

N° 26371

Ministre de l'outre-mer

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies

Séance du 11 mai 2005

Lecture du 27 juillet 2005

CONCLUSIONS

M. FRANCIS DONNAT, COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

La commune de Hitia'a O te ra, située dans les Iles-du-Vent, en Polynésie française, a recruté en 1998 huit agents contractuels, dont trois étaient des enfants d'élus de la commune, à savoir, plus précisément, M. A... B..., fils du maire de la commune, recruté en qualité d'électricien, M. C... D..., fils du 2^{ème} adjoint, qui l'a été en qualité d'aide cuisinier, et M. E... F..., fils du 6^{ème} adjoint, en qualité de sapeur pompier. Le représentant de l'Etat, estimant que ces décisions de nomination pouvaient être constitutives d'un délit de prise illégale d'intérêts, a fait usage des pouvoirs qu'il tenait de l'article L. 122-8 du code des communes applicable en Polynésie française et a annulé ces décisions par trois arrêtés du 7 octobre 1998.

La commune a attaqué pour excès de pouvoir ces arrêtés devant le tribunal administratif de Papeete. Par un jugement du 12 octobre 1999, ce tribunal, après avoir donné acte au maire de son désistement s'agissant des conclusions dirigées contre l'arrêté concernant son fils, décédé entre temps, a rejeté les demandes dirigées contre les arrêtés annulant les recrutements des fils des 2^{ème} et 6^{ème} adjoints. Saisie en appel par la commune, la cour administrative d'appel de Paris a toutefois annulé ce jugement ainsi que les deux arrêtés du Haut-Commissaire de la République en Polynésie française qui restaient en litige. C'est l'arrêt du 8 octobre 2003 à l'encontre duquel le ministre de l'outre-mer se pourvoit régulièrement en cassation.

I. – Vous pourrez en premier lieu accueillir le moyen tiré de l'erreur de droit dont serait entaché l'arrêt attaqué. La cour, après avoir cité l'article 432-12 du code pénal, qui définit la prise illégale d'intérêt, a jugé, par un considérant de principe, que « la décision de nommer à un emploi public un membre de sa famille par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public ne constitue pas une prise illégale d'intérêts au sens des

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

dispositions sus-rappelées de l'article 432-12 du code pénal. » Le ministre soutient que ce considérant de principe, par sa généralité, est entaché d'erreur de droit.

L'article 432-12 du code pénal, issu de l'ancien article 175, punit la prise illégale d'intérêts définie comme « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

Au regard des éléments constitutifs de ce délit, il nous semble évidemment possible d'aller un instant dans le sens de la cour et dire que l'existence d'un lien familial entre le candidat à un emploi communal et le maire de la commune ou ses adjoints ne permet pas d'écarter d'office le candidat en cause au seul motif de l'existence de ce lien familial. La prise illégale d'intérêt n'est pas, dans une telle hypothèse, automatiquement constituée.

Mais elle ne peut pas non plus être systématiquement exclue. La jurisprudence pénale adopte en effet une conception particulièrement large de l'intérêt visé par les dispositions de l'article 432-12. Cet intérêt peut être direct ou non, matériel ou moral (crim. 5 novembre 1998, Bull. n° 289), individuel ou familial. Et la Cour de cassation juge que le délit de prise illégale d'intérêts se consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel (crim. 2 novembre 1961). Il s'agit d'un délit objectif, et l'existence d'un préjudice pour la collectivité est à cet égard inutile à la définition du délit. Il n'est guère difficile, dans ces conditions, de penser à des situations dans lesquelles la nomination à un emploi public d'un membre de sa famille serait constitutive de prise illégale d'intérêt (v. par exemple Cass. crim. 22 septembre 1998, n° 96-83-990 sur le recrutement par le président de l'assemblée de la Polynésie française de l'épouse et de la sœur d'un membre de cette assemblée). Or l'affirmation de la cour l'exclue résolument et par principe, sans réserver l'appréciation propre à chaque espèce. Vous censurerez l'erreur de droit ainsi commise par la cour.

II. – Vous pourrez alors régler l'affaire au fond.

Vous écarterez tout d'abord sans peine le premier moyen dirigé contre le jugement, qui est suffisamment motivé.

Nous vous proposons ensuite de confirmer la légalité des décisions par lesquelles le Haut-commissaire de la République en Polynésie française a annulé les arrêtés portant recrutement des fils des 2^{ème} et 6^{ème} adjoints. Il ressort en effet des pièces du dossier que le recrutement de MM. D... et F... n'a été précédé d'aucune publicité relative aux vacances d'emplois, et qu'aucune définition des postes à pourvoir n'a été donnée, pas plus que n'a été organisée la moindre procédure d'examen des candidatures ou de mise en concurrence des candidats entre eux. Il est en outre possible de relever que si les décisions concernant les fils des 2^{ème} et 6^{ème} adjoints ont été signées par le maire de la commune, celle concernant le fils de ce dernier a été signée, le même jour, par le 2^{ème} adjoint, ce qui peut laisser penser, ainsi que le soutenait le ministre en appel, qu'il y aurait eu une forme de connivence entre le maire et ses adjoints. Notons enfin que 3 des 8 recrutements auxquels la commune a procédé en 1998

ont bénéficié à des proches du maire et de ses adjoints, ce qui représente tout de même, pour une commune de près de 9000 habitants, une proportion non négligeable.

L'ensemble de ces éléments, dont chacun n'est sans doute pas déterminant à lui seul, nous semble constituer, dans les circonstances de l'espèce, un faisceau d'indices suffisant pour vous proposer de confirmer la légalité des arrêtés du Haut-commissaire de la République en Polynésie française.

Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que l'Etat verse à la commune la somme qu'elle demande à ce titre.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 8 octobre 2003 de la cour administrative d'appel de Paris ;
- au rejet de la demande de la commune de Hitia'a O Te Ra devant la cour.