



## NOTE D'INFORMATION ET DE SENSIBILISATION DES ÉLUS SUR LEUR RESPONSABILITÉ PÉNALE

La Charte de l'élu local prévu à l'article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales indique que l'élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité.

En ce sens, lorsque le comportement d'un élu fait preuve de manquement au devoir de probité, au regard des faits circonstanciés, sa responsabilité pénale peut être retenue (*Article L. 121-2 du code pénal*).

La présente note d'information a pour objet de rappeler aux élus les infractions qui peuvent être retenues comme eux en cas de manquement au devoir de probité (I), puis, les mesures préventives à la commission de ses infractions (II).

**NB :** cette note d'information présente quatre (4) infractions au sens du code pénal. D'autres infractions pourront faire l'objet d'une note distincte.

### I- Des infractions au manquement au devoir de probité des élus locaux

En cas de manquement au devoir de probité, les élus locaux peuvent se rendre coupable des délits ci-après.

#### 1- De la concussion (*Article 432-10 du code pénal*)

**La concussion** consiste en la perception ou l'exonération indue de droits, contributions, impôts, taxes.

Il s'agit de :

- **L'action** de recevoir, d'exiger ou d'ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qui n'est due ou qui excède ce qui est due ;
- **L'action** d'accorder peu importe la forme et le motif, une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violations des textes légaux ou réglementaires.



**L'auteur** de cette infraction peut être soit une personne dépositaire de l'autorité publique soit une personne chargée d'une mission de service public.

En ce qui concerne la personne dépositaire de l'autorité publique : il s'agit d'une personne disposant d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les personnes et sur les choses dans l'exercice de ses fonctions.

**Le Maire d'une commune ou le Président d'un EPCI peut se rendre coupable de concussion.**

**Exemple** : Est reconnu coupable, le Maire qui a requis de la part d'un lotisseur une participation financière à une opération d'extension du réseau d'eau potable alors même que cette extension excédait en effet les besoins du lotissement et ne pouvait dès lors être regardée comme se rapportant à un équipement propre à l'opération au sens de l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme.

**La plus grande vigilance s'impose car** la commission de cette infraction ou sa tentative est punie de cinq (5) ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

## **2- De la corruption passive et du trafic d'influence** (Article 432-11 du code pénal)

- **La corruption passive** vise le corrompu qui accepte ou sollicite, directement ou indirectement, un don, une promesse, un présent ou un avantage quelconque en contrepartie de l'accomplissement ou d'une abstention d'accomplir un acte entrant dans sa mission en faveur du corrupteur.

Le corrompu peut être une personne dépositaire de l'autorité publique ou investie d'un mandat électif puisque c'est lui qui reçoit l'avantage.

**L'auteur** de cette infraction peut être soit le Maire d'une commune, son adjoint ou un conseiller municipal soit le Président de l'EPCI, un Vice-Président ou un conseiller communautaire.

L'engagement du corrompu peut se matérialiser par la proposition (l'élu est donc à l'initiative) ou l'acceptation (le corrupteur est à l'initiative) d'accomplir ou ne pas accomplir un acte relevant de ses fonctions ou facilité par ses fonctions.

La simple sollicitation ou l'agrément d'avantages suffisent à consommer la qualification de corruption passive :



- L'avantage peut ne pas être perçu. L'infraction est commise dès lors que l'élu a été ou doit être récompensé par son acte ;
- La contrepartie promise n'ait pas été effectivement perçue par le corrupteur ;
- Le corrupteur se voit imposer l'avantage.

La récompense obtenue ou seulement espérée peut consister en une somme d'argent, des objets de valeur, la mise à disposition d'un appartement ou d'un véhicule, des voyages d'agrément, l'acquittement d'une dette, un prêt d'argent.

Le délit est caractérisé lorsque l'avantage est en corrélation avec la contrepartie promise au corrupteur.

**Exemple de corruption passive** : un élu a été reconnu coupable de corruption passive pour avoir sollicité, en contrepartie de l'attribution de marchés publics, le versement de numéraires de la part d'entreprises candidates afin de financer son train de vie et ses campagnes électorales.

- **Le trafic d'influence passif** réside en des manœuvres que la personne corrompue mette à profit du corrupteur.

Il peut s'agir d'une influence réelle ou supposée.

Dans le cadre de ce délit, le corrompu ne se place pas dans ses fonctions mais en dehors de celles-ci. Il use ou abuse du crédit qu'il possède du fait de ses fonctions dans l'administration, de ses amitiés ou des liens de collaboration qu'il a pu nouer avec d'autres élus ou agents publics.

