

MAÎTRISER LE RISQUE D'ATTEINTE À LA PROBITÉ AU SEIN DES ASSOCIATIONS ET FONDATIONS RECONNUES D'UTILITÉ PUBLIQUE

Bonnes pratiques relatives à la gouvernance et la gestion du don



Guide pratique
- Janvier 2022 -

INTRODUCTION

Le rôle clé joué par les associations et fondations reconnues d'utilité publique (ARUP et FRUP) dans la poursuite de buts d'intérêt général ainsi que pour la vie citoyenne et sociale, commande une grande exigence d'intégrité. Il existe en France, au 1^{er} avril 2021, d'après les données du ministère de l'intérieur, près de 1900 associations et 660 fondations reconnues d'utilité publique.

Pour être reconnue d'utilité publique par décret pris en Conseil d'État après instruction du dossier par le ministère de l'Intérieur, une structure associative ou une fondation doit satisfaire à certaines conditions. En particulier, elle doit remplir un objectif d'intérêt général qui justifie l'obtention du label d'utilité publique et disposer d'une solidité financière lui permettant d'accomplir ses missions sur la durée. Cette assise financière est appréciée, selon le cas, au regard du montant minimum de sa dotation initiale (FRUP) ou encore de ses ressources annuelles, ou au regard de la part qu'y tiennent les subventions publiques et des résultats comptables antérieurs (ARUP).

Dans le cas des associations, pour être reconnues d'utilité publique, elles doivent satisfaire aux conditions suivantes :

- être d'intérêt général, ce qui suppose la réunion de trois conditions : ne pas exercer d'activité lucrative, avoir une gestion désintéressée et ne pas fonctionner au profit d'un cercle restreint de personnes ;
- avoir une influence et un rayonnement qui dépasse le cadre local ;
- avoir un nombre minimum de 200 adhérents, une activité effective et une réelle vie associative (c'est-à-dire une participation incontestable de la majorité des adhérents aux activités de l'association) ;
- avoir un fonctionnement démocratique et organisé en ce sens par les statuts ;
- avoir une solidité financière sérieuse (c'est-à-dire un montant minimum de ressources annuelles de 46 000 €, un montant de subventions publiques inférieur à la moitié du budget et des résultats positifs au cours des 3 derniers exercices).

Dans le cas des FRUP, la reconnaissance d'utilité publique passe par :

- l'adoption de statuts-types ou bien la justification des écarts entre statuts adoptés et statuts-types ; ces derniers correspondent à deux cas de figure possibles : fondation à conseil d'administration ou fondation dotée d'un directoire avec conseil de surveillance¹ ;
- la validation d'un éventuel règlement intérieur par le ministère de l'intérieur ;
- une dotation initiale d'au moins 1,5 million d'euros, pouvant être versée en plusieurs fractions sur une période maximum de 10 ans à partir de la date de publication du décret qui accorde la reconnaissance d'utilité publique ;
- des revenus de la dotation permettant d'assurer le financement de l'objet social de la fondation.

L'enjeu de ce secteur a conduit l'Agence française anticorruption (AFA) à élaborer un recueil de fiches pratiques pour sensibiliser les parties prenantes aux risques d'atteinte à la probité, en prenant appui sur l'expertise du Don en confiance et de France Générosités.

¹ Les associations et fondations ayant obtenu la reconnaissance d'utilité publique avant la rédaction des statuts-types n'ont pas l'obligation de se mettre en conformité avec ces derniers tant qu'elles ne formulent pas de demande de modification statutaire. Cela pourrait néanmoins être une bonne pratique, notamment concernant l'adoption d'un règlement intérieur.

- **France Générosités**, créé en 1998 à l'initiative d'associations et de fondations faisant appel public à la générosité, a pour mission de défendre, promouvoir et développer les générosités en France.
- Considérant les 120 associations et fondations membres de France générosités, les volumes financiers en jeu témoignent de l'importance de ce secteur : 8,5 milliards d'euros de ressources annuelles en 2019, dont 5 milliards de dons de particuliers et 3,5 milliards de mécénat d'entreprises. Les libéralités, objet d'une attention toute particulière pour rassurer les donateurs sur le bon emploi de leur don, représentent, sur ce périmètre, un total de 1,353 milliard d'euros en 2019.

- **Le Don en Confiance**, organisation à but non lucratif, a été créé en 1989 avec la volonté de préserver et développer une relation de confiance avec les donateurs. Ayant fondé il y a plus de trente ans une Charte de déontologie, il exerce la mission de contrôle de l'appel public à la générosité basé sur des principes de transparence, de recherche d'efficacité, de probité et désintéressement, et de respect des donateurs, personnes physiques et morales. Le respect des règles de déontologie contenues dans la Charte du Don en Confiance détermine l'octroi du label « Don en Confiance » aux organisations qui en font la demande. Le renouvellement du label se fonde sur le contrôle continu et indépendant des engagements auxquels elles souscrivent. À ce jour, le Don en Confiance rassemble une centaine d'organisations labellisées (associations et fondations accomplissant des missions d'intérêt général) collectant au total 1,6 milliard d'euros de fonds privés pour des activités d'intérêt général.

Ce secteur s'est doté de labels (Label Don en Confiance, label IDEAS, ou référentiel de certification de services) dont les bonnes pratiques promues dans ces démarches peuvent servir de support pour développer des dispositifs anticorruption efficaces.

L'Agence Française Anticorruption (AFA) est un service à compétence nationale créé par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II. Placée auprès du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget, elle aide les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, génériquement dénommées ci-après « atteintes à la probité ». Son expertise peut être sollicitée par les juridictions, les grandes entreprises, les administrations ou encore les collectivités.

La loi Sapin II porte la législation française au niveau des meilleurs standards européens et internationaux en matière de lutte contre la corruption. Elle instaure de nouvelles obligations en matière de prévention et de détection des atteintes à la probité pour les acteurs privés et publics, ainsi que pour les associations et fondations reconnues d'utilité publiques (ARUP et FRUP) qui sont tenues de mettre en œuvre les mesures et procédures propres à prévenir et détecter les six délits d'atteintes à la probité prévus par le Code pénal et rappelés ci-dessus.

L'AFA dispose d'un pouvoir de contrôle administratif lui permettant de vérifier la réalité, la qualité et l'efficacité des mécanismes de conformité anticorruption mis en œuvre, notamment par les entreprises (article 17 de la loi), les administrations de l'État, les collectivités territoriales mais également les associations et fondations reconnues d'utilité publique (article 3).

La loi Sapin II, ses décrets d'application, ses recommandations et les guides publiés sur le site internet de l'AFA constituent le référentiel anticorruption français.

Si la loi ne définit pas de dispositif anticorruption² spécifique aux associations et fondations reconnues d'utilité publique, il est attendu, conformément à ce que promeuvent les recommandations de l'AFA, que les ARUP et FRUP mettent en place des mesures et procédures de prévention et de détection des atteintes à la probité s'articulant autour de trois piliers : l'engagement de l'instance dirigeante, la cartographie des risques et la gestion du risque.

Ces recommandations de l'AFA, publiées au Journal officiel le 12 janvier 2021³ définissent les modalités de mise en œuvre des dispositifs de prévention et de détection des atteintes à la probité que peuvent déployer, de manière proportionnée, en fonction de leur profil de risque, les ARUP-FRUP.

