N° 468470
M. K...

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 13 avril 2023
Lecture du 12 mai 2023

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. M. R K..., qui a été successivement directeur général des services de la commune d'Ensisheim et de la communauté de communes du Centre-Haut-Rhin de 2016 à 2021 puis de la commune de Colmar et de Colmar Agglomération depuis le 1^{er} mars 2021, a sollicité du maire de Colmar sa mise en disponibilité à compter du 1^{er} janvier 2023 afin d'exercer les fonctions de directeur général de la société Pierre et Finance, qui est spécialisée dans l'immobilier d'entreprise.

Saisie pour avis par le maire de Colmar sur le fondement de l'article L. 122-5 du code général de la fonction publique, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) a émis le 30 août 2022 un avis d'incompatibilité. Elle a en effet estimé que le projet de M. K... risquait de le placer en situation de commettre le délit de prise illégale d'intérêts réprimé par l'article 432-13 du code pénal, dès lors que ses fonctions au sein de la commune d'Ensisheim l'avaient amené à connaître d'un projet de ventes immobilières pour la réalisation d'un pôle santé auprès de la société MDB avec laquelle la société Pierre et Finance possède plus de 30% de capital commun.

Vous êtes compétents en premier et dernier ressort (CE 4 novembre 2020, *M. G...*, n°440963, p. 389) pour statuer sur la requête par laquelle M. K... vous demande d'annuler pour excès de pouvoir cette délibération.

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.

2. Un premier moyen critique la **légalité externe** de la décision attaquée : il est reproché à la HATVP de ne pas avoir tenu compte des observations complémentaires présentées par le requérant le 28 août 2022 en réponse à une demande du rapporteur de l'affaire.

Ce moyen nous paraît opérant car, si vous avez jugé, par votre décision G..., que la HATVP n'avait pas à suivre une procédure contradictoire avant d'émettre son avis, il reste que, comme toute administration, elle doit respecter les procédures qu'elle se fixe à elle-même (voir, à titre d'illustration : CE 11 février 1991, *Association d'études et de défense de l'environnement Limagne et Combrailles*, n° 81301, T. p. 665).

En revanche, le moyen n'est pas fondé : le courriel adressé le 28 août 2022 a été effectivement versé au dossier mis à disposition du Collège de l'HATVP le lendemain, 29 août 2022, soit la veille de la délibération, la circonstance que la délibération attaquée n'en fasse pas expressément état étant sans incidence sur la régularité de la procédure suivie.

3. La **légalité interne** de la décision est ensuite attaquée par le biais de trois moyens.

3.1. Un premier soutient que la HATVP a commis une erreur de droit, les liens entre la société MDB et la société Pierre et Finance n'étant qu'indirects et ne pouvant caractériser une **méconnaissance de l'article 432-13 du code pénal**.

Il ressort du deuxième alinéa de cet article que constitue une prise illégale d'intérêts « *toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.* »

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.

En outre, vous avez jugé, dans l'affaire *G...*, que, pour apprécier le risque de commission du délit prévu à l'article 432-13 du code pénal, « il appartient à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, non d'examiner si les éléments constitutifs de ces infractions sont effectivement réunis, mais d'apprécier le risque qu'ils puissent l'être et de se prononcer de telle sorte qu'il soit évité à l'intéressé comme à l'administration d'être mis en cause. »

Nous déduisons de cette dernière décision que, dans le contentieux particulier qu'est celui des avis de la HATVP, votre contrôle de l'erreur de droit est quelque peu dilué : il penche plutôt vers une appréciation du risque juridique que vers une appréciation de légalité *stricto sensu*.

Dans cette logique, force est d'abord de constater que le code pénal prévoit expressément qu'une personne peut être condamnée alors qu'elle travaille dans une autre entreprise que celle avec laquelle elle avait traité lorsqu'elle était fonctionnaire, pourvu qu'existent des liens capitalistiques suffisants entre les deux entités.

La question est alors de savoir si on peut considérer qu'il y a au moins 30 % de « capital commun » entre les sociétés MDB et Pierre et Finance, qui appartiennent chacune au même associé unique, sachant toutefois que la société MDB est elle-même détenue par l'intermédiaire d'une *holding* (la société MF Investissements) ?