Dans ce cas, le corrompu abuse de sa qualité et non de ses fonctions.

À cet effet, la commission du délit de trafic d'influence nécessite la participation de trois (3) personnes :

- L'autorité publique ;
- Le bénéficiaire potentiel ;
- Et l'intermédiaire qui exerce une influence. Il peut s'agir d'un élu.

Il faut noter que la commission de ces délits suppose l'existence d'un « pacte de corruption », c'est-à-dire l'établissement d'un accord de volonté entre le corrupteur et le corrompu.



L'infraction est consommée dès cet accord, et par voie de conséquence, même si le pacte n'a pas été exécuté ou que l'auteur a restitué les choses.

**Exemple de trafic d'influence passif** : l'élus qui a reçu de l'argent pour intervenir auprès d'une administration en faveur d'un entrepreneur pour l'obtention d'un marché de travaux publics, dont le programme était soumis à sa collectivité.

**La plus grande vigilance s'impose** car ces délits sont sanctionnés de dix (10) ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

### 3- De la prise illégale d'intérêts (Article 432-12 du code pénal)

**La prise illégale d'intérêts** autrefois appelée « conflit d'intérêt » interdit aux élus, fonctionnaires et personnes privées chargées d'une mission de service public de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement un intérêt de nature à compromettre leur impartialité, leur indépendance ou leur objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont ils ont la surveillance, au moment de la décision.

Simplement, en l'espèce, le délit de prise illégale d'intérêts a pour objet de sanctionner la partialité des élus dès lors que leurs actions confondent intérêt public et intérêt privé.

La particularité de ce délit est qu'il réprime tout lien, qu'il soit moral (*avantage affectif, politique ou amical*), matériel (*détention de parts sociales par l'élus*), financier ou juridique, de l'élus mis en cause.

En outre, le comportement qu'a l'élus peut être réprimé lors de la prise de l'ensemble des actes préparatoires, des délibérations, des arrêtés ou des études.

**Exceptions** : Trois opérations sont autorisées par la loi pénale pour « les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués » des communes de 3 500 habitants au plus :

**Le transfert** de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros ;

**L'acquisition** d'une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou la conclusion des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. 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.*

**Ces dérogations sont strictement encadrées par le Code pénal : l'élu intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à l'opération et ce dernier ne peut se réunir à huis clos.**

La prise illégale d'intérêts est une infraction formelle qui se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou d'un avantage personnel.

**Exemples :**

- L'illustration classique concerne le maire, en charge de la surveillance d'une opération économique, qui participe aux délibérations du conseil municipal qui attribue des subventions à une association dont il est le président, ou bien encore qui recrute sa sœur en qualité de directrice générale des services de la commune.
- Les élus municipaux qui avaient participé aux votes ou aux délibérations concernant les subventions allouées par la commune aux associations qu'ils président s'étaient rendus coupables de prise illégale d'intérêts, alors même qu'ils n'en avaient retiré aucun bénéfice et que la collectivité n'avait souffert d'aucun préjudice. Le juge a en effet considéré que les élus municipaux sont soumis à l'obligation de veiller à la parfaite neutralité des décisions d'attribution des subventions à ces associations (*Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2008, req. n° 08-82.068*).
- La participation, même exclusive de tout vote, d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant d'une association, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'article 432-12 du code pénal (*Cour de cassation, chambre criminelle, 9 février 2011, req. n° 10-82988*).

**La plus grande vigilance s'impose** lors de la mise en œuvre des compétences dévolues aux élus (Maire, Adjoints, Président, Vice-présidents) car la commission de ce délit est réprimée de cinq (5) ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

**4- Du délit de favoritisme** (*Article 432-14 du code pénal*)



**Le délit de favoritisme** sanctionne le fait 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.

**Le bénéficiaire de l'avantage litigieux** doit donc être un tiers, l'avantage consenti à soi-même n'entrant pas dans la qualification du favoritisme.

Par ailleurs, il n'est pas requis que l'avantage litigieux ait été effectif. Le simple fait de tenter de procurer à autrui un tel avantage – sans y parvenir – suffit à consommer l'infraction, pourvu que cette tentative se soit concrétisée par un commencement d'exécution.

**L'avantage injustifié peut :**

- **Consister** dans l'attribution d'un marché au mépris des règles du Code des marchés publics (*Crim. 11 décembre 2002, JD 2002-018102*).
- **Consister** dans le fait de disposer d'une information privilégiée, notamment sur la consistance ou le coût de l'opération, ou encore sur le nombre et la qualité des concurrents.