Les présentes fiches pratiques visent à sensibiliser les ARUP-FRUP aux risques d'atteintes à la probité et à proposer des solutions pour les maîtriser, particulièrement en ce qui concerne leur gouvernance et dans le cadre des dons. Au-delà des ARUP/FRUP qui peuvent seules être soumises au contrôle de l'AFA, ce recueil s'adresse à l'ensemble des organismes sans but lucratif (OSBL) et plus particulièrement à ceux faisant appel à la générosité du public.

Outre le rappel des textes législatifs et réglementaires qu'il opère, ce document, non contraignant et non opposable, poursuit un double objectif :

- aider ces organisations, en complément des recommandations de l'AFA, à concevoir ou mettre à jour leur dispositif anticorruption ;
- mettre en avant les caractéristiques des organisations faisant appel à la générosité du public et décliner en fonction de leur profil de risques et des processus qu'elles mettent en œuvre, les manquements ou atteintes à la probité publique auxquels elles peuvent potentiellement s'exposer.

Ces fiches, qui identifient un certain nombre de bonnes pratiques, pourront ainsi constituer un point de départ pour les organisations faisant appel à la générosité du public, en analysant notamment les risques découlant des opérations de collecte de fonds (*fundraising*) qui peuvent être menées dans le cadre de leur activité.

Articulé, dans un format volontairement concis d'une vingtaine de pages, autour de deux fiches pratiques concernant les points de vigilance spécifiques à la gouvernance et à la collecte de dons et legs, ce document présente également, en annexes, des éléments d'information utiles sur les infractions pénales d'atteinte à la probité (annexe n° 1) et les principes généraux de la responsabilité pénale appliqués au cas des organismes sans but lucratif (annexe n° 2). Enfin, une série de présentations relatives à chacune des infractions pénales d'atteintes à la probité complète cet ensemble de précisions juridiques (annexes n° 3 à 8).

² Un dispositif anticorruption doit permettre de connaître les risques d'atteintes à la probité propres à leur organisation et de prévenir, détecter et sanctionner lesdites atteintes. Il comprend notamment : une cartographie des risques d'atteintes à la probité ; un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire ; un dispositif de formation au risque d'atteintes à la probité ; une procédure d'évaluation des tiers (fournisseurs, partenaires, etc.) ; un dispositif d'alerte interne ; un régime disciplinaire permettant de sanctionner les agents ou les salariés de l'organisation en cas de violation de ces règles ; des mesures de contrôle et d'évaluation interne adaptées, y compris dans le champ des contrôles comptables.

³ Cf. Recommandations de l'AFA parues au Journal officiel du 12 janvier 2021.

TABLE DES MATIÈRES

► FICHE N° 1

Points de vigilance et bonnes pratiques concernant la gouvernance

8

► FICHE N° 2

Points de vigilance et bonnes pratiques de prévention des atteintes à la probité (et autres infractions pénales) dans le cadre des dons

15

► ANNEXES

27

Annexe n° 1	Introduction aux atteintes à la probité	28
Annexe n° 2	Rappel des principes généraux de la responsabilité pénale et application au cas des organismes sans but lucratif	31
Annexe n° 3	La corruption	34
Annexe n° 4	Le trafic d'influence.....	39
Annexe n° 5	Le favoritisme	43
Annexe n° 6	La prise illégale d'intérêts	46
Annexe n° 6-1	La prise illégale d'intérêts par un ancien agent public (pantouflage).....	50
Annexe n° 7	Le détournement de biens ou de fonds publics	54
Annexe n° 8	La concussion.....	57



FICHE N° 1

POINTS DE VIGILANCE ET BONNES PRATIQUES CONCERNANT LA GOUVERNANCE

Les principes de gouvernance des ARUP/FRUP participent de leur intégrité : leur engagement au service de l'intérêt général est le plus souvent bénévole. De plus, la longue démarche opérée afin d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique est un gage de l'engagement désintéressé tant des organisations que de leurs membres puisque celles-ci doivent se soumettre à des contrôles et des audits renforcés des services de l'État. Une fois reconnues d'utilité publique, le contrôle de l'État reste prégnant.

Le présent guide propose, sans être exhaustif, quelques points de vigilance afin de prévenir les conséquences réputationnelles, juridiques, humaines et financières que présentent les risques d'atteinte à la probité, ainsi que des bonnes pratiques pour tenter de se prémunir contre ces situations à risque.

La diversité des organisations et des domaines d'action rend difficile la caractérisation de situations à risque susceptibles de se retrouver de manière récurrente au sein des ARUP/FRUP. Toutefois, dans une approche pédagogique, ces situations peuvent être regroupées en quatre grands domaines : l'organisation de l'entité, le fonctionnement démocratique de l'entité, ses mesures déontologiques et son organisation comptable. Les exemples présentés ont vocation à fournir des illustrations et ne pourront bien évidemment pas trouver application dans chaque organisation. **Il appartient à chacune d'elles d'identifier les situations les plus susceptibles de la concerner sur la base d'une cartographie de ses risques propres d'atteinte à la probité.**

1

L'ORGANISATION DE L'ARUP/FRUP

1.1. Généralités

Les statuts des ARUP sont par principe libres mais restent soumis à un contrôle de conformité réalisé par le Conseil d'État vis-à-vis des statuts-types proposés par le ministère de l'Intérieur depuis 1966 et réactualisés pour la dernière fois en 2018. *A contrario*, les statuts des FRUP doivent dorénavant correspondre à l'un des deux modèles de statuts-types proposés par le ministère : soit avec un conseil d'administration, soit avec un directoire et un conseil de surveillance.

Ces statuts types « ont pour objectif de garantir le respect des quelques principes essentiels qui régissent les [ARUP-FRUP], et en particulier leur fonctionnement démocratique et désintéressé »⁴. Ils comportent un ensemble de règles que l'organisation se fixe à elle-même et dont le respect rigoureux participe d'une démarche de qualité de la gouvernance, particulièrement importante dans une logique de recherche de conformité.

⁴ CE, 1^{er} janvier 2021, Recueil de jurisprudence sur les statuts types des associations reconnues d'utilité publique ; CE, 1^{er} janvier 2021, Recueil de jurisprudence sur les statuts types des fondations reconnues d'utilité publique.

Ces statuts types prévoient notamment la composition, les missions, les pouvoirs et les devoirs des différentes instances participant à la gouvernance de l'organisation (assemblée générale et conseil d'administration pour les ARUP ; conseil d'administration ou directoire et conseil de surveillance pour les FRUP). Ils ont pour objet principal d'**assurer une gouvernance équilibrée et transparente**. Toute modification des statuts doit être approuvée par arrêté du ministre de l'Intérieur, sous réserve d'un avis conforme du Conseil d'État⁵. Ces modifications ne peuvent pas les éloigner des statuts-types proposés par le Conseil.

Ainsi, en matière d'organisation, le respect scrupuleux de ces dispositifs administratifs contribue à la maîtrise des risques d'atteintes à la probité auxquels peuvent être exposés les ARUP/FRUP. Néanmoins, ils ne constituent qu'un socle minimal que toute organisation a le loisir de renforcer.

