

LES CONFLITS D'INTÉRÊTS ET LE DROIT PÉNAL

« **L**e conflit d'intérêts n'existe pas dans notre code pénal. » C'est le constat fait par une éminente personnalité qui a consacré un ouvrage à la question¹. Il rend compte de l'absence d'incrimination du conflit d'intérêts, qui est bien une notion inconnue du droit pénal. Il est vrai que cette ignorance ne lui est pas propre puisque aucune branche du droit ne définit les conflits d'intérêts. C'est ce qu'a relevé, par exemple, la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique². Mais l'ignorance du droit pénal choque davantage pour des faits qui engagent la probité des agents publics et l'impartialité de l'action publique. 123

Les constats sur l'absence de répression pénale de la notion de conflits d'intérêts ne s'accompagnent pas cependant de critiques sur l'absence de prise en compte des situations de conflit d'intérêts par le droit pénal. Les études récentes sur la question ont au contraire fait état de la possibilité de sanctionner pénalement ces situations à travers les délits de prise illégale d'intérêts prévus par les articles 432-12 et 432-13 du code pénal³. Elles ont même reconnu que cette sanction pénale était très large au sens où ces délits ont un champ d'application très étendu. C'est d'ailleurs un grief qu'elles leur ont adressé. Elles ont en effet estimé que leur mise en œuvre débordait les seules situations de conflits d'intérêts

1. Martin Hirsch, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Paris, Stock, 2010.

2. *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique présidée par Jean-Marc Sauvé, 26 janvier 2011, p. 10.

3. *Ibid.*, p. 30; Groupe de travail sur les conflits d'intérêts, rapport d'information n° 518, Sénat, 12 mai 2011, p. 15.

pour s'appliquer aussi aux cas de convergence d'intérêts⁴. Cette extension a été dénoncée, laquelle rendrait incertaine l'application des délits de prise illégale d'intérêts et ferait même courir un risque de blocage de la vie locale en dissuadant les élus d'assurer certaines missions dans leurs fonctions pour éviter le risque de poursuites pénales⁵. Elle a conduit au dépôt au Sénat d'une proposition de loi visant à limiter le champ d'application du délit de prise illégale d'intérêts⁶. Cette proposition, adoptée par la haute assemblée, n'a certes pas été examinée par l'Assemblée nationale. Il n'empêche qu'elle témoigne de l'idée que ce délit fait l'objet d'une mise en œuvre qui saisit tout entier les situations de conflits d'intérêts, sans faire la part entre celles qui le justifieraient et celles qui devraient demeurer en dehors de lui.

124 C'est le paradoxe des relations qu'entretiennent le droit pénal et les conflits d'intérêts. L'ignorance de la notion de conflits d'intérêts par le droit pénal s'accompagne d'une large répression des situations de conflits d'intérêts par ce même droit. Elle est donc strictement formelle puisqu'elle n'a aucune conséquence répressive.

IGNORANCE FORMELLE DE LA NOTION PAR LE DROIT PÉNAL

Cette ignorance se manifeste de deux façons. La première est indirecte et trouve sa cause dans l'absence de sanction pénale des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêts. La seconde est directe et s'observe dans l'absence d'une infraction ayant la notion de conflit d'intérêts dans ses éléments constitutifs.

Si le droit français n'use guère de l'expression « conflits d'intérêts »⁷, il prévoit néanmoins plusieurs dispositions qui ont pour objet de les prévenir. C'est le cas, d'une part, des interdictions d'exercice de certaines activités qui s'appliquent à des responsables ou agents publics. L'article 23 de la Constitution dispose ainsi que « les fonctions de membre du gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère

4. *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, rapport cité, p. 33.

5. Proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux, rapport n° 519 d'Anne-Marie Escoffier, Sénat, 2 juin 2010; Groupe de travail sur les conflits d'intérêts, rapport cité, p. 17.

6. Proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux, présentée par Bernard Saugey, n° 268, Sénat, 17 mars 2009.