Les manquements aux règles relatives à l'égalité de traitement et à la liberté d'accès des candidats peuvent être constatés à diverses étapes de la passation des contrats de la commande publique, de la définition de la procédure applicable à l'exécution du contrat, en passant par la procédure de consultation et l'examen des offres.

En tout état de cause, l'acte constitutif de l'infraction peut être un acte matériel (*la communication d'informations privilégiées à un candidat*), une pratique administrative (*l'élaboration d'un cahier des charges « sur mesure » pour une entreprise*), ou un acte juridique (*l'adoption d'une décision d'attribution reposant sur des critères illégaux*).

Ce délit vise tant les marchés passés selon une procédure formalisée (tel l'appel d'offres) que les marchés à procédure adaptée (*Cass. Crim., 14 févr. 2007, n° 06-81.924*).

**Exception :** Le délit de favoritisme ne s'étend pas au contrat de partenariat public-privé.

**L'auteur** de cette infraction peut être un élu local. Ainsi, il s'agit soit d'un Maire, un Adjoint ou un conseiller municipal soit un Président de l'EPCI, un Vice-président ou un Conseiller communautaire.

**Exemple :** un maire qui a attribué sans mise en concurrence le marché relatif à la création et



à la réalisation d'un bulletin municipal à une société d'économie mixte locale a été jugé coupable de délit de favoritisme. Le marché en question ne peut pas être qualifié de contrat à prestations intégrées dans la mesure où une société d'économie mixte n'est pas soumise de la part de la commune à un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services (*Cour de cassation, 25 juin 2008, pourvoi n° 07-88373*).

Il en va de même lorsqu'un marché est attribué sans publicité ni mise en concurrence par une association dite transparente, c'est-à-dire une personne privée créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement, tout en lui apportant l'essentiel de ses ressources ; cette personne privée est alors considérée comme un démembrement de la personne publique et ainsi soumise au code des marchés publics (*Cour de cassation, 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-82961*).

**La plus grande vigilance s'impose** car ce délit est puni de deux (2) ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

## **II- Des mesures préventives au manquement au devoir de probité des élus locaux**

La condamnation d'un élu à l'une des infractions citées plus haut est de nature à entacher l'image et la crédibilité de celui-ci auprès des populations du fait de l'ampleur médiatique que prennent ces sujets.

Pour éviter toute condamnation, plusieurs mesures peuvent être prises afin de prévenir et détecter, en interne, des atteintes au devoir de probité.

Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2023, en application de l'article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales, tout élu local peut consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la charte des élus locaux ci-dessous.

**La désignation d'un référent déontologue est obligatoire pour prévenir toute atteinte au devoir de probité.**

### **1- De la désignation d'un référent déontologue (Article R. 1111-1-A du CGCT)**

Les dispositions de l'article R. 1111-1-A et suivants du code général des collectivités territoriales prévoient la désignation d'un référent déontologue.



**Qui désigne le référent déontologie** : il est désigné par délibération du Conseil communautaire. Plusieurs collectivités territoriales et leurs groupements peuvent désigner un même référent déontologue par délibérations concordantes.

**Exemple** : la Communauté de communes le Gesnois Bilurien et ses communes membres peuvent désigner, par délibérations concordantes, un seul référent déontologue.

**Le contenu de la délibération portant désignation du référent** : la délibération de l'organe délibérant précise la durée de l'exercice des fonctions du référent, les modalités de sa saisine et de l'examen de celle-ci, ainsi que les conditions dans lesquelles les avis sont rendus. Elle précise également, les moyens matériels mis à sa disposition et les éventuelles modalités de sa rémunération. La délibération peut prévoir le remboursement des frais de transport et d'hébergement dans les mêmes conditions applicables aux personnels de la fonction publique territoriale.

Le renouvellement des fonctions du référent peut se faire dans les mêmes conditions.

**Qui peut être référent déontologue** : le référent peut être :

- **une personne ou plusieurs personnes** n'exerçant au sein des collectivités auprès desquelles elles sont désignées aucun mandat d'élu local, n'en exerçant plus depuis au moins trois ans, n'étant pas agent de ces collectivités et ne se trouvant pas en situation de conflit d'intérêt avec celles-ci ;
- **ou un collège**. Celui-ci adopte un règlement intérieur précisant son organisation et son fonctionnement.

**Missions** : les missions du référent sont exercées en toute indépendance et en toute impartialité par des personnes choisies en raison de leur expérience et de leurs compétences. Les référents sont tenus au secret professionnel et à la discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

Le référent déontologue est chargé d'apporter à l'élu local le saisissant tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la charte de l'élu local.

