



Numéro n° 2 Septembre 2016

LE FOCUS MENSUEL EN DROIT PUBLIC



Par Maître Patrick Lingibé

Les liens d'amitié peuvent suffire pour constituer un conflit d'intérêts potentiel

Dans une décision rendue le 13 janvier 2016, inédite, la Cour de cassation, chambre criminelle, a considéré qu'une relation amicale et professionnelle pouvait constituer un conflit d'intérêts potentiel et caractériser notamment le délit de prise illégale d'intérêts.

Les conflits d'intérêts, sujet grandement d'actualité, mettent en lumière des contours multiples et variés qui sont souvent mal appréhendés par les titulaires de mandats publics et les agents publics, au risque d'aboutir de voir leur responsabilité mise en cause, notamment sur le plan pénal.

Il est préalablement indiqué que l'arrêt rapporté du 13 janvier 2016 a été rendu par une formation restreinte de la Cour de cassation. Elle n'a donc pas fait l'objet de ce fait d'une publication importante par les voies habituelles (notamment au Bulletin des arrêts de la chambre criminelle, Bulletin d'information de la Cour de cassation). Cependant, il convient de ne pas trop relativiser pour autant la portée de cet arrêt inédit car il permet d'illustrer la situation de conflit d'intérêts appréhendée de manière extensive, pouvant annoncer le cas échéant une tendance générale, et surtout d'identifier les choses à ne pas faire.

I - RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE.

Les faits de l'affaire méritent d'être rapportés de manière exhaustive et permettront ainsi de comprendre le raisonnement du juge judiciaire et la sanction prononcée.

Par délibération du 29 juin 2012, le conseil municipal de la commune de Hyères, sur avis de la commission d'appel d'offres, décidait d'attribuer à la société Creaconception le marché de télévision locale diffusée par internet qui comprenait les trois lots techniques suivants : la construction d'une plateforme de diffusion et d'une identité graphique pour un montant de 12 558 euros, la réalisation d'un journal télévisé pour un montant de 223 891, 20 euros, les reportages thématiques pour un maximum annuel de 250 000 euros TTC.

Cette décision était l'aboutissement d'une procédure d'appel d'offres au cours de laquelle M. X..., collaborateur de cabinet du maire en charge de la communication institutionnelle, avait rédigé le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et analysé les offres en présence aux termes d'un rapport présenté à la commission d'appels d'offres.

Par courrier du 23 juillet 2012, M. Jean-Pierre C..., conseiller municipal d'opposition, faisait part au procureur de la République de Toulon de ses soupçons de favoritisme pesant sur le choix de la société retenue qui était domiciliée à la même adresse que celle de M. X...lequel serait un proche de M. Sylvain Y..., gérant de la société Creaconception.

L'enquête diligentée permettait d'établir l'existence de liens personnels et professionnels étroits entre M. Sylvain Y..., la société Creaconception et le collaborateur du cabinet du maire de Hyères.

En effet, il ressortait que M. Sylvain Y... avait été salarié de plusieurs sociétés dans lesquelles M. X... avait des intérêts : il avait été embauché en 1997 en qualité de responsable du développement multimédia par la société Kheops SA, dont M. X... était le président directeur général, laquelle avait conçu en 2001 le site Internet de la ville de Hyères, puis par la société Centrale des agences, dans laquelle M. X... était associé puis enfin par la société « Les 5 terres » EURL, immatriculée en 2002, attributaire du marché public relatif à la création du journal municipal de la ville de Hyères et dont le gérant était M. X... jusqu'en 2010, ce dernier ayant été remplacé à cette fonction par son père à compter de son embauche à la mairie de Hyères comme collaborateur de cabinet du maire.

Par ailleurs, l'enquête permettait de mettre en exergue des imbrications entre la société « Les cinq terres » et la société Creaconception. Ainsi Mme Valérie Z...et M. Simon A..., anciens salariés de la société dont M. X... avait été le gérant jusqu'en 2010 étaient embauchés par la société gérée par M. Sylvain Y... De même, lors de son recrutement par la commune de Hyères, M. X... transférait une partie de la clientèle de sa société « Les cinq terres » à la société Creaconception. Enfin, les deux sociétés étaient domiciliées à la même adresse, 1468 chemin du soldat Macri à Hyères, qui était également l'adresse personnelle de M. X..., leurs boîtes aux lettres respectives étant situées les unes à côté des autres au même emplacement, à l'entrée de la propriété.