7. Cf. code monétaire et financier, art. L. 421-11, § I, 1.

national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle ». Dans le même sens, l'article 25, § I, 1, de la loi 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, leur interdit d'« exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ». D'autres dispositions ont le même objet qui prohibent des cumuls d'activités par des agents publics⁸. Ces interdictions ne sont pas en elles-mêmes pénalement sanctionnées. Il s'ensuit que leur violation ne réalise pas à elle seule une infraction pénale. Cette solution s'explique peut-être par la finalité initiale desdites interdictions qui tendaient moins à prévenir des conflits d'intérêts qu'à obliger les responsables et agents publics à se consacrer intégralement à leurs fonctions. Néanmoins, ces dispositions, qui sont relatives aux conflits d'intérêts, ne sont pas directement sanctionnées pénalement.

Il en va également, d'autre part, des interdictions de détention d'intérêts incompatibles avec l'exercice de fonctions publiques. L'article précité de la loi du 13 juillet 1983 interdit ainsi aux fonctionnaires de prendre, directement ou par personne interposée, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière. Mais la violation de cette prohibition ne constitue pas une infraction. Sans doute relève-t-elle du délit de prise illégale d'intérêts de l'article 432-12 du code pénal. Cette qualification est cependant indirecte au sens où elle ne procède pas de la violation de l'article de la loi du 13 juillet 1983 mais de la possibilité de faire correspondre cette violation aux éléments constitutifs du délit de prise illégale d'intérêts. Ces éléments sont distincts de la violation d'une disposition légale relative aux conflits d'intérêts, étant donné que le délit n'est pas subordonné à cette condition, alors même que sa dénomination fait mention du caractère illégal de la prise d'intérêts intervenue. Car cette mention n'est pas reproduite dans la définition du délit, de sorte que le juge pénal ne se préoccupe pas de le caractériser à partir de la violation d'une disposition légale. Il se contente donc de relever l'existence d'un intérêt conjointement à l'exercice d'une responsabilité ou fonction publiques. Aussi ne fait-il aucun doute que le délit de prise illégale d'intérêts ne sanctionne pas en elle-même la violation d'une disposition légale relative aux conflits d'intérêts.

Par ailleurs, cette séparation formelle entre le droit pénal et les dispositions de prévention des conflits d'intérêts ne se rencontre pas pour

8. Cf., par exemple, code électoral, art. L. 46, L. 207, L. 237.

certaines conflits d'intérêts du secteur privé. L'article L. 820-6 du code de commerce punit, par exemple, la méconnaissance par les commissaires des comptes des incompatibilités auxquelles ils sont soumis et qui sont déterminées par les articles L. 822-10 et suivants du même code. La violation de ces articles est l'élément constitutif du délit afférent, ce que ne sont pas les dispositions équivalentes applicables aux responsables et agents publics.

126 Le discours sur l'ignorance de la notion de conflit d'intérêts par le droit pénal trouve principalement sa cause dans le fait qu'aucune infraction n'en emploie l'expression. Aucun délit n'en fait ainsi son élément constitutif. C'est le cas du délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-12 du code pénal dont les éléments constitutifs sont définis comme le fait de « prendre, recevoir ou conserver [...] un intérêt quelconque ». Il en va de même pour le délit de prise illégale d'intérêts à l'issue des fonctions prévu par l'article 432-13 du code pénal qui punit le fait « de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux ». Le délit de favoritisme défini à l'article 432-14 de ce code ne fait pareillement pas mention de l'expression « conflit d'intérêts », alors qu'il peut aussi punir des situations qui en relèvent. Sa création a d'ailleurs été justifiée par la nécessité de compléter le délit de prise illégale d'intérêts de l'article 432-12.