**À titre d'exemple**, le référent peut apporter un appui aux élus, notamment en matière de conflits d'intérêts afin d'éviter au maximum que de telles situations se produisent.

Son conseil peut consister à identifier les risques potentiels en fonction des règles juridiques



en vigueur ainsi que des recommandations et de la doctrine des autorités compétentes.

**La responsabilité du référent déontologue** : en théorie, le référent déontologue ne fait qu'émettre des recommandations par des avis purement consultatifs. Il ne possède aucun pouvoir d'injonction ni de contrôle sur le comportement des élus. Ainsi, l'avis rendu par le référent n'a pas d'effet contraignant. L'élus reste libre de ne pas suivre les recommandations du référent déontologue.

Une fois que l'élus a pris connaissance du risque éventuel qu'il encourt, il prend sa décision en responsabilité.

Des mesures complémentaires et utiles doivent être prises pour éviter le délit de prise illégale d'intérêts.

## 2- De la prévention du délit de prise illégale d'intérêts : l'obligation de déport

**L'obligation de déport des élus** : Lorsqu'un élu est concerné par une affaire, il a l'obligation de se déporter lors des délibérations et des prises de décision des organes dans lesquels ils siègent afin de prévenir les situations de prise illégale d'intérêts (Cf. Article 217 de la 3DS).

Cette obligation s'impose également pour les délibérations ou décisions attribuant une aide revêtant la forme d'une subvention.

L'obligation de déport s'applique aux seuls élus représentant leur collectivité ou groupement auprès d'une autre personne morale. Ainsi, sauf disposition législative prévoyant une telle désignation, la participation d'un élu municipal aux délibérations de sa collectivité attribuant une subvention à une association ne s'inscrit pas dans ce cadre.

Les élus doivent se déporter dans le cas d'une situation manifeste d'interférence entre intérêts publics et intérêts privés, de nature à compromettre leur impartialité, leur indépendance ou leur objectivité dans leurs fonctions.

Le non-respect de cette obligation est susceptible de fonder, d'une part, la qualification pénale de prise illégale d'intérêts et, d'autre part, l'illégalité de la délibération.

**La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique** invite les élus à se déporter de toute décision relative aux associations où ils exercent des fonctions, même à titre bénévole, en tant que représentant de la collectivité, « notamment les décisions leur octroyant des subventions et portant sur les contrats susceptibles d'être conclus avec elles » (Guide



déontologique II, Contrôle et prévention des conflits d'intérêts).

S'agissant par ailleurs du risque d'annulation de la délibération, l'article L. 2131-11 du CGCT dispose que « 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 ».

**Exemples** : La jurisprudence administrative retient l'illégalité de la délibération si l'élu intéressé à l'affaire a un intérêt qui ne se confond pas avec ceux de la généralité des habitants (Conseil d'État, 1er juillet 2019, req. n° 410714) et, de manière cumulative, s'il a été en mesure d'exercer une influence sur la délibération (Conseil d'État, 12 octobre 2016, req. n° 387308).

En outre, le Conseil d'État a jugé que les conseillers municipaux, président et membres du conseil d'administration d'une association gérant une maison de retraite, ont intérêt à l'affaire et que leur participation entache d'illégalité les délibérations accordant des garanties d'emprunt à l'association (Conseil d'État, 9 juillet 2003, req. n° 248344).

Par ailleurs, la participation de l'élu intéressé, même exclusive de tout vote, aux travaux préparatoires et aux débats précédant l'adoption d'une délibération est susceptible de vicier sa légalité, si le conseiller municipal intéressé a été en mesure d'exercer une influence sur la délibération (Conseil d'État, 12 octobre 2016, req. n° 388232).

A ainsi été jugée illégale une délibération prise par la commune sur le rapport de l'élu intéressé, qui a également présidé la séance et pris part activement aux débats, exerçant ainsi une influence sur cette décision (Cour administrative d'appel de Lyon, 29 avril 2021, req. n° 19LY02640).

**De manière générale**, afin d'éviter tout risque pénal ou d'annulation, et sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, il appartient aux élus intéressés à une affaire de s'abstenir d'intervenir dans les travaux préparatoires de la délibération.

La plus grande prudence s'impose aux élus, à l'égard des sociétés candidates à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Un soin tout particulier doit être mis en œuvre pour la prévention des situations de potentiel conflit d'intérêt, par l'information des acteurs concernés et la mise en place de procédures internes de signalement.



## CHARTRE DE L'ÉLU LOCAL

(Article L. 1111-1-1 du CGCT)

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.

Tout élu local peut consulter un référent déontologue chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des principes déontologiques consacrés dans la présente charte.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités et les critères de désignation des référents déontologues.