Pour finir, les investigations téléphoniques recensaient quarante-neuf échanges téléphoniques entre l'agent public et le chef d'entreprise durant la période du 6 mars au 13 avril 2012 et montraient que les deux hommes étaient quotidiennement en relation, la désignation de M. Sylvain Y... en qualité d'ami sur le compte Facebook ouvert par M. X... en juillet 2010 confirmant à cet égard leur grande proximité.

Par ailleurs, l'enquête révélait que trois des cinq candidats avaient été écartés car ils n'avaient pas soumissionné aux trois lots, l'un d'eux affirmant avoir été trompé par M. X... qui lui aurait à ses dires indiqué par téléphone que son offre pouvait ne pas porter sur l'ensemble des lots.

Il était également relevé que le dossier de candidature de la société Creaconception contenait des pièces que son gérant avait falsifiées en augmentant considérablement le chiffre d'affaires ainsi que l'effectif des salariés.

Par arrêt en date du 25 novembre 2014, la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE a condamné Monsieur Pascal X... pour prise illégale d'intérêts à un an d'emprisonnement avec sursis et à 10 000 euros d'amende.

Monsieur Pascal X... a formé un pourvoi contre cet arrêt.

Par décision rendue le 13 janvier 2016, la Cour de cassation, chambre criminelle, a rejeté ce dernier et justifié l'arrêt de la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE par un attendu qui mérite d'être analysé car il impacte la notion de conflit d'intérêts et son implication dans l'infraction de prise illégale d'intérêts (ancien délit d'ingérence).

II - RAISONNEMENT ET SOLUTION APPORTEE PAR LA COUR DE CASSATION.

Les motifs retenus tant par la cour d'appel que par la Cour de cassation doivent retenir l'attention du mandataire public et de l'agent public.

A – La notion nouvelle désormais transversale de conflit d'intérêts.

Les motifs retenus dans son arrêt en date du 25 novembre 2014 par la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE méritent d'être rapportés :

« aux motifs que M. X..., collaborateur de cabinet du maire de la ville d'Hyères, a participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société Creaconception en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres ; que relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant d'une des sociétés en compétition, il s'est ainsi trouvé en situation potentielle de conflit d'intérêt, ses relations à titre privé avec un des candidats étant susceptible d'interférer avec l'intérêt public dont il avait la charge et de faire naître un doute sur l'impartialité et l'objectivité de son rapport d'analyse des offres ; »

En l'espèce, la cour d'appel avait estimé que les éléments de ce dossier prouvaient une relation plaçant très clairement les protagonistes dans un conflit d'intérêts évident, lesquels *« jettent la suspicion sur l'impartialité du choix du candidat »*.

C'est cette suspicion avérée qui a conduit les juges d'appel à requalifier les faits en *« prise illégale d'intérêts »*, plutôt que de *« favoritisme »*.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé cette décision en relevant dans un attendu limpide :

*« Attendu que, pour dire M. X... coupable de prise illégale d'intérêt, l'arrêt relève qu'en sa qualité de collaborateur du cabinet du maire de la commune, il a participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société Creaconception en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres et qu'il entretient **une relation amicale et professionnelle de longue date** avec le gérant de cette société ; »*

En mettant en exergue dans cette décision, *« une relation amicale et professionnelle de longue date »*, la Cour de cassation met l'accent sur la notion plus générale de conflits d'intérêts, laquelle est d'actualité depuis quelques années.

Il convient de rappeler la définition nouvelle du conflit d'intérêts qui résulte de l'article 2, alinéa 2, de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique :

« 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. »

Il est à relever que **cette définition nouvelle du conflit d'intérêts publics-privés et/ou publics-publics est désormais transversale.**

En effet, en premier lieu, elle figure au **second alinéa de l'article 25 bis** qui a été ajouté à la **loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires** par l'article 2 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires :

« Au sens de la présente loi, 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 paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.»

Cette loi du 20 avril 2016 applique également une définition identique du conflit d'intérêts et impose celle-ci par son article 12 aux membres du Conseil d'Etat (article L. 131-3 du Code de justice administrative), par son article 13 aux magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (article L. 231-4 du Code de justice administrative), par son article 15 aux membres et personnels de la Cour des comptes (article L. 120-5 du Code des juridictions financières) et par son article 16 aux magistrats des chambres régionales des comptes (article L. 200-5 du Code des juridictions financières) :

« 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 même définition se retrouve reprise également à l'identique dans le second alinéa de l'**article 7-1**, ajouté à l'**ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature** par l'article 26 de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature :

Dans ces conditions, **toutes les personnes exerçant dans la sphère publique se trouvent impactées aujourd'hui par la notion de conflit d'intérêts et cette exigence de Probité, laquelle se trouve sacralisée sur tous les plans et à tous les étages de l'action publique.**

B – La Probité érigée en Valeur absolue et en Devoir imposé à tout mandataire et agent public.