L'ignorance de la notion de conflits d'intérêts par le droit pénal a son explication dans l'ancienneté des infractions afférentes. Il faut rappeler que les délits de prise illégale d'intérêts remontent au code pénal de 1810 pour le délit prévu par l'article 432-12 et à une loi du 6 octobre 1919 pour le délit prévu par l'article 432-13. Ceux-ci ont certes été réécrits dans le code pénal de 1992. Mais cette réécriture est intervenue avant que la problématique des conflits d'intérêts ne prenne l'ampleur qu'elle connaît aujourd'hui. On comprend donc que le législateur n'ait pas changé la définition de l'article 175 ancien du code pénal. La même explication vaut pour le délit de favoritisme qui a été créé par la loi 91-3 du 3 janvier 1991, laquelle est pareillement antérieure à l'essor pris par la question des conflits d'intérêts. Aussi est-il compréhensible que ce délit n'use pas de l'expression « conflit d'intérêts ». Le législateur aurait cependant pu modifier la définition de ces délits ou même adopter un délit général de punition des conflits d'intérêts. C'est la réclamation qui a été faite par des personnalités ou des organisations non gouvernementales comme Transparency International France qui se sont intéressées

aux conflits d'intérêts⁹. Mais cet appel n'a pas été entendu. Certains seront sans doute enclins à soupçonner une mauvaise volonté du pouvoir qui rechignerait à pénaliser les conflits d'intérêts. Il faut cependant relever que les commissions qui ont étudié la question n'ont pas fait la même proposition de création d'un délit général de répression des conflits d'intérêts, mais au contraire préconisé de préciser la définition du délit de prise illégale d'intérêts pour en diminuer le champ d'application. C'est ainsi que la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a proposé de ne prévoir de sanction qu'en présence d'un intérêt de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité de la personne alors que ce délit punit actuellement la prise d'un intérêt quelconque¹⁰. La commission mise en place par le Sénat a repris à son compte la proposition de loi qu'il a adoptée et qui prévoit de substituer l'expression « intérêt personnel distinct de l'intérêt général » à celle d'« intérêt quelconque ». Ces positions sont donc en retrait sinon à l'opposé de celles qui réclament la création d'un délit général punissant les conflits d'intérêts. Elles s'expliquent par le champ d'application des délits de prise illégale d'intérêts qui permet de réprimer largement les situations de conflits d'intérêts.

127

LARGE RÉPRESSION DES SITUATIONS DE CONFLITS D'INTÉRÊTS PAR LE DROIT PÉNAL

Un examen de la jurisprudence rendue sur les délits de prise illégale d'intérêts confirme que ces derniers peuvent s'appliquer à l'ensemble ou, à tout le moins, à la grande majorité des situations de conflits d'intérêts. Cela conduit à rechercher les raisons qui font souvent soutenir que le droit pénal sanctionnerait peu les conflits d'intérêts.

L'absence d'incrimination de la notion de conflits d'intérêts n'a guère de conséquences sur la répression pénale des situations relevant de tels conflits. C'est le cas pour les situations de conflits d'intérêts visées par le délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-12 du code pénal. Celui-ci punit la prise d'intérêts au cours des fonctions. Il s'applique aux personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif et concerne,

9. Cf., par exemple, Martin Hirsch, « Conflits d'intérêts : Hirsch monte au front » (entretien), *L'Express*, 24 septembre 2010 ; Daniel Lebègue, audition par le Groupe de travail sur la prévention des conflits d'intérêts, Assemblée nationale, 9 décembre 2010.

10. *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, rapport cité, p. 78.

à ce titre, l'ensemble des personnes qui concourent à l'action publique. La jurisprudence y intègre les personnes du secteur privé qui participent à l'exercice d'une mission de service public. La chambre criminelle a ainsi considéré que le délit s'applique à la « personne chargée d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique ¹¹ ».