1.2. Exemples de situations porteuses de risques

- Les modifications organisationnelles ou les créations de structures (internes ou externes) pouvant compromettre, même involontairement, l'équilibre des instances et la transparence des décisions prises.
- La modification des règles régissant la structure de l'organisation ne nécessitant pas une modification des statuts validée par le ministre de l'Intérieur après avis du Conseil d'État ou du règlement intérieur validé par le ministre de l'Intérieur : par exemple, modification des règles relatives à l'établissement de l'ordre du jour d'une assemblée générale ou au dépôt de candidatures au conseil d'administration.
- L'évolution, notamment dans la pratique quotidienne, du partage des rôles et missions entre les différents responsables de l'organisation. Le cumul de fonctions, même de façon non-officielle, peut entraîner un pouvoir excessif qui déséquilibre la gouvernance et porte atteinte à la transparence de certaines décisions ;
- L'existence ou l'apparition en cours de mandat de conflits d'intérêts pour les membres des instances dirigeantes.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Mise en place d'une organisation interne (structure, procédures...) respectant *a minima* les principes exposés par les statuts-types.
- Tout changement de structures de l'organisation et toute modification des règles de fonctionnement interne :
 - ne doit pas porter atteinte à la transparence des décisions prises par les différentes instances de l'organisation ;
 - ne doit pas favoriser le cumul de fonctions par les mêmes personnes ;
 - doit garantir l'équilibre entre les instances de l'organisation ;
 - peut faire l'objet d'une étude d'impact publique exposant les changements d'équilibre qu'implique la réforme en question ;
 - doit faire l'objet d'un vote de l'assemblée générale ;
- Concernant les conflits d'intérêts, si les statuts-types évoquent clairement ces hypothèses et la manière de les gérer, la vigilance des personnes concernées devra être attirée sur la nécessité de régulièrement s'assurer de ne pas être confrontées à une telle situation. Ainsi :
 - les personnes disposant d'un mandat électoral ou ayant des fonctions au sein d'une entité chargée une mission de service public, par exemple, devront être tout particulièrement attentives aux situations nécessitant leur départ ;

⁵ En cas d'avis non conforme, un décret est nécessaire. Pour les fondations, un décret est également nécessaire lorsque la modification statutaire comporte une modification de la dotation, même si l'avis du Conseil d'État est conforme.

- en cas de permanence ou de récurrence du conflit d'intérêts, la personne devra envisager de renoncer à l'intérêt posant des difficultés afin de ne pas obérer la capacité opérationnelle de l'instance dirigeante ;
 - pour éviter certaines situations⁶, le législateur assujettit les ARUP/FRUP au régime général des conventions réglementées. Cette procédure permet d'officialiser une situation porteuse d'un conflit d'intérêts et que la décision soit prise par l'organe exécutif et portée à la connaissance de l'organe délibératif afin de garantir la transparence de la décision ;
 - dans le fonctionnement quotidien de l'ARUP/FRUP, une bonne coordination des services et l'existence de règles formalisées (notamment en matière d'achats) permettront également d'éviter toute situation pouvant mener à des prises illégales d'intérêts. Cette coordination est par exemple indispensable entre les services « achats et « mécénat » (cf. *infra*).
- Les organisations peuvent déployer des dispositifs supplémentaires par rapport à ce que prévoient les statuts-types, notamment en matière de prévention et de détection des conflits d'intérêts (ex : déclaration d'intérêts de tous les membres des organes dirigeants, régulièrement actualisées ; dispositif « muraille de Chine »⁷). Ces dispositifs peuvent être prévus dans les statuts, le règlement intérieur mais également dans tout autre document tel que charte des administrateurs, procédures internes...

2 LE FONCTIONNEMENT DÉMOCRATIQUE DE L'ORGANISATION

2.1. Généralités

Il appartient aux dirigeants des ARUP/FRUP d'assurer un réel fonctionnement démocratique au sein de l'association ou de la fondation dans le respect des statuts adoptés par chacune. Pour une ARUP, il s'agira par exemple d'assurer une participation effective de la majorité des adhérents aux activités de l'association.

Ainsi, si les statuts-types prévoient des règles précises permettant un fonctionnement démocratique au sein des ARUP/FRUP, **il appartient aux membres de celles-ci de les faire vivre au quotidien.**

2.2. Exemples de situations porteuses de risques

- L'existence de règles insuffisamment précises concernant les différents aspects du fonctionnement démocratique de l'organisation. De telles règles empêchent une prise de décision transparente et peuvent entraîner un déséquilibre entre les instances de l'organisation.

⁶ Rapport de la Cour des Comptes sur une fondation (2019) qui relève que l'avocat du fondateur depuis 25 ans ne peut être secrétaire général du conseil d'administration de la fondation

⁷ Ce dispositif consiste à envoyer en amont du conseil d'administration tous les éléments utiles au repérage et à la déclaration par les membres de potentiels conflits d'intérêts les concernant. Cela permet de ne transmettre ensuite les dossiers qu'aux personnes déclarant ne pas être en conflit d'intérêts. Il est aussi possible de prévoir une déclaration de non conflit d'intérêts pour chaque membre du conseil d'administration avant une séance.

- L'absence de régularité dans la tenue des conseils d'administration ou des comités statutaires dépendant de ceux-ci. En effet, l'absence de réunion des instances délibérantes compromet la prise de décision, le suivi des activités et leur contrôle de manière collégiale. Elle laisse au(x) membre(s) dirigeant(s), qui est/sont dispensé(s) de rendre des comptes, un pouvoir discrétionnaire plus important.
- Des dysfonctionnements systémiques du fait de l'inertie des membres des organes statutaires ou de la volonté de quelques-uns. Un fonctionnement sain implique la présence et la participation active de tous les membres.
- L'utilisation d'une « association transparente » par un élu que ce dernier gère, de droit ou de fait, et qui se fait attribuer des subventions publiques qu'il détourne en les employant à des fins autres que celles ayant justifié leur octroi. Même si les ARUP-FRUP ont peu de risques d'être utilisées à cette fin, du fait des surveillances et contrôles dont elles font l'objet, cette hypothèse ne peut être totalement écartée.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Prévoir, notamment dans le règlement intérieur, des règles précises concernant tous les aspects du fonctionnement démocratique de l'organisation (désignation des membres/ collègues, droit de vote, délégations de pouvoir et de signature, organisation des assemblées générales...).
- Assurer une tenue régulière des conseils d'administration et des comités statutaires.
- Veiller au respect du renouvellement et à la représentativité des instances dirigeantes au sein des ARUP.
- Veiller à la présence effective des membres de droit au sein des FRUP, notamment du représentant de l'État, à leur participation active et à leur remplacement en fin de mandat.

3 MESURES DÉONTOLOGIQUES

3.1. Généralités

Il est nécessaire de mettre en place un certain nombre de mesures déontologiques qui permettent également aux ARUP/FRUP de progresser vers plus de transparence dans leur gestion et leur prise de décision. Celles-ci peuvent être regroupées dans un code de conduite ou une charte de déontologie par exemple, voire faire l'objet de différents documents.

3.2. Exemples de situations porteuses de risques

- L'absence de formalisation des procédures de détection et de gestion des conflits d'intérêts, par exemple pour les personnes participant aux instances d'examen d'octroi de financements à des tiers ou aux processus de recrutement des salariés de la structure.
- Le manque de transparence dans la politique « cadeaux ». Si les cadeaux et invitations sont des actes ordinaires de la vie des affaires et ne constituent pas, en tant que tels, des actes de corruption, certaines modalités (nature, montant, contexte) peuvent constituer une contrepartie et exposer les organisations à un risque dont il faut se prémunir⁸. Ce risque concerne tant les cadeaux reçus qu'offerts.

