

FICHE PRATIQUE

Sur la soustraction et le détournement de fonds publics

FICHE PRATIQUE

sur la soustraction et le détournement de fonds publics
(articles 432-15 et 432-16 du Code pénal)

DEFINITION

L'article 432-15 réprime la soustraction et le détournement commis intentionnellement par des personnes exerçant une fonction publique (objet de cette fiche pratique).

L'article 432-16 incrimine les mêmes faits résultant de la négligence de ces mêmes personnes (il sera traité dans le rapport 2006).

Cette incrimination spécifique met en cause la responsabilité pénale des élus et des agents publics pour manquements au devoir de probité inhérent à leurs fonctions et à la confiance que placent en eux les administrés.

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

Personnes visées

L'article 432-15 reprend la formulation des personnes dépositaires de l'autorité publique et des personnes chargées d'une mission de service public en y ajoutant les comptables publics, les dépositaires publics et leurs subordonnés.

Les personnes dépositaires de l'autorité publique

Cette expression peut être entendue comme désignant toute personne titulaire d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les personnes et sur les choses, pouvoir dont elle fait usage dans l'exercice de ses fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par délégation de la puissance publique (élus et fonctionnaires territoriaux).

Élus et fonctionnaires locaux : l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales confère au maire l'administration communale qui lui impose d'une façon générale d'assurer la conservation et la gestion du patrimoine de la commune : le détournement d'objet remise en raison de cette fonction d'autorité, tombe sous le coup du délit.

- *Ainsi le cas d'un agent communal qui a ouvert avec deux employés d'une société soumissionnaire, les enveloppes contenant les offres des sociétés concurrentes lors d'un appel d'offres (Cass. Crim., 19 février 1998 - Bassol et autres).*

- *Le cas d'une secrétaire de mairie qui avait acquis dans son intérêt personnel, du matériel et des livres, payés par la commune (Cass. Crim., 9 novembre 1998 - Einhorn).*

Les personnes chargées d'une mission de service public

Celles qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement dérivant de l'exercice de l'autorité publique, sont chargées d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes dont la finalité est de satisfaire un intérêt public.

- *Exemple : le dirigeant d'une association principalement financée sur des fonds publics et dont l'activité constitue une mission de service public.*

Les comptables publics

Sont définis comme étant « le fonctionnaire ou l'agent ayant la qualité pour exécuter au nom de l'État, d'une collectivité publique ou d'un établissement public, des opérations de recettes, de dépenses ou de maniement de titres, soit au moyen des fonds ou valeurs dont il a la garde, soit par virements internes d'écritures, soit encore par l'intermédiaire d'autres comptables publics ou de comptes externes de comptabilité dont il ordonne ou surveille les mouvements ». Cette formule large comprend donc les comptables publics ou régisseurs de recettes ou d'avances.

Les dépositaires publics

Cette expression désigne celui qui reçoit et gère des sommes ou des matières qu'il détient en vertu d'un titre légal.

Les subordonnés

À ces deux catégories (ci-dessus) le Code pénal ajoute les subordonnés, c'est-à-dire toutes les personnes que l'autorité publique nomme aux côtés des comptables et dépositaires publics et qui ont également la qualité de fonctionnaires ou d'agents publics.

La question s'est posée de savoir si : **la personne poursuivie en vertu de l'article 432-15 pouvait soutenir avec succès que ses agissements échappent à l'incrimination parce qu'elle serait nommée irrégulièrement dans les fonctions ou la mission dont elle méconnaîtrait les exigences ?**

Pour résoudre ce problème, il est nécessaire de recourir à des distinctions selon lesquelles la personne poursuivie a été amenée à gérer et, par la suite, à détourner des fonds sur lesquels elle n'avait aucun pouvoir régulier et officiel. Trois hypothèses peuvent se présenter :

- *le cas du simple particulier qui, sans aucun titre, s'est immiscé dans la gestion des fonds publics* : il n'est pas possible ici de faire application des dispositions précitées. Le coupable est un usurpateur dont les agissements relèvent à la fois de l'article 432-12 (usurpation de fonction) et des incriminations de faux, vol, voire d'abus de confiance ;

- *le cas du fonctionnaire qui a bien été nommé dans les fonctions de comptable ou de dépositaire mais dont l'acte de nomination se trouve entaché d'irrégularités*. Le titre qui a investi l'agent dans ses fonctions a les apparences de la légalité et cela suffit d'un strict point de vue pénal à qualifier le détournement par assimilation du coupable à la fonction d'agent régulièrement nommé ;