Ici, la réponse est plus tangente car la jurisprudence judiciaire relative à la « théorie de l'interposition de sociétés » ne nous paraît pas d'une clarté absolue. La Cour de cassation n'a en effet pas encore fait expressément application de cette théorie à l'infraction de prise illégale d'intérêts visée par l'article 432-13 (l'arrêt Crim. 12 juillet 2016, n° 15-84.664, cité par le pourvoi, ne nous semblant pas avoir cette portée). On peut toutefois fortement supposer qu'elle irait dans ce sens car elle a déjà appliqué la théorie de l'interposition au délit de prise illégale d'intérêts commis par des agents ou des élus et réprimé par l'article 432-12 du code pénal, alors, pourtant, que ce texte n'envisage pas non plus expressément l'interposition (voyez Crim. 27 novembre 2002, n° 02-81.581, Bull. n° 213,

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.

p. 789).

Il reste, en tout état de cause, qu'au vu de la nature de votre contrôle et des incertitudes entourant la jurisprudence, le risque d'encourir une condamnation pour ce motif paraît, en l'état, amplement suffisant pour justifier la décision de la HATVP.

Nous vous proposons donc d'écarter le moyen d'erreur de droit.

3.2. Le moyen suivant est tiré de ce que l'avis rendu par M. K... sur le projet de création d'une maison de santé n'était que **de nature technique** et n'entraînait pas, de ce fait, dans le champ de l'article 432-13 du code pénal.

Toutefois, à supposer même que le DGS d'une commune ne rende qu'un avis « technique », un tel qualificatif ne nous paraît de toute façon pas de nature à exclure l'application des dispositions de l'article 432-13, qui visent pour leur part tout « avis », quelle que soit exactement sa nature, dès lors qu'il porte sur « *des contrats de toute nature avec une entreprise privée* » ou « *des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée* ».

La jurisprudence judiciaire précise d'ailleurs qu'il importe peu que le fonctionnaire ne « *s'inscrive pas dans le processus formalisé de prises de décisions administratives* » (Crim. 27 juin 2012, n° 11-86.920, Bull. n° 160). Pour l'application des dispositions, pourtant plus vagues, de l'article 432-12 du code pénal, la Cour de cassation a expressément jugé que « *le délit de prise illégale d'intérêts est consommé dès que le prévenu a pris directement ou indirectement un intérêt dans une entreprise ou dans une opération dont il avait, au moment de l'acte, la surveillance ou l'administration, celles-ci se réduiraient-elles au simple pouvoir d'émettre un avis en vue de décisions prises par d'autres* » (Crim. 9 mars 2005, n° 04-83.615) et elle a d'ailleurs inclus les « conseils techniques » dans la catégorie des avis visés par ce texte (Crim. 20 mars 2019, n° 17-81.975, Bull. n° 57).

On ne voit pas pourquoi il en irait différemment pour l'article 432-13 et

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.

vous écarterez donc le moyen.

3.3. Le dernier moyen soutient que la HATVP a **inexactement apprécié les faits¹ quant à l'existence d'un risque déontologique**, en faisant valoir, d'une part, que la création d'une maison médicale avait été envisagée avant la prise de fonctions de M. K... et, d'autre part, que l'opération a été instruite par le service des domaines et sous la responsabilité d'une personne chargée de l'urbanisme au sein de la commune.

Aucune de ces deux branches ne nous retient cependant.

S'agissant de la première, les circonstances temporelles alléguées nous paraissent sans incidence sur le fait que M. K... a tout de même rendu un avis préalable à la décision de vendre les terrains, sachant qu'il n'est évidemment pas requis par les textes que, pour entrer dans le champ de l'infraction, l'intéressé doive s'être intégralement occupé du dossier, du commencement à la fin.

De même, il n'est pas douteux non plus que son avis a été rendu en sa qualité de DGS et que cette seule circonstance suffit potentiellement à le faire entrer dans le champ de l'infraction : certes, M. K... n'a pas mené personnellement l'instruction de l'affaire mais c'est là le propre des fonctions supérieures qu'il occupait... Leur titulaire ne saurait se retrancher derrière l'action de ses collaborateurs pour repousser toute responsabilité personnelle.

Le moyen devra donc également être écarté.

Et par ces motifs, nous concluons au **rejet de la requête**.

¹ Tel est bien votre degré de contrôle – cf. G... précitée, point 14