⁸ Cf. annexe 3 relative à la corruption.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- La formalisation des procédures de détection et de gestion des conflits d'intérêts peut prendre la forme d'un document rempli par chaque participant démontrant l'analyse préventive de la situation de chacun qui, couplée aux procédures de contrôles interne et comptable (cf. *infra*) démontre le souci de transparence et de bonne gestion de l'association ou de la fondation. Le développement d'une culture de l'intégrité au sein de l'organisation favorise également les déclarations spontanées en cas de découverte d'une nouvelle situation de conflit d'intérêts en cours de mandat/processus.
- Concernant la politique « cadeaux », il est préconisé :
 - la rédaction d'un document qui peut être intégré ou annexé au règlement intérieur de l'organisation, et qui fixe précisément les règles concernant les avantages en nature (cadeaux, invitations), reçus ou donnés. Ces règles pourront par exemple concerner le montant maximal acceptable, l'obligation de signalement, le type de cadeaux nécessitant un accord du supérieur ou de toute autre personne spécialement désignée à cet effet, les périodes où tout cadeau est interdit, etc.⁹ ;
 - la sensibilisation de l'ensemble des personnels, notamment ceux les plus exposés (gestionnaire RH, gestionnaire de marchés publics ou des subventions publiques, gestionnaire des fonds et biens de l'ARUP-FRUP, attributaire d'un pouvoir de décision vis-à-vis de tiers etc.).

4 L'ORGANISATION FINANCIÈRE ET COMPTABLE

4.1. Généralités

Ce dernier domaine regroupe l'ensemble des situations ayant trait à la manipulation et à l'usage, direct ou indirect, des fonds des entités. Si, par principe, l'action des membres des ARUP/FRUP est désintéressée, leur humanité ne les met à l'abri ni des erreurs vénielles ni des tentations délictuelles.

Ainsi, **le maniement des fonds doit être un point de vigilance renforcé** nécessitant l'implication de différents acteurs tout au long des processus afin d'assurer la transparence des décisions prises. Les ARUP/FRUP doivent instaurer **des règles de gestion précises** en matière financière et comptable.

Par ailleurs, il sera nécessaire de mettre en place **des contrôles internes et comptables** destinés à s'assurer du bon respect de ces règles. De manière générale, le contrôle interne vise à se prémunir contre tous les risques (financiers et opérationnels notamment) et le contrôle comptable garantit la régularité, la sincérité et la fidélité des opérations comptables. En matière de lutte anticorruption, ces contrôles sont adaptés aux risques mis en évidence par la cartographie réalisée au sein de chaque ARUP/FRUP. Plusieurs niveaux de contrôles, préventifs ou détectifs, impliquant des acteurs tant internes qu'externes, peuvent être mis en œuvre.

⁹ [Guide de l'AFA relatif à la politique cadeaux et invitations.](#)

4.2. Exemples de situations porteuses de risques

Tout maniement de fonds est par nature porteur de risque.

- À chaque nature des fonds (numéraire, chèque, dématérialisés) correspondent des risques spécifiques.
- L'absence de procédures spécifiques et formalisées augmente ce risque.
- Le risque porte tant sur les dons ou les subventions que sur les frais de fonctionnement des organisations (salaires, frais divers etc.)

De même, les demandes de subventions publiques et la soumission aux marchés publics portent intrinsèquement des risques spécifiques.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Il est recommandé de conserver le numéraire dans un lieu sécurisé et de formaliser les règles relatives à son maniement (transport, remise, enregistrement, accès, sortie etc.), dont le respect devra être contrôlé.
- De même, concernant les comptes bancaires, des procédures formalisées doivent prévoir les personnes habilitées à réaliser des opérations, à détenir le chéquier ou la carte bancaire, à signer les chèques, les montants pouvant être engagés etc.
- Les fonctions de direction (président, président du conseil d'administration, président du directoire) et de trésorier ou comptable ne doivent pas être réunies dans les mêmes mains. En effet, afin de s'assurer du bon emploi des fonds de l'organisation, il est préférable qu'une seule personne ne maîtrise pas toute la chaîne des dépenses et que ces processus d'engagement des dépenses soient formalisés.
- Les remboursements de frais doivent faire l'objet de procédures formalisées permettant de s'assurer de la juste cause de la demande. Il en est de même des éventuels avantages en nature (logement, voiture, téléphone...) pouvant être associés à certaines fonctions dirigeantes. Par exemple, les statuts de certaines organisations prévoient que les assemblées générales prennent connaissance des sommes remboursées aux administrateurs au titre de leurs frais de missions, ce qui constitue une bonne pratique¹⁰.
- En matière de ressources humaines, les procédures doivent permettre d'éviter tout pouvoir discrétionnaire concernant la fixation, l'augmentation des salaires ou des primes par exemple. La multiplicité d'acteurs intervenant dans le processus de décision permet de se prémunir de ce genre de risque. Pour mémoire, les statuts-type rappellent que les membres du conseil d'administration d'une ARUP ou d'une FRUP ne sont par principe pas rémunérés. Le législateur a strictement encadré les exceptions à ce principe tant sur le montant de l'indemnité accordée que sur la procédure à respecter afin de garantir la transparence et la modération de cette rémunération¹¹.
- Concernant les FRUP, les relations avec les tiers, dans le cadre de partenariats ou de mécénats doivent respecter des règles rigoureuses. Par exemple la convention doit lister et quantifier précisément les contreparties accordées afin de limiter les demandes abusives de la part du mécène *a posteriori* (risque de déséquilibre de la contrepartie). Par ailleurs, cela permet de valoriser ces contreparties et de garantir une traçabilité en cas de contrôle fiscal. Ainsi, il convient dans la convention de préférer la mention « *l'organisation se verra remettre 10 places pour tel événement* » plutôt que « *l'organisation se verra remettre des places pour tel événement* ». De même, il peut être judicieux de préciser que ces contreparties ne peuvent pas être utilisées à des fins commerciales (ex : revendre ces places ou les faire gagner à ses salariés par une tombola payante).

¹⁰ Référentiel déontologique du Don en Confiance, III.3.2.

¹¹ Articles 261-7-1^od. et 242 C du code général des impôts, annexe II.

- En matière d'achats, la transparence implique également des procédures formalisées afin de prévenir les risques d'atteinte à la probité. Par ailleurs, l'instauration de contrôles ou d'audits, internes ou externes, en la matière, ne peut que renforcer la démarche de transparence. En outre, les mesures de bonne gouvernance, comme le renouvellement des instances dirigeantes, permettent de détecter et de mettre fin à toute situation à risque.
- De même, la formalisation des règles assure la bonne gestion des ressources de l'ARUP/FRUP. Ainsi, la Cour des Comptes recommande la mise en place d'outils de pilotages efficaces qui permettent le contrôle budgétaire des ressources de l'ARUP/FRUP. Par exemple : la conformité du compte emplois ressources aux dispositions réglementaires, l'adoption d'une comptabilité analytique, la formalisation des procédures d'engagement de dépense, le respect rigoureux des règles de distinction entre dons donnant droit ou non à avantage fiscal lors de la délivrance des reçus fiscaux et le suivi de ces reçus, l'uniformisation de ces procédures à toutes les structures de l'ARUP/FRUP etc.

Un autre regard pour s'assurer de l'intégrité de sa gouvernance : la charte du Don en Confiance

Les exigences contenues dans la charte du Don en Confiance peuvent guider les organisations dans l'analyse de leur gouvernance, afin de s'assurer qu'elles sont administrées de manière à assurer le pilotage de leurs activités et le désintéressement de leurs acteurs :

- l'organisation définit clairement les modes de fonctionnement de ses instances. Elle les décrit dans les statuts, éventuellement complétés par le règlement intérieur ou tout autre document en tenant lieu ;
- les administrateurs et dirigeants exercent leurs responsabilités sans chercher à en retirer un avantage personnel ;
- le Conseil d'administration se donne les moyens de piloter les missions de l'organisation.