L'infraction en matière d'atteinte à la probité recèle en général en amont un conflit d'intérêts ou une interférence d'intérêts qui a amené le bénéficiaire à tirer **de manière directe ou indirecte** avantage de la collectivité publique concernée.

Ce que l'arrêt du 13 janvier 2016 apporte de nouveau **c'est qu'il est désormais possible de sanctionner un conflit d'intérêts potentiel, autrement dit rendu vraisemblable au regard des apparences.**

Cet arrêt entraîne également une extension du champ du délit pénal de prise illégale d'intérêts au champ des amis.

Les titulaires de mandats publics et les agents publics sont soumis désormais à une démonstration **tant sur la forme que sur le fond** de leur probité et à un devoir d'exemplarité sur tous les plans.

Malheureusement, le contexte des affaires de corruption et de fraude fiscale a conduit à ce que **les soupçons du mélange des genres deviennent ainsi autant condamnables que les éléments pouvant réellement constituer pour les titulaires de mandat public des conflits d'intérêts.**

La probité est poussée aujourd'hui à l'extrême avec les dégâts nécessairement collatéraux qui peuvent en résulter pour les titulaires de mandat public et les agents publics.

Cela doit donc amener les élus et agents publics plus que jamais à appliquer en la matière **le principe dit de précaution et se prémunir ainsi de tout conflit d'intérêts potentiel**, la Jurisprudence pénale aboutissant à en élargir le champ.

Plusieurs mesures sont à prendre en ce domaine au regard de règles de plus en plus draconiennes et d'une Jurisprudence particulièrement sanctionnatrice.

En premier lieu, dans la mesure où la démonstration de probité pèse désormais très fortement sur tout élu, la règle du simple déport ordinairement appliquée risque de devenir insuffisante. En effet, le conflit d'intérêt, dans sa nouvelle appréhension, renvoie **en réalité à l'influence réelle ou supposée de l'élu ou de l'agent public concerné**. De ce point de vue, un élu intéressé peut parfaitement ne participer à aucune réunion ou décision mais influencer nonobstant celle-ci de manière indirecte, grâce à ses liens directs ou indirects avec l'autorité décisionnelle ou de l'entourage de celle-ci. Si le fait de s'abstenir de participer aux délibérations attributives de subventions était la précaution nécessaire et suffisante pour éviter d'être qualifié de « *conseiller intéressé* », **il est à noter que le Conseil d'Etat a fait évoluer sa Jurisprudence sur la notion de conseiller intéressé**. Depuis une décision du 9 juillet 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne*, le Juge du Palais Royal considère qu'est « *intéressé* » à l'affaire, le conseiller assistant (même sans émettre de vote) à la réunion de l'assemblée délibérante statuant sur une garantie d'emprunt au bénéfice d'une association dont il était administrateur. **S'il y a un intérêt direct ou**

indirect pour l' élu concerné ou son entourage professionnel et/ou privé, il est plus que recommandé que celui-ci ne participe à aucun stade à la décision ou délibération prise, cela ni directement et encore moins indirectement. Il est important à ce niveau d'avoir une traçabilité des procédures démontrant cela. Le juge saisi se posera nécessairement la question sur les mobiles réels de la décision prise et querellée.

En deuxième lieu, il convient que les élus fassent attention au regard de leur origine professionnelle, les contraintes imposées pouvant rendre difficile l'exercice du mandat avec les activités professionnelles. Ainsi, les **élus venant du secteur privé** devront prendre toutes leurs dispositions pour faire cesser des conflits d'intérêts potentiels et conduisant à une interférence potentielle des fonctions détenues et leur nouveau mandat d' élu **au risque de se trouver dans une situation de confusion d'intérêts.** Ils doivent à cet effet s'interdire d'intervenir directement ou indirectement dans les secteurs ayant un lien direct ou indirect avec leurs intérêts professionnels et privés. Effet très regrettable de la rigueur des textes et l'application très stricte qui peut en être faite par les juridictions : cela risque rapidement d'entraîner une désertification des personnes provenant du secteur privé pour se présenter à des fonctions électives, cela compte tenu des très fortes contraintes générées pour elles et des risques de conflits d'intérêts potentiels, l'arrêt commenté étant au demeurant dissuasif sur ce point. De même, les **élus par ailleurs agents publics ou ayant d'autres mandats publics** devront s'interdire d'intervenir directement ou indirectement dans les secteurs en relation avec la collectivité pour laquelle ils travaillent ou interviennent comme mandataires publics. **Il est rappelé que le conflit d'intérêts concerne également les conflits d'intérêts proprement publics, outre ceux relatifs aux conflits d'intérêts publics-privés.**