- le cas du fonctionnaire qui n'ayant pas la qualité de comptable ou de dépositaire, a cependant profité de ses fonctions pour s'immiscer dans une gestion des deniers ou des matières, qui auraient dû lui échapper. Ici le fonctionnaire qui s'immisce dans l'une des deux fonctions ne peut être regardé comme comptable de fait sur le plan pénal. La théorie du comptable de fait repose sur la notion d'apparence, qui fait défaut dans ce cas. On ne peut faire appel aux dispositions de l'article 432-15, seuls trouveraient à s'appliquer les textes qui répriment le faux en écriture, l'immixtion dans des fonctions publiques, le vol, l'abus de confiance ou l'usurpation de fonction.

AUTRES ELEMENTS MATERIELS

Les biens objets de l'infraction

Les agissements qui sont désignés par les mots « détruire, détourner ou soustraire » doivent porter sur un objet particulier. Ils doivent être « **un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet** détenu en raison des fonctions ou de la mission ».

Actes et titres : ce sont les différents écrits matérialisant les fonctions d'autorité de l'administration (textes originaux des mesures administratives, décrets, arrêtés, circulaires, pièces constituant les dossiers des fonctionnaires ou constitués par des fonctionnaires ou des magistrats) ou les écrits qui matérialisent les relations juridiques entre administrations ou entre les administrations et les personnes privées (archives, pièces comptables, pièces d'un dossier d'instruction, procès-verbaux...).

Fonds publics ou privés : désignent les espèces et les billets de banque.

Effets, pièces ou titres en tenant lieu : toutes les valeurs ou actes ayant une valeur pécuniaire (chèques, lettres de change, billets à ordre, mandats, bons du Trésor, actions, obligations...).

Tout autre objet : c'est-à-dire tous les biens immobiliers qui peuvent être objets de dépôt ou d'une remise en raison des fonctions exercées. Ces fonds ou objets détournés doivent se trouver entre les mains du mis en cause « en raison de ses fonctions ou de sa mission » et il faudra se référer aux textes légaux ou réglementaires qui déterminent les pouvoirs de la personne car ce sont eux qui fixent l'étendue des fonctions ou de la mission.

À noter : l'attribution et la gestion des **fonds publics européens** entrent dans le champ de l'article 432-15 du Code pénal, au même titre que celles des fonds publics nationaux.

L'action délictueuse

Avant toute explication, il convient de souligner que l'article 432-15 perpétue une erreur de terminologie qui pouvait déjà être relevée dans l'ancien Code pénal. Il incrimine en effet « le fait de détruire, détourner ou soustraire ». Or il est certain que l'emploi du mot soustraire apparaît comme inadéquat. La personne à qui les fonds, les titres ou actes, ont été remis ne peut se rendre coupable d'une soustraction au sens précis que ce vocable revêt en droit pénal puisqu'elle a déjà en main les objets qu'elle s'approprie. Elle ne se met pas en possession de ces objets contre le gré du propriétaire ou possesseur légitime. Il faut donc mentalement faire la correction nécessaire, et tenir pour non écrit ce terme de soustraction.

La destruction : est tout acte par lequel on anéantit complètement le bien confié ; cette destruction doit être complète ; une simple détérioration ne suffit pas à constituer le délit mais pourrait être poursuivie sous l'angle de la tentative.

Le détournement : fait référence à l'abus de confiance puisque cette infraction est en fait une variété d'abus de confiance imputée à des personnes que leurs fonctions investissent d'une obligation de probité particulière. Le détournement consiste donc à se comporter avec la chose reçue en véritable propriétaire.

ELEMENT MORAL

Le délit n'est constitué que si l'auteur est animé d'une intention délictueuse en vertu de l'exigence générale posée par l'article 121-3 du Code pénal, c'est-à-dire la volonté de réaliser un acte que l'on sait interdit par la loi.

L'existence d'un préjudice importe peu. Une erreur, même grave, dans l'exercice de ses fonctions ne saurait constituer un élément moral.