Ces trois exigences sont déclinées en une quinzaine de règles, dont certaines très détaillées, qui en précisent l'objectif et le contenu.



[Retrouvez la charte ainsi que l'ensemble du référentiel déontologique sur le site internet de Don en confiance](#)



FICHE N° 2

POINTS DE VIGILANCE ET BONNES PRATIQUES DE PRÉVENTION DES ATTEINTES À LA PROBITÉ (ET AUTRES INFRACTIONS PÉNALES) DANS LE CADRE DES DON

Le don¹², acte généreux par nature, est indispensable à la vie et à l'activité de nombreuses associations et fondations mais il est nécessaire que ce don soit tracé et utilisé à bon escient. En effet, la transparence dans la gestion du don permet de poursuivre tant l'objectif de renforcement de la confiance des donateurs que l'objectif de saine gestion imposée par l'État.

Des points de vigilance seront ainsi relevés tout au long du processus, de la collecte/réception à l'affectation du don. Les bonnes pratiques exposées¹³ ne doivent pas être appréhendées comme des directives contraignantes. Il appartient à chaque organisation, au regard de sa structure, de sa taille, et de son mode de fonctionnement, de retenir celles pouvant l'aider à être toujours plus transparente.

Une même situation peut revêtir différentes qualifications pénales en fonction du contexte de la commission des faits, du poste occupé par le mis en cause au sein de l'organisation, ou même de la nature de cette organisation. C'est pourquoi, dans les développements qui suivent, chaque point de vigilance sera illustré par un ou plusieurs exemples concrets.

Par ailleurs, les mesures prises en matière de prévention de vol ou de fraude, par exemple, participent à la prévention des atteintes à la probité. Ainsi, les mesures de sécurisation des fonds serviront tout autant à se prémunir d'un vol provenant de l'extérieur que de l'intérieur de l'organisation.

1 LA PROSPECTION, LA COLLECTE ET LA RÉCEPTION DU DON

1.1 Généralités

Le principal risque est le détournement des dons par un collaborateur de l'organisation¹⁴ (bénévole, salarié, membre des instances dirigeantes ou tiers associé à l'activité de l'organisation) à des fins autres que celles initialement prévues (pour lui-même ou une autre personne).

¹² Dans cette fiche, le vocable « don » recouvre les dons manuels, les donations, les legs et les assurances-vie.

¹³ Ces bonnes pratiques sont issues tant du référentiel anticorruption français tel que défini par l'AFA dans ses recommandations (2021) que de la Charte du Don en confiance ou de rapports publiques.

¹⁴ Dans cette fiche, le vocable « organisation » recouvre tant les associations que les fondations.

BONNES PRATIQUES GÉNÉRALES

- L'organe collégial d'administration (instance de gouvernance de l'ARUP/FRUP) doit définir les règles déontologiques et les prescriptions de collecte/réception de dons et de recherche de financements, en organiser le suivi et le contrôle :
 - il définit notamment les principes déontologiques et techniques relatifs à l'organisation de la recherche de financements, la collecte et à la communication associée ;
 - il rappelle le modèle socioéconomique de l'organisation ;
 - il affirme son respect de la protection des données à caractère personnel des donateurs.
- Tous ces éléments peuvent faire l'objet d'une formalisation dans un document « stratégie de la collecte » exposant les modalités de cette collecte (canaux, modalités de perception, campagnes...) et les mesures de prévention et de détection des atteintes à la probité dont le dispositif de contrôle interne pour sécuriser les flux financiers (notamment l'émission des reçus fiscaux).
- Ces éléments doivent être portés à la connaissance des salariés, bénévoles ou prestataires chargés de leur bonne application.
- L'organisation s'assure que la volonté des donateurs ou financeurs et leurs réclamations sont bien prises en compte (cf. infra)¹⁵.

1.2 Détournement de dons en liquide par les permanents ou bénévoles de l'organisation, lors des quêtes sur la voie publique

✓ MISES EN SITUATION

- À l'issue d'une collecte sur la voie publique, un bénévole part avec un tronc au lieu de le restituer à l'organisation.
- À l'issue d'une collecte, une partie des dons en liquide est détournée par un permanent chargé de récupérer les troncs.

Ces situations sont susceptibles de revêtir les qualifications pénales suivantes :

- **vol** : soustraction frauduleuse du tronc contenant le produit de la collecte ;
- **abus de confiance** : détournement frauduleux des fonds qui avaient été remis à la personne chargée de les donner à l'organisation ;
- **détournement de fonds publics** : si le détournement est par exemple réalisé au sein d'une ARUP/FRUP chargée d'une mission de service public. Les fonds peuvent être d'origine publique ou privée.

¹⁵ Extraits du guide IDEAS, DÉONTOLOGIE DE LA RECHERCHE DE FINANCEMENTS ET DE LA COLLECTE – G71.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Actions de sensibilisation et formation des bénévoles chargés de collecter les dons, au cours desquelles ils signent un engagement d'honorabilité, des rappels étant, par ailleurs, régulièrement effectués.
- Insertion de dispositions relatives à la probité dans le code éthique, notamment concernant les modalités des collectes sur la voie publique (permanents).
- Mise en place de procédures et de procédés techniques empêchant tout détournement de dons lors de la collecte, notamment sur la voie publique (ex : troncs scellés, numérotation des troncs, suivi de l'attribution des troncs, collégialité des décomptes...).
- Rémunération des acteurs de collecte : il est recommandé aux organisations de ne pas mettre en place une rémunération liée au montant des sommes collectées. Cette recommandation s'adresse aussi bien aux acteurs internes (salariés et bénévoles) qu'aux agences, conseils et prestataires contribuant à générer de la collecte de fonds. Dans le cadre des appels de fonds par toute autre méthode que celle du publipostage, l'organisation peut, par exception, pratiquer des rémunérations assises sur le nombre de dons, sauf pour les acteurs internes¹⁶.

1.3 Détournement des dons par le tiers chargé de la collecte

☑ MISES EN SITUATION

- Dans le cadre d'action de collecte sur la voie publique, le tiers missionne plus d'agents sur le terrain que le nombre prévu par la convention et détourne les dons collectés par ces agents supplémentaires avec des troncs n'appartenant pas à l'organisation. Cette situation est susceptible de revêtir la qualification pénale **d'abus de confiance** (détournement frauduleux des dons qui avaient été remis au tiers, qui aurait dû les donner en intégralité à l'organisation).
- Un membre de l'organisation tierce met en place un stratagème permettant de détourner une partie des fonds lors de leur remise dans les troncs par les donateurs. Cette situation pourrait revêtir la qualification **d'escroquerie** par l'emploi de manœuvres frauduleuses.
- Le comptable de l'organisation tierce détourne une partie des fonds entre la fin de la collecte et leur remise à l'organisation. Il pourrait alors s'agir **d'abus de confiance**, voire de **détournement de fonds publics** si les faits sont commis au sein d'une ARUP/FRUP chargée d'une mission de service public.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES¹⁷

- Ces collectes organisées par un tiers font l'objet de conventions écrites. L'organisation contrôle l'utilisation de sa dénomination, son logo, sa marque et l'ensemble de la communication de l'opération, ainsi que tous les éléments déterminant les versements qui lui seront faits par des tiers. Ces tiers contractants peuvent faire l'objet d'une évaluation de leur intégrité comme le recommande l'AFA¹⁸.

¹⁶ Recommandation sur la base de la charte du Don en Confiance : II.8.1.

