47 20**

**smacl.fr**
Société d'assurance mutuelle à cotisations fixes.
Entreprise régie par le Code des assurances - RCS Niort n° 301 309 605

**LA MUTUELLE D'ASSURANCE DES TERRITOIRES**

02/2020 - Conception : Direction de la communication et des relations institutionnelles de SMACL Assurances. Illustrations : Jean Duverdier (Jean-duverdier.com). Crédits photos : Gettyimages.