

La prise illégale d'intérêts

Valeurs sociales protégées :

Il s'agit simplement de préserver, d'une part, la probité dans la gestion des affaires publiques en respectant le vieil adage " nul ne peut servir deux maîtres à la fois " et, d'autre part, d'écarter tout soupçon, toute altération de la confiance, que l'administré pourrait avoir envers un agent public.

Élément légal

Article 432-12 du Code pénal

Élément matériel

Pour que l'élément matériel soit caractérisé, trois conditions doivent être réunies : 1°) être en présence d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou d'une délégation de service public. 2°) qui assure la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de cette entreprise ou de cette opération au moment de l'acte. 3°) et qui prend, reçoit ou conserve un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération

1/ Qualité de l'auteur

Sont visées les personnes **dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat**

Par personne **dépositaire de l'autorité publique**, il faut entendre les **fonctionnaires** (fonction publique de l'Etat, fonction publique des collectivités territoriales et fonction publique hospitalière) et les **officiers ministériels** investis d'une mission publique par l'autorité publique.

Par personne chargée d'une mission de service public, il faut entendre les personnes chargées d'une délégation de service public

Par personne investie d'un mandat, il faut entendre les **élus**, c'est-à-dire les membres du Parlement, du Conseil économique et social, des assemblées régionales, départementales et communales.

Exceptions

Des dispositions dérogatoires (art. 432-12 alinéa 2 à 5) existent pour les **communes de moins de 3.500 habitants**. Elles concernent les élus communaux engagés dans des transferts de biens mobiliers ou immobiliers ou de prestations de service dans la limite d'un montant annuel actuellement fixé à 16.000 € ainsi que dans des actes permettant l'accès à la propriété à des fins professionnelles ou d'habitation personnelle. Le plafond de 16 000 euros doit s'entendre du montant total prévu au marché de travaux ou de fournitures. Pour la régularité de ces opérations, il est nécessaire pour le Conseil municipal de prendre une délibération spécialement motivée. En outre, l'élu intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération publique du conseil relative à l'approbation du contrat. Ces exceptions doivent être interprétées strictement.

La seconde dérogation a été instituée par la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (article 42), et reprise par le Code général des collectivités territoriales, à l'article L. 1524-5. Cette disposition autorise les élus représentant une collectivité territoriale à exercer des fonctions au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une **société d'économie mixte**, entraînant la perception de rémunérations ou d'avantages particuliers. Pour que cette situation soit légale, il faut que l'élu concerné ait été autorisé à cette fin par l'assemblée qui l'a délégué. De plus, il faut qu'une délibération de l'assemblée fixe le montant maximal de rémunérations ou avantages reçus et précise la nature des fonctions qui les justifient

2/ Surveillance, administration, liquidation ou paiement de l'entreprise ou de l'opération

La surveillance peut consister en:

- la participation à un organe délibérant d'une collectivité territoriale (*Crim 19 mai 1999, Bull. Crim. n°101; CE, 9 juillet 2003, Caisse régionale du crédit agricole mutuel de Champagne*)
- la préparation, la proposition ou la présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes (*Crim 19 sept. 2003, Juris-Data n°2003-021728*)

Il est donc sans importance que la personne ait possédé par elle-même un pouvoir de décision autonome et personnel, ou qu'elle n'ait été titulaire que de prérogatives qu'elle partageait avec d'autres personnes en vue de l'élaboration de décisions collectives, ou même qu'elle n'ait joué qu'un rôle plus modeste de préparation de décisions arrêtées par un supérieur hiérarchique

L'administration, la liquidation ou le paiement: aucune difficulté particulière.

3/ La prise d'intérêts:

« prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un **intérêt quelconque** »

Le délit est caractérisé par « la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect et se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel » (*Crim. 21 juin 2000, pourvoi n° 99-86871*)

De plus, ce n'est pas l'achèvement matériel de l'opération qui importe, mais seulement la prise d'intérêts, c'est-à-dire la mise en place du lien matériel ou juridique dont le prévenu espère ensuite tirer avantage (*Crim 5 juin 1890, Bull. Crim. n°117*).

Élément moral

La prise illégale d'intérêts est une infraction à caractère objectif, dont la réalisation ne nécessite aucune intention frauduleuse. Il suffit que le prévenu ait accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit (*Crim, 27 novembre 2002, Bull. Crim. n°213*), même s'il n'a pas cherché à tirer profit de son immixtion. Ainsi, un dol général suffit, il n'y a nul besoin de démontrer l'existence d'un dol spécial (*Crim. 21 juin 2001; Bull. Crim. n°239*).

Sanction pénale

La prise illégale d'intérêts est punie de **cinq ans d'emprisonnement** et de **75.000 € d'amende**. Peuvent en outre être prononcées contre les coupables, à titre de **peines complémentaires**, l'interdiction de droits civiques, civils et de famille pour une durée maximale de 5 ans ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique à titre définitif ou pour une durée de 5 ans au plus et la confiscation des sommes et des meubles irrégulièrement reçus.

Conditions de poursuite

Traditionnellement, l'infraction de prise illégale d'intérêts est un **délit instantané** qui est donc entièrement consommé au moment où le prévenu a reçu ou pris un intérêt dans l'affaire dont il avait la surveillance ou l'administration. La prescription commence à courir dès ce moment, même si l'opération effectuée donne lieu à des avantages s'échelonnant sur des mois ou des années (*Crim. 15 avril 1848: Bull. Crim. n°120*). Il importe peu que, pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur, l'opération en cause n'ait pas abouti (*Crim. 21 février 2001, Bull. Crim. n°46*).

La chambre criminelle de la cour de cassation (*Crim 4 octobre 2000, Bull. Crim. n°287*) a jugé récemment que " *le délit de prise illégale d'intérêts est prescrit à compter du dernier acte administratif accompli par l'agent public par lequel il prend ou reçoit directement ou indirectement un intérêt dans une opération dont il a l'administration ou la surveillance.* ". Il s'agit donc d'une **infraction instantanée à exécution successive**, dont la prescription de l'action publique commence à courir le lendemain du dernier acte administratif.

Exceptionnellement, la prise illégale d'intérêts devient cependant un **délit continu** lorsque l'ingérence consiste en la **conservation d'un intérêt** (*Crim. 3 mai 2001, Bull. Crim. n°106*). L'intérêt reçu par le prévenu se traduit par la création d'une situation permanente dont celui-ci tire régulièrement des bénéfices. Le délai de prescription commence alors à courir à compter de la cessation de la situation illicite.

Lorsque la prise illégale d'intérêts a été **dissimulée** derrière une façade licite, le juge répressif peut reporter le point de départ de la prescription au jour où les actes délictueux sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

Complicité de prise illégale d'intérêts

Un tiers, même s'il n'a pas la qualité exigée par la loi, peut être reconnu comme complice de l'agent public dont il a facilité, par son interposition, l'activité coupable. En effet, un individu peut parfaitement se rendre complice d'une infraction qu'il n'aurait pas pu commettre lui-même, faute de posséder la qualité exigée par la loi (en ce sens, *Cass. crim., 1er juillet 1953, Bull. Crim n°229*)

La prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire ou un fonctionnaire en disponibilité

Cette infraction est autrement connue sous la dénomination de « pantouflage ». Il s'agit d'empêcher le débauchage des fonctionnaires par une entreprise dont ils auraient eu, dans l'exercice de leur fonction, le contrôle ou la surveillance.

Élément légal

Article 432-13 du Code pénal

Élément matériel

1/ Qualité de l'auteur

La liste des personnes visées par l'article 432-13 du Code pénal varie sensiblement de celle visée par la prise illégale d'intérêts classique.

Sont visés:

- les fonctionnaires (dont les ministres)
- les agents publics (agents des établissements publics, des entreprises publiques ou sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat détient directement ou indirectement 50% du capital)
- les préposés d'une administration publique

Il faut en outre qu'ils aient cessé leur fonction moins de 3 ans avant les faits qui leur sont reprochés.

2/ Surveillance

Il faut, lors de ses précédentes fonctions et, dans un délai de 3 ans, avoir :

- soit exercé une surveillance ou un contrôle d'une entreprise privée.
- soit conclu des contrats avec une entreprise privée ou formulé des avis sur de tels contrats
- soit proposé à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou formulé des avis sur de telles décisions

D'après la jurisprudence, il n'est pas nécessaire que le prévenu, lorsqu'il était en fonction, ait été effectivement ou personnellement en rapport avec l'entreprise privée (*Crim. 15 novembre 1982, Bull. Crim. n°254*)

3/ Prise de participation

Il faut de même, de la part de l'ancien fonctionnaire, dans un délai de trois ans à compter la cessation des fonctions, qu'il prenne ou reçoive une participation par travail, conseil ou capitaux dans les entreprises précitées ou dans une entreprise qui détient au moins 30% du capital social d'une entreprise remplissant ces conditions. Ainsi, le décret détachant un fonctionnaire en activité auprès d'une entreprise privée sur laquelle il assurait une fonction de contrôle et de surveillance a été annulé par le Conseil d'Etat (*CE, 6 décembre 1996*).

La prise d'intérêts est écartée dans deux hypothèses:

- lorsque les capitaux de l'entreprise privée ont été acquis par dévolution successorale (libéralités ou succession ab intestat)
- lorsque le fonctionnaire prend une participation au capital de sociétés cotées en Bourse.

Élément moral

Seul un dol général suffit à caractériser l'infraction. Il n'est pas nécessaire d'établir que le prévenu ait agi frauduleusement. La simple conscience du prévenu de commettre le délit permet de caractériser l'élément moral.

Sanction pénale

Peine principale: 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende

Peines complémentaires:

- interdiction des droits civiques, civils et de famille, pour une durée maximale de 5 ans
- interdiction définitive ou pour 5 ans au plus d'exercer une fonction publique
- confiscation des sommes ou objets irrégulièrement perçues

Conditions de poursuite

L'article 432-13 du Code pénal exige une prise de participation, qu'il faut entendre comme une collaboration se poursuivant dans le temps. Selon la Cour de cassation, il s'agit d'une infraction continue, qui commence à se prescrire à partir du moment où prend fin la participation (*Crim. 11 mai 1928, Bull. Crim. n°140*). La Cour de cassation retient une acceptation large de la notion de collaboration, qui peut être permanente voire ponctuelle (*Crim. 18 juillet 1984, Bull. Crim n°262*).

Comme pour la prise illégale d'intérêts classique, la simulation d'actes ou l'interposition de personnes permet d'étendre l'incrimination.