¹⁷ Extraites notamment de la charte du Don en Confiance : II.8.1 ; II.8.2 ; II.9.

¹⁸ Cf. Recommandations de l'AFA parues au Journal officiel du 12 janvier 2021, § 467 et suivants.

- Rémunération des acteurs de collecte : il est recommandé aux organisations de ne pas mettre en place une rémunération liée au montant des sommes collectées. Cette recommandation s'adresse aussi bien aux acteurs internes (salariés) qu'aux agences, conseils et prestataires contribuant à générer de la collecte de fonds. Dans le cadre des appels de fonds par toute autre méthode que celle du publipostage, l'organisation peut, par exception, pratiquer des rémunérations assises sur le nombre de dons, sauf pour les acteurs internes.
- Maîtrise des décisions de gestion des appels de fonds :
 - l'organisation veille à ne pas laisser aux mains d'un seul fournisseur un ensemble de fonctions permettant à celui-ci d'avoir la maîtrise complète du processus de collecte de fonds ;
 - elle confie les prestations de services liées à la collecte à des prestataires différents (notamment ceux chargés de la communication et de la gestion du fichier donateurs) ;
 - les relations entre l'agence, les sous-traitants et les éventuels mandataires sont suffisamment transparentes et connues par l'organisation, notamment les liens de groupes et autres relations ;
 - les prestataires de services ne peuvent encaisser des commissions de la part de leurs sous-traitants et mandataires éventuels.
- Dans le cas où l'organisation est amenée à confier tout ou partie du traitement de sa base de données informatique et/ou du traitement des paiements (enregistrement de chèques...) :
 - elle contrôle les circuits de traitement des dons et d'émission des reçus pour éviter tout détournement ;
 - elle ne rémunère pas ces prestataires par un pourcentage prélevé sur la collecte enregistrée.
- Actions de formation des personnes chargées de collecter les dons au cours desquelles elles signent un engagement d'honorabilité

1.4 Détournement des dons en liquide (non collectés sur la voie publique) à leur réception par l'organisation (publipostage, dépôt...)

✓ MISE EN SITUATION

Un salarié en difficultés financières récupère un don en liquide déposé anonymement dans la boîte aux lettres de l'organisation ou envoyé par la poste, afin de payer ses dettes. Cette situation peut être constitutive d'un vol, voire de détournement de fonds publics au sein d'une ARUP/FRUP chargée d'une mission de service public.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Engagement d'honorabilité des personnes chargées de l'accueil ou de l'ouverture du courrier (bénévoles) ou introduction de dispositions particulières dans le code de conduite (permanents).
- Mise en place de procédures encadrant l'ouverture du courrier : présence *a minima* de deux personnes, inscription de chaque somme sur un registre, dépôt dans un coffre en attendant un dépôt rapide en banque etc.
- Établissement d'un processus pour l'acceptation de dons anonymes.
- Actions de formation.

1.5 Détournement de dons réalisés par virement bancaire

✓ MISES EN SITUATION

- Un permanent de l'organisation diffuse son RIB à la place de celui de l'organisation afin de détourner les dons effectués par virement avant même que ceux-ci ne soient versés sur le compte de l'organisation. Cette situation est susceptible de revêtir la qualification pénale d'**escroquerie**.
- Un permanent de l'organisation ou un tiers modifie le dispositif de versement des dons sur le site de l'organisation afin que les virements soient effectués directement sur un compte dont il est titulaire. Cette situation est susceptible de revêtir la qualification pénale d'**escroquerie**, voire de **détournement de fonds publics** si les faits sont commis par un employé d'une ARUP/FRUP chargée d'une mission de service public.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Mentions particulières dans le code de conduite pour les missions spécifiques des personnes affectées au service comptable.
- Facilité d'accès aux données nécessaires pour faire un don par virement, notamment sur le site Internet officiel de l'organisation, et/ou mise en place d'un dispositif technique permettant de faire un don par virement directement sur le site Internet de l'organisation en mettant en place toutes les sécurités nécessaires.
- Mise en place de contrôles internes.¹⁹

1.6 Dons effectués de façon intéressée

✓ MISES EN SITUATION

- Un membre de l'instance de gouvernance accepte un don en faveur de son organisation en échange de l'embauche de la fille du donateur. Cette situation est susceptible de revêtir la qualification pénale de **corruption active** pour le donateur et de **corruption passive** pour le membre de l'instance dirigeante. Si cet emploi est fictif, l'organisation pourrait également être poursuivie pour **abus de confiance**, voire **détournement de fonds publics** (si ARUP/FRUP chargée d'une mission de service public) et le bénéficiaire de l'emploi fictif pour **recel**.
- Dans le cadre des ARUP/FRUP qui ont la qualité de pouvoir adjudicateur, si une instance de gouvernance attribue un marché public à un généreux donateur en ne respectant pas les règles de la commande publique, en plus des infractions de **corruption active et passive**, l'infraction de **favoritisme** pourrait être constituée à l'encontre de l'organisation et de ses dirigeants et celle de **recel de favoritisme** pourrait être retenue contre le donateur.
- Un responsable de l'organisation accepte d'intervenir auprès d'un tiers pour essayer de faire attribuer un marché public à un donateur en échange d'un don important pour son organisation. Cette situation est susceptible de revêtir la qualification pénale de **trafic d'influence actif** pour le donateur et de **trafic d'influence passif** pour le responsable de l'organisation.

¹⁹ Cf. Recommandations de l'AFA parues au Journal officiel du 12 janvier 2021, notamment § 547 et suivants.

RAPPEL

La responsabilité pénale de l'organisation pourra être retenue par la Justice si les actes commis par un de ses organes ou ses représentants l'ont été au nom et pour le compte de cette organisation²⁰. L'organe et les représentants doivent exercer, de droit ou de fait, certaines fonctions de direction, d'administration, de gestion ou de contrôle (ou détenir une délégation de pouvoirs juridiquement valable pour exercer ces fonctions). Il est possible de retenir cumulativement la responsabilité pénale du dirigeant et de la personne morale.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Mise en place de procédures dans les différents processus métiers et opérations de support afin de limiter les risques. Ces procédures sont adaptées aux caractéristiques de l'organisation (taille, nombre de salariés, statut d'ordonnateur public, réception de subventions...).
- Formation des permanents et des membres de l'instance de gouvernance au risque d'atteinte à la probité et aux procédures mises en place en interne pour prévenir ce risque. Les bénévoles peuvent également être sensibilisés en la matière.
- Mise en place d'un dispositif d'alerte interne²¹ permettant de signaler toute situation d'atteinte à la probité, avec un référent chargé de traiter de manière indépendante ces alertes.

2 TRAITEMENT DU DON

2.1 Détournement de dons en liquide lors de la manipulation

MISES EN SITUATION

- Les permanents chargés de comptabiliser les fruits d'une collecte décident d'en prendre une partie pour acheter un cadeau à un responsable de l'organisation qui part en retraite.
- La personne chargée de la remise des fonds en banque profite du trajet pour en soustraire une partie qu'elle reverse à une autre association qu'elle sait être dans le besoin.
- Le comptable de l'organisation profite de son accès au coffre pour récupérer une partie des dons mis en sécurité pour son usage personnel (par exemple : payer des frais médicaux ou les études de ses enfants) et il falsifie les écritures comptables afin que ces retraits ne soient pas détectés.

Dans toutes ces situations, les mis en cause pourraient être poursuivis pour **abus de confiance** ou **vol**. Le comptable pourrait en outre être poursuivi pour **faux**.

²⁰ Cf. fiche 2 du présent recueil de fiches.

²¹ Cf. Recommandations de l'AFA parues au Journal officiel du 12 janvier 2021, notamment § 505 et suivants.

EXEMPLE DE BONNES PRATIQUES

- Mise en place de procédures encadrant l'enregistrement des fonds et toutes les manipulations : inscription sur un registre de toutes les manipulations, pochettes scellées, présence (et visa) *a minima* de deux personnes, présence d'un membre de l'instance de gouvernance/trésorier à partir d'un certain seuil, possibilité d'installation de dispositifs techniques de vidéo-surveillance, changement régulier de la combinaison du coffre, traçabilité du dépôt en banque, etc.

2.2 Détournement de dons réalisés par chèque bancaire

✓ MISES EN SITUATION

- Une personne crée une association au nom approchant de celui de l'organisation et détourne des chèques envoyés à cette dernière en les encaissant sur le compte de son association. Ces faits sont susceptibles de revêtir la qualification pénale **d'escroquerie**.
- Un salarié de l'organisation encaisse un chèque sans ordre envoyé à l'organisation sur un compte bancaire ne figurant pas dans la liste des comptes de l'association (ex : cas des structures locales de l'association mère) ou sur un compte personnel. Le mis en cause pourrait alors être poursuivi pour **abus de confiance**, voire **détournement de fonds publics** (ARUP/FRUP chargée d'une mission de service public).

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Mise en place d'une procédure encadrant l'encaissement des chèques : présence (et visa) *a minima* de deux personnes, inscription sur un registre, endossement par double signature, numéro de compte marqué grâce à un tampon, photocopie des chèques endossés, dépôt dans un coffre en attendant un dépôt rapide en banque etc.
- Établir un processus pour le traitement des chèques sans ordre.

2.3 Détournement de dons réalisés par virement

✓ MISE EN SITUATION

Un membre de l'organisation monte un circuit financier permettant le transfert de certains virements bancaires vers un compte de l'association auquel il est le seul à avoir accès. Les faits sont susceptibles de revêtir la qualification pénale **d'abus de confiance**, voire de **détournement de fonds publics** (ARUP/FRUP chargée d'une mission de service public).

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Mise en place de procédures encadrant l'ouverture et l'usage des comptes bancaires de l'organisation : autorisation(s) à obtenir pour ouvrir un compte au nom de l'organisation, double accès à tous les comptes de l'organisation...
- Mise en place de contrôles internes et externes²².

²² Cf. Recommandations de l'AFA parues au Journal officiel du 12 janvier 2021, § 547 et suivants.

2.4 Usage du don non-conforme à la volonté du donateur

✓ MISES EN SITUATION

- Des dons collectés dans le cadre d'un événement calamiteux (inondations, ouragan etc.) sont finalement utilisés pour un autre projet de l'organisation sans que cette possibilité ait été prévue lors de la collecte.
- Une personne lègue tout son patrimoine à une association en conditionnant son emploi à une réalisation précise. Or, l'exécuteur testamentaire est également trésorier d'une des délégations de l'association et remet des meubles et des sommes d'argent à des dirigeants de cette organisation contrevenant ainsi à la volonté du testateur²³. Cette situation est susceptible d'une qualification pénale d'abus de confiance.

💡 RAPPELS

- Les produits provenant de la générosité du public doivent être affectés conformément à la volonté du donateur. Tout don ou autre libéralité, qu'il ait été ou non sollicité, qu'il soit ou non affecté, crée un quasi contrat, entre le donateur et l'organisation²⁴.
- Les réclamations des donateurs doivent être suivies. Une réponse leur est apportée dans un délai maximal préétabli.
- L'affectation des dons du public exige une précision rigoureuse. L'association doit être à même de justifier l'utilisation des fonds et en suivre l'affectation, tant du point de vue informatique que comptable²⁵.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- ➔ Plusieurs outils peuvent être mis en place pour éviter de commettre des infractions d'atteinte à la probité :
 - un inventaire physique des dons au moment de leur réception, et ce de manière immédiate, car tout retard modifie la situation ;
 - un corpus précisant les modalités de réalisation des dons et de dépôt des fonds qui peuvent être liés et identification des personnes habilitées à les recevoir ;
 - une évaluation de l'importance globale des dons dans la masse des ressources de l'association ;
 - une identification, un classement des contrats, originaux, doubles, copies etc., puis comparaison des exigences d'affectation des legs avec l'utilisation réelle qui en est faite.
- ➔ Il convient d'identifier le moment et/ou la décision qui a fait basculer le montage vers une utilisation détournée. Cela permet de déterminer, dans le processus de décision, quelle est l'étape au cours de laquelle des mesures correctives doivent être mises en œuvre pour éviter la répétition du risque.
- ➔ Rédaction d'un guide « dons et legs » afin d'informer le donateur sur les mesures prises en matière de transparence, sur les conséquences fiscales des dons et legs, les charges à venir etc.

²³ Rapport d'activité du Service central de prévention de la corruption pour l'année 2002.

²⁴ Extrait de la charte du Don en Confiance : II.7 ; II.7.1.

²⁵ Rapport d'activité du Service central de prévention de la corruption pour l'année 2002.

2.5 Dons non-conformes aux statuts de l'organisation

✓ MISES EN SITUATION

- Une organisation reçoit un legs d'un donateur qui souhaite financer une action sociale en Afrique alors que l'objet social de l'organisation, tel qu'il ressort de ses statuts, est d'aider les plus démunis sur le territoire national. L'organisation entreprend néanmoins les démarches pour accepter ce legs.
- Un membre de l'instance de gouvernance participe à la décision d'affecter, contrairement aux statuts de l'organisation, une partie d'une collecte de fonds à une autre organisation que par ailleurs il préside.

Ces affectations de fonds par voie testamentaire relèvent de la compétence de l'instance dirigeante de l'ARUP/FRUP. Il n'existe plus de contrôle externe²⁶. Néanmoins, le second exemple met en avant une situation susceptible de revêtir les qualifications pénales de **prise illégale d'intérêts** pour le dirigeant et **d'abus de confiance** pour l'organisation.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Les dons doivent être refusés s'ils ne correspondent pas aux missions définies par les statuts de l'organisation ou si l'affectation souhaitée ne peut être respectée.
- Si l'organisation est susceptible de réaffecter une partie des fonds collectés, cette latitude est précisée dans l'appel aux dons et notamment dans le support de réponse accompagnant ce dernier²⁷.
- Les situations de conflits d'intérêts doivent être identifiées le plus amont possible pour permettre le départ des personnes concernées (cf. fiche 1 sur la gouvernance).

2.6 Détournement en cas de dissolution d'une association/fondation

✓ MISE EN SITUATION

Les ayants droit d'une fondation décident de sa dissolution en espérant récupérer la dotation initiale et les sommes ou biens non encore utilisés. La situation est susceptible d'être qualifiée pénalement **d'abus de confiance** ou de **détournement de fonds publics** (si l'organisation est chargée d'une mission de service public).

EXEMPLE DE BONNES PRATIQUES

- En cas de dissolution d'une fondation, « *les sommes et les biens qui n'ont pas été utilisés ne peuvent pas être repris par les fondateurs. Ils doivent être confiés à une autre fondation ou à une association, poursuivant un but comparable ou compatible* »²⁸. Il faut donc encadrer ce processus de dissolution pour s'assurer que la dévolution de l'actif résiduel respecte les dispositions légales.