En troisième lieu, s'agissant de l'infraction de prise illégale d'intérêt rapporté dans l'arrêt commenté, il est rappelé que la Cour de cassation a clairement énoncé que l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus en participant au vote de subventions bénéficiant aux associations qu'ils président constitue une prise illégale d'intérêt cela « *même s'ils n'ont retiré aucun profit et que l'intérêt pris n'est pas en contradiction avec l'intérêt de la collectivité à laquelle ils appartiennent* ». En conséquence, les mandataires publics ainsi que les agents publics doivent donc scrupuleusement veiller à ne pas être dans des instances décisionnelles de structures associatives et autres recevant des fonds de la collectivité publique dans laquelle ils sont élus ou travaillent, cela pouvant s'appliquer aux proches de l' élu concerné.

En quatrième lieu, les titulaires de mandat public devront s'abstenir de recruter des membres de leur entourage familial. Outre la question éthique soulevée, dans une décision rendue le 22 septembre 1998, la Cour de cassation a clairement indiqué que le délit de prise illégale d'intérêt pouvait, en certains cas, être constitué par le fait pour l' élu de recruter, dans son intérêt, des proches parents.

Ce qu'il faut retenir :

L'éthique et la probité sont devenues des valeurs sur lesquelles il n'est pas possible de transiger.

Les élus et agents publics doivent être d'une exemplarité totalement exemplaire sur tous les plans et faire preuve d'une probité absolue et indiscutable tant dans le paraître que sur le fond.

Plus que jamais, le principe dit de précaution très connue en matière de santé publique doit trouver à s'appliquer dans ce nouveau paradigme sociétal dont la probité devient une des vertus cardinales exigées des décideurs publics.

A cet effet, nous préconisons aux autorités administratives d'établir des chartes d'éthique qui rappellent notamment pour les mandataires publics les obligations imposées aux élus en matière de conflit d'intérêts avec des engagements fermes pris par le signataire en référence à la charte de l'élu local prévue par l'article L. 1111-1-1 du Code général des collectivités territoriales.

Cabinet d'Avocats Patrick Lingibé

Tél : 05 94 29 45 35

Email : contact@cabinet-lingibe.com

46 Avenue de la Liberté- 97327 Cayenne

LES CHIFFRES CLÉS

Chômage
Allocation journalière (au début du chômage) depuis le 1er/07/2015
Soit 57 % du salaire journalier de référence (SJR)
Soit 11,76 € + 40,40 % du SJR
- minimum : 28,67 €
- maximum : 75 % du SJR

Saisies sur rémunération			
Barème applicable à partir du 1 ^{er} janvier 2016 (1) (2)			
Tranche annuelle de rémunération (sans personne à charge) (3)	Tranche mensuelle de rémunération (sans personne à charge) (3)	Quotité saisissable	Fraction mensuelle saisissable maximale (en cumul)
Jusqu'à 3 730 €	Jusqu'à 310,83 €	1/20	15,54 €
Au-delà de 3 730 € et jusqu'à 7 280 €	Au-delà de 310,83 € et jusqu'à 606,67 €	1/10	45,12 €
Au-delà de 7 280 € et jusqu'à 10 850 €	Au-delà de 606,67 € et jusqu'à 904,17 €	1/5	104,62 €
Au-delà de 10 850 € et jusqu'à 14 410 €	Au-delà de 904,17 € et jusqu'à 1 200,83 €	1/4	178,78 €
Au-delà de 14 410 € et jusqu'à 17 970 €	Au-delà de 1 200,83 € et jusqu'à 1 497,50 €	1/3	277,67 €
Au-delà de 17 970 € et jusqu'à 21 590 €	Au-delà de 1 497,50 € et jusqu'à 1 799,17 €	2/3	478,78 €
Au-delà de 21 590 €	Au-delà de 1 799,17 €	en totalité	478,78 € + totalité au-delà de 1 799,17 €

1 En cas de procédure de paiement direct de pension alimentaire, la totalité du salaire est : saisissable, sous réserve de la fraction totalement insaisissable (voir ci-dessous).

2 Dans tous les cas (procédure de paiement direct de pension alimentaire ou non), un : montant égal au RSA pour une personne seule doit être laissé au salarié (524,68 euros par mois depuis le 1^{er} avril 2016).

3 Les seuils annuels déterminés ci-dessus doivent être augmentés d'un montant de 1 412 € : par personne à la charge du débiteur, sur justification (soit 118,33 € pour les tranches mensuelles).