À l'inverse, l'intention coupable se trouve établie lorsque les fonds sont utilisés à des fins étrangères à leur destination normale, par exemple pour régler des dépenses personnelles : cassation criminelle, 20 avril 2005 : encourt la cassation l'arrêt qui relaxe des greffiers associés de tribunaux de commerce qui ont utilisé des fonds reçus de commerçants et de sociétés pour publication d'avis au BOACC, à d'autres fins que celles prévues, notamment en versant des salaires à l'épouse de l'un d'eux sans qu'aucune prestation n'ait été fournie, retardant l'envoi de ces avis afin de différer le paiement de leur publication jusqu'à ce que la trésorerie du greffe le permette.

La condamnation pénale peut être prononcée pour des faits remontant à des périodes lointaines si ceux-ci n'ont été connus que tardivement. En effet, la jurisprudence précise que le **délai de prescription** part du jour où le délit est apparu et a été constaté : cassation criminelle, 17 novembre 2004.

CONDITIONS DE POURSUITE

Lorsque les détournements sont commis par des comptables ou des dépositaires publics, leur répression est soumise à deux règles procédurales particulières.

- **Première hypothèse : les agissements portent sur des biens publics**

Cette infraction est soumise à une règle procédurale particulière : **l'exception préjudicielle de débet**. Le principe est que l'examen du déficit imputé à un comptable ou à un dépositaire public échappe aux juridictions répressives, ceci résultant du principe de séparation des pouvoirs. Il faut donc l'intervention d'une juridiction financière (Cour des comptes ou chambre régionale des comptes) en amont de la poursuite répressive.

L'exception préjudicielle : l'examen des comptes ne doit pas être regardé comme un obstacle au déclenchement des poursuites.

Il ne s'agit pas d'une question préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique mais d'une exception préjudicielle au jugement. Il est par conséquent impossible de mettre en mouvement des poursuites contre un comptable ou un dépositaire public, coupable de détournements de fonds publics, sans attendre qu'ils aient été déclarés reliquataires dans leurs comptes. Cependant, le jugement de ces personnes n'est possible qu'après la déclaration de mise en débet prise par la juridiction financière, le juge répressif devant surseoir à statuer jusqu'à cette déclaration.

Toutefois la Cour de cassation a admis que la condamnation d'un comptable public est légale malgré l'absence d'une déclaration régulière de débet émanant de l'autorité administrative dans les cas suivants :

- quand le comptable a été dénoncé au parquet par le ministre dont il relève ;
- quand le ministre dont il relève l'a révoqué et sollicité l'ouverture d'une information judiciaire ;
- quand à l'occasion des poursuites intentées par le parquet, le ministre se constitue partie civile ;
- quand le montant du détournement peut être incontestablement établi.

● Deuxième hypothèse : les agissements portent sur des fonds privés

Le plaignant doit faire la preuve du contrat en exécution duquel ces fonds ont été remis au prévenu. Le dépôt ou le mandat invoqués par le plaignant constituent une question d'ordre civil, ressortissant de la compétence naturelle des juridictions civiles. Mais celle-ci est ici incidente à une poursuite pénale qui en vertu du principe général « le juge de l'action principale est juge de l'accessoire » rend les juridictions pénales compétentes pour trancher cette question.

Le juge répressif doit, dans ce cas, trancher le problème de la preuve du contrat violé en faisant appel aux règles régissant la preuve en matière civile.

Tentative et complicité

La tentative est punie des mêmes peines que le délit consommé (article 432-15, alinéa 2). Cette solution s'explique sans difficulté pour la tentative de destruction de titres, actes, pièces ou autres objets protégés par le texte. Cependant, il est difficile de l'appliquer pour ce qui est du détournement. En effet, ici comme en matière d'abus de confiance, il est pratiquement impossible de distinguer entre le commencement d'exécution (constitutif de la tentative) et le plein achèvement de l'infraction puisque le délinquant est déjà en possession de l'objet convoité. La distance qui sépare le voleur ou l'escroc du bien dont il veut s'emparer n'existe pas en l'occurrence.

La complicité, les règles posées par les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal s'appliquent au délit étudié. Le complice est puni à l'identique de l'auteur de l'infraction encore qu'il ne possède pas lui-même la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique, personne chargée d'une mission de service public, ou qu'il ne soit ni comptable ni dépositaire public.

SANCTIONS PENALES

Le détournement de fonds publics est puni d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de dix ans et d'une amende d'un montant de 150 000 euros. Elle peut être assortie des peines complémentaires prévues par l'article 432-17 C, ainsi que par la peine complémentaire de non-inscription sur les listes électorales et donc d'inéligibilité prévue par les dispositions que la loi a insérées en 1995 à l'article 7 du Code électoral (délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive).