

Bulletin d'informations statutaires

Juin 2019

SOMMAIRE

LE RISQUE PÉNAL DANS LES COLLECTIVITÉS

JURISPRUDENCE

Le risque pénal dans les collectivités

Parmi les manquements au devoir de probité, tel qu'il est défini aux articles 432-10 et suivants du code pénal, figurent la prise illégale d'intérêts, le délit de favoritisme et le détournement de fonds. Les rapports annuels de l'observatoire de la SMACL

nous rappellent que même si les condamnations sont rares, la mise en cause pénale des agents et des élus est bien réelle.

La prise illégale d'intérêts

Définie par l'article 432-12 du code pénal, la prise illégale d'intérêts se caractérise par :

- la prise, la conservation ou la réception, de manière directe ou indirecte d'un intérêt quelconque,
- l'infraction est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique,
- la prise illégale d'intérêts est réalisée dans une entreprise ou une opération dont la personne publique a la surveillance ou l'administration.

Cet article prévoit une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement et 500 000€ d'amende.

La notion d'intérêts est large. Il peut s'agir d'un intérêt d'ordre patrimonial mais également moral, que ce soit familial, amical, professionnel, etc.

L'intérêt illicite n'inclut pas forcément la réalisation d'un profit par l'auteur. A partir du moment où l'auteur abuse de sa fonction/autorité/position, l'illégalité de la prise d'intérêt est avérée (Cour de Cassation, chambre criminelle, 21 juin 2000, n°99-86.871).

En outre, il n'est pas non plus nécessaire qu'il y ait contradiction avec l'intérêt de la collectivité pour que la prise d'intérêt de l'auteur soit illégale (Cour de Cassation, chambre criminelle, 19 mars 2008, n°07-84.288).

Il convient de noter que le juge applique avec plus de rigueur l'article 432-12 du code pénal ces dernières décennies.



Bulletin d'informations statutaires

Juin 2019



La jurisprudence rappelle régulièrement que le délit est caractérisé par la seule prise d'intérêts, indépendamment de toute volonté frauduleuse, même si l'auteur a voulu rendre service à la collectivité (Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 avril 2015 ; 14 juin 2000, n°99-84.054 ; tribunal correctionnel de Poitiers, 19 mars 1980).

C'est pourquoi le législateur a voulu renforcer les obligations des élus par la publication de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

L'article 2 précise que : "les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts".

Le délit de favoritisme

Défini par l'article 432-14 du code pénal, le délit de favoritisme est caractérisé par le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, de procurer ou de tenter de procurer un avantage injustifié, au regard des règles assurant la liberté et l'égalité d'accès des candidats, à un tiers dans le cadre d'un marché public ou d'un contrat de concession.

L'article prévoit une peine maximale de 2 ans d'emprisonnement et 200 000€ d'amende.

La définition de l'avantage injustifié est large et varie selon les circonstances. Il peut s'agir, par exemple, de l'attribution directe du marché ou de la fourniture illégale d'informations à un candidat.

Il est à noter que le code pénal sanctionne lorsque la personne dépositaire de l'autorité publique procure ou tente de procurer un avantage. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'avantage ait effectivement abouti pour que l'infraction soit constituée. Cette notion de tentative est retenue par le juge dans ses décisions (Cour de Cassation, chambre criminelle, 23 janvier 2008, n°07-82.356).

Bulletin d'informations statutaires

Juin 2019

Dans la pratique, la violation des règles garantissant la liberté et l'égalité d'accès des candidats peut avoir des causes multiples. Les manquements peuvent se produire à plusieurs étapes du marché. Ainsi, pendant la période antérieure à la procédure formalisée, le délit peut être retenu en cas de suppression de mise en concurrence (Cour de Cassation, chambre criminelle, 12 septembre 2018, n°17-83.793).

Pendant l'examen des offres, le délit de favoritisme a été retenu dans le cas d'une chambre de commerce et d'industrie qui a retenu la candidature d'une société qui avait remis un dossier incomplet (Cour de Cassation, chambre criminelle, 15 mars 2017, n°16-83.838).