128 Cette extension du champ d'application personnel de l'infraction s'accompagne d'une définition souple de ses éléments constitutifs matériels et intentionnels qui permet – là encore – d'appréhender largement les situations de conflits d'intérêts. La chambre criminelle juge que le délit peut s'appliquer aux agents qui n'ont que de « simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres ¹² ». Elle donne par ailleurs une large portée à la notion d'intérêt quelconque pour considérer qu'elle correspond à tout intérêt matériel ou moral de même qu'à tout intérêt direct ou indirect. Cette interprétation l'a conduite à appliquer le délit de prise illégale d'intérêts à des élus locaux qui ont participé à des délibérations accordant des subventions à des associations municipales qu'ils président ¹³. Il a pourtant été relevé que les élus concernés ne percevaient aucune rémunération pour diriger les associations en cause et que l'intérêt pris et conservé n'était pas en contradiction avec l'intérêt communal puisqu'il portait notamment sur l'insertion des jeunes des communes. La doctrine administrative avait par ailleurs estimé auparavant que cette situation n'était pas illicite, même s'il convenait sans doute de l'éviter ¹⁴. Ces éléments n'ont pas fait obstacle à ce que le délit soit appliqué aux élus en cause, au motif que « l'intérêt, matériel ou moral, direct ou indirect, pris par des élus municipaux en participant au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président entre dans les prévisions de l'article 432-12 du code pénal [et] qu'il n'importe que ces élus n'en aient retiré un quelconque profit et que l'intérêt pris ou conservé ne soit pas en contradiction avec l'intérêt communal ¹⁵ ». Cette solution montre que le délit de prise illégale d'intérêts peut s'appliquer à des cas qui ne caractérisent pas formellement la violation d'une disposition légale en matière de conflits d'intérêts. Une hypothèse similaire peut être observée avec la condamnation d'un agent public

11. Crim., 27 févr. 2002, *Bull. crim.*, n° 48.

12. Crim., 14 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 221 ; *Dr. pénal* 2001, com. 5, obs. M. Véron.

13. Crim., 19 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 69 ; Crim., 22 octobre 2008, pourvoi n° 08-82068.

14. Rép. minist. n° 257, *JOAN*, Q., 25 août 1997, p. 2721.

15. Crim., 22 octobre 2008, précité.

pour avoir cumulé des fonctions auxquelles il avait été nommé par l'État¹⁶.

Ces applications montrent que l'illégalité visée par le délit s'apprécie par rapport au seul contenu de l'incrimination sans aucune prise en compte des dispositions extérieures au code pénal qui ont trait aux conflits d'intérêts. Aussi peut-il y avoir prise illégale d'intérêts sans illégalité, c'est-à-dire sans violation d'une disposition légale relative aux conflits d'intérêts. On comprend, dans ces conditions, que Guy Carcassonne ait pu qualifier la prise illégale d'intérêts de « délit de caractère stalinien [au motif que] le juge apprécie au regard du dossier qui lui est soumis si l'intéressé s'est bien ou mal comporté¹⁷ ». Cette application extensive du délit de prise illégale d'intérêts est ce qui a conduit à proposer d'en modifier la définition. Une première proposition est venue du Sénat dont la grande sensibilité à la situation des élus locaux est connue. C'est pourquoi il n'est pas surprenant que la haute assemblée ait été à l'initiative d'une proposition de loi visant « à exclure du champ de la répression les élus siégeant ès qualités comme représentants de leur collectivité “au sein des instances décisionnaires des organismes extérieurs” dans la mesure où ils “n'y prennent pas d'intérêt personnel distinct de l'intérêt général”¹⁸ ». La Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a aussi préconisé de redéfinir le délit de prise illégale d'intérêts dans un sens davantage limitatif alors même qu'elle semblait avoir été constituée pour faire des propositions susceptibles de permettre une plus grande répression de ce type de conflits.

Si elles n'ont pas abouti, ces propositions témoignent de la réalité de la répression pénale des situations de conflits d'intérêts, laquelle laisse peu de place à l'impunité dans ce domaine. Celle-ci s'observe seulement pour les prises illégales d'intérêts à l'issue des fonctions. Elle concerne les membres du gouvernement qui n'entrent pas dans le champ d'application du délit de l'article 432-13 du code pénal et qui sont, à ce titre, autorisés à entrer au service d'entités qui relevaient de leur compétence. C'est une situation injustifiable puisque les agents publics intervenant dans le même secteur et placés sous leur autorité tombent directement sous le coup de l'interdiction découlant de cet article du code pénal. Il n'y a évidemment aucune raison d'exclure les membres du gouvernement

16. Crim., 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-84687.

17. Guy Carcassonne, audition par le Groupe de travail sur la prévention des conflits d'intérêts, Assemblée nationale, 9 décembre 2010.

18. Proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux, rapport cité.

du champ d'application de ce délit, sauf à précisément vouloir leur ménager la possibilité d'être recrutés par les entités qu'ils contrôlaient. C'est une grave anomalie dont la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique a, à juste titre, préconisé la cessation¹⁹.

Sous cette exception, les délits de prise illégale d'intérêts ont un champ d'application qui leur permet de saisir l'ensemble des situations de conflits d'intérêts. Cette grande portée s'explique par la séparation formelle entre leur définition et les dispositions légales sur les conflits d'intérêts. Cette séparation permet de dissocier leur mise en œuvre de ces dispositions, de sorte qu'ils sont appliqués indifféremment de celles-ci. C'est ainsi que le délit de prise illégale d'intérêts peut punir, comme on l'a vu, des cas de cumul licite d'activités.

130

Cette large répression des situations de conflits d'intérêts par le droit pénal conduit à s'interroger sur les raisons qui font que l'idée inverse est souvent soutenue. Sans doute celle-ci trouve-t-elle pour partie son explication dans une expertise insuffisante du droit pénal qui se concentre sur l'absence formelle d'incrimination de la notion de conflits d'intérêts sans analyser conjointement et rigoureusement la mise en œuvre des délits de prise illégale d'intérêts. Mais elle a aussi une cause incontestable qui réside dans le faible nombre de condamnations pour prise illégale d'intérêts, qui est de trente à quarante par an et ne semble pas correspondre à la vérité des cas de conflits d'intérêts²⁰. Ce nombre devrait certes être augmenté par la prise en compte de certaines condamnations pour favoritisme qui ont aussi parfois trait à des situations relevant de tels conflits. Il n'empêche que cet ajout ne devrait pas suffire – loin s'en faut – pour que les condamnations de situation de conflits d'intérêts soient considérées à la mesure de la réalité.

Dans ces conditions, la question se pose de savoir pourquoi les situations de conflits d'intérêts sont si peu réprimées, alors même qu'elles tombent sans difficulté sous le coup du droit pénal. La réponse est peut-être à rechercher dans une sensibilité insuffisante à la notion de conflits d'intérêts, qui s'observe aussi chez les acteurs de la justice pénale et notamment chez les membres du ministère public. Ceux-ci éprouvent sans doute les mêmes difficultés que les responsables et agents publics à percevoir les situations de conflits d'intérêts ou, à tout le moins, certaines

19. *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, rapport cité, p. 82.

20. *Ibid.*, p. 35. Cf. Groupe de travail sur les conflits d'intérêts, rapport cité, p. 16.

d'entre elles. Aussi peuvent-ils être peu enclins à les poursuivre. La faiblesse de la répression pénale effective des situations de conflits d'intérêts n'a pas sa cause, dans tous les cas, dans le droit pénal. Elle est à l'image de la difficulté générale à comprendre la notion de conflits d'intérêts. L'ignorance de celle-ci par le droit pénal est donc bien en lien avec l'insuffisance de la répression de ce type de situations. Mais ce lien n'est pas un lien de conséquence. C'est seulement l'expression de la difficulté à penser les conflits d'intérêts en termes de prise illégale d'intérêts.

R É S U M É

Le droit pénal ignore la notion de conflits d'intérêts. Ainsi, les dispositions sur les conflits d'intérêts ne sont pas pénalement sanctionnées et il n'existe pas de délit général sanctionnant ces conflits. L'étude des délits de prise illégale d'intérêts montre pourtant que ces délits ont un champ d'application très étendu qui permet une large répression des situations de conflits d'intérêts. C'est donc le manque de sensibilité à la notion de conflits d'intérêts qui explique que l'on soutienne souvent que ces conflits font l'objet d'une répression pénale insuffisante.