Enfin, pendant la phase postérieure à l'attribution des marchés, des comportements ont été sanctionnés lors de la passation frauduleuse d'avenants ou en cas de régularisation de certains marchés par le biais d'une procédure fictive.

Le détournement de fonds publics

Le détournement de fonds publics est défini à l'article 432-15 du code pénal. Les peines peuvent aller jusqu'à 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000€ d'amende.

L'enrichissement personnel constitue le motif le plus classiquement suivi en matière de détournement de fonds publics.

Ainsi, un maire a été récemment condamné à 5 mois d'emprisonnement avec sursis et 1 000€ d'amende pour s'être approprié, avec la complicité de son épouse, près de 35 000€ récoltés dans le monnayeur pour la vente de bougies votives d'une église (Tribunal correctionnel de Foix, 20 mars 2018).

Autre cas récent de condamnation, celui d'un maire pour avoir sollicité l'annulation de 3619 avis de contravention auprès de son directeur de police municipale (Cour de Cassation, chambre criminelle, 21 mars 2018, n°17-81.011). Le maire a été condamné à 30 000€ d'amende.

De plus, le code pénal n'exige nullement que l'auteur poursuive un but d'enrichissement personnel pour qualifier un fait de délit de détournement de fonds publics.

De sorte que le juge pénal a condamné un fonctionnaire territorial du service des routes et des digues à 6 mois d'emprisonnement avec sursis pour n'avoir pas respecté plusieurs délibérations et permis la réalisation de travaux non autorisés (Cour de Cassation, chambre criminelle, 24 octobre 2018, n°17-87.077).

Il est important de souligner que lorsqu'un détournement de fonds publics est issu d'une négligence, des sanctions supplémentaires sont prévues par l'article 431-16 du code pénal, à savoir jusqu'à 1 an d'emprisonnement et 15 000€ d'amende.

C'est le cas d'un président d'un syndicat d'assainissement qui a signé, sans procéder aux vérifications élémentaires, 47 fausses factures présentées par la secrétaire générale au profit du compte bancaire personnel de son époux (Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 février 2017, n°15-87.328). Il a été condamné à 1 an d'emprisonnement avec sursis et 10 000€ d'amende.

Bulletin d'informations statutaires

Juin 2019

Jurisprudence

Cas d'un recrutement injustifié d'un contractuel

Une communauté de communes exploite une piscine en régie.

Début 2016, l'EPCI lance une procédure de recrutement pour un chef de bassin sur un poste permanent. Parmi les 43 candidatures, 13 sont reçus en entretien. Sur les 13 candidats, 11 sont fonctionnaires titulaires du cadre d'emplois des éducateurs territoriaux des activités physiques et sportives. Plusieurs d'entre eux justifient d'une expérience de chef de bassin.

La communauté de communes choisit Mme A. qui a effectué plusieurs remplacement au sein de l'EPCI. Mme A, n'étant pas un fonctionnaire titulaire, elle est donc recrutée en tant que contractuelle.

La Préfecture a, par déféré, saisi le Tribunal Administratif et a demandé l'annulation du contrat au motif que le recrutement est intervenu en méconnaissance des dispositions de l'article 3-2 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

Le Tribunal Administratif annule le contrat.

La Communauté de Communes présente une procédure d'annulation devant la Cour Administrative d'Appel. Elle justifie son recrutement par l'impossibilité de recruter un fonctionnaire, au vu de l'expérience et de la formation et par le fait que Mme A. avait effectué plusieurs remplacements.

Le juge rappelle que les postes permanents ont vocation à être occupés par des fonctionnaires et que par dérogation lesdits postes peuvent être occupés par des agents contractuels pour les besoins de continuité du service et dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire.

Le juge estime que rien dans le dossier de la communauté de communes ne démontre qu'il était impossible de recruter un fonctionnaire.

Ainsi, c'est à tort que l'EPCI a retenu la candidature de Mme A. pour occuper le poste.

La demande de la communauté de communes est rejetée.

Référence juridique :

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 11 avril 2019, requête n°17BX01805