²⁶ Depuis 2015, l'article 910 du Code civil dispose que le Préfet n'est pas compétent en matière de dispositions entre vifs ou par testament au profit des ARUP/FRUP.

²⁷ Extrait de la charte du Don en Confiance : II.7.2 ; II.7.3.

²⁸ <https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/F31023> et <https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/F1131>

3 REÇUS FISCAUX

✓ MISE EN SITUATION

Un permanent de l'organisation émet des reçus fiscaux sans lien avec une donation (ex : au profit d'un membre de la famille d'un collaborateur de l'organisation). Cette situation est susceptible d'être qualifiée pénalement **d'abus de confiance** pour le permanent et de **recel d'abus de confiance** pour la personne ayant obtenu le reçu fiscal, mais également de **corruption active et passive** en cas de contrepartie à la remise de ce reçu fiscal. Enfin, des poursuites pour **fraude fiscale** et complicité pourraient également être envisagées.

EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

- Mise en place d'une procédure encadrant la délivrance des reçus fiscaux²⁹.
- Mise en place de contrôles internes³⁰.



Encadrement légal et réglementaire

Lorsque le montant global des subventions ou des dons en numéraire dépasse 153 000 €, l'association ou la fondation doit établir des comptes annuels comprenant un bilan, un compte de résultat, et une annexe.

- Elle doit nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant.
- Elle doit publier, dans les 3 mois suivant l'approbation des comptes par l'assemblée délibérante, au JOAFE, ses comptes annuels et le rapport du commissaire aux comptes (article L. 612-4 du Code de commerce).
- Contrôles par la Cour des comptes, l'inspection générale de l'administration, l'inspection générale des affaires sociales et l'inspection générale de l'éducation, du sport et de la recherche sur leurs champs respectifs d'intervention.
- Contrôle par l'administration fiscale des reçus fiscaux émis pour les dons ouvrant droit à avantage fiscal pour le donateur.

²⁹ Pour rappel l'article 222 bis du Code général des impôts (loi n° 2021-1109 du 24 août 2021) prévoit que les organisations sont tenues de « déclarer chaque année à l'administration fiscale, dans les délais prévus à l'article 223, le montant global des dons et versements mentionnés sur ces documents et perçus au cours de l'année civile précédente ou au cours du dernier exercice clos s'il ne coïncide pas avec l'année civile ainsi que le nombre de documents délivrés au cours de cette période ou de cet exercice ».

³⁰ Cf. Recommandations de l'AFA parues au Journal officiel du 12 janvier 2021, notamment § 547 et suivants.

4 FOCUS SUR LES CARACTÉRISTIQUES ET BONNES PRATIQUES À METTRE EN ŒUVRE DANS LE CAS D'UN PROCESSUS DE DON À L'INTERNATIONAL

Les dons à l'international, comme tous les autres dons, peuvent émaner de particuliers et d'entreprises. Les services affectés aux partenariats ont parfois une compétence au niveau européen et international. De même, les services de collecte peuvent disposer de contacts auprès de donateurs potentiels à l'étranger.

Lorsque le donateur est une personne morale, l'affectation des dons à des missions est formalisée le plus souvent par une convention de mécénat. Le don peut faire l'objet de réaffectation à un partenaire en contrepartie de la signature d'une convention, conformément aux obligations fiscales de *reporting*.

La mise en œuvre des obligations de *screening* doit permettre de vérifier, en cas de don en provenance d'une personne physique ou morale étrangère notamment hors Union européenne, que l'identité des membres du Conseil d'administration du partenaire ne figure pas sur des listes noires ou d'interdiction.

Outre ces obligations, il est recommandé, dans le cadre de la démarche générale de maîtrise des risques d'atteintes à la probité, de procéder à l'évaluation de l'intégrité de l'ensemble des donateurs d'une ARUP FRUP, que ceux-ci résident ou non sur le territoire national, dans la mesure où ils constituent des tiers de celle-ci. Les modalités méthodologiques à retenir pour l'évaluation de l'intégrité des tiers sont précisées dans les recommandations de l'AFA destinées à aider les personnes morales de droit public et privé à prévenir et détecter les faits d'atteinte à la probité³¹.

4.1 Le dispositif européen transnational de vérification de conformité utilisé par la Fondation de France, en cas de don induisant un flux financier entre deux pays membres

En cas de don intervenant entre deux fondations ressortissant de pays membres de l'Union européenne, un reçu fiscal du pays d'origine est établi en passant par un intermédiaire : *Transnational giving Europe* (TGE). L'argent est ainsi versé à une fondation du pays donateur puis versé à l'organisme sans but lucratif (OSBL) final. Ainsi dans le cadre d'accords coordonnés par la Fondation de France avec différentes fondations en Europe, la fondation du pays donateur assure les diligences fiscales requises, garantes de conformité pour le donateur et pour le destinataire final. Les flux financiers requis depuis l'étranger passent en outre par un établissement bancaire engagé dans la lutte contre le blanchiment, de manière à prévenir le risque de blanchiment de capitaux issus d'activités illicites.

³¹ Cf. Recommandations de l'AFA parues au Journal officiel du 12 janvier 2021, notamment § 467 à 504.

4.2 Une pratique à maintenir en toute circonstance : l'examen collégial des projets

Dans tous les cas, y compris celui de l'urgence humanitaire, qui impose une grande réactivité et des interventions parfois dans des États faillis, une garantie peut être apportée, dans l'ARUP/FRUP qui mobilise ses moyens en partie issus de dons, en recourant à l'examen systématique des projets par le Conseil d'administration. Cette pratique est de nature à garantir une décision collégiale et prévenir le risque que l'urgence puisse conduire à une affectation non-conforme des fonds.

ANNEXES





ANNEXE N° 1

INTRODUCTION AUX ATTEINTES À LA PROBITÉ

L'usage linguistique courant utilise le vocable « corruption » pour évoquer un phénomène bien plus large que la simple infraction pénale du même nom. Il évoque ainsi différentes situations consistant à contrevenir volontairement, d'une quelconque manière, à un devoir important d'intégrité et de probité, imposé par la fonction, souvent publique, exercée par une personne.

Le législateur a progressivement érigé ces différents comportements répréhensibles et néfastes pour la vie démocratique de la société en six grandes infractions, au sein du Code pénal : la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, le favoritisme dans les marchés publics, le détournement de fonds publics et la concussion. Par commodité, ces infractions pénales sont appelées « infractions d'atteinte à la probité » au sein du présent document.

Avant de préciser les éléments constitutifs de chacune de ces infractions (cf. fiches 3 à 8), il a semblé utile de présenter en un tableau synthétique celles auxquelles les différentes ARUP-FRUP peuvent être exposées du fait de leur nature ou de leurs missions³².

Infractions d'atteinte à la probité	Tout OSBL ³³	ARUP-FRUP chargées d'une mission de service public	ARUP-FRUP avec la qualité de pouvoir adjudicateur
Corruption active	X	X	
Corruption passive		X	
Trafic d'influence actif	X	X	
Trafic d'influence passif		X	
Favoritisme ³⁴		X	X
Détournement de fonds publics		X	
Prise illégale d'intérêts		X	

NOTION DE « PERSONNE CHARGÉE D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC »

Classiquement, le service public est défini comme une activité d'intérêt général gérée par une personne publique. Néanmoins, dès 1938, le juge administratif affirme qu'une personne privée peut gérer un service public³⁵.

³² Outre les modalités d'application du recel et du blanchiment de ces différentes infractions qui concernent par principe toute personne, physique ou morale.

³³ La qualification d'organisme sans but lucratif s'applique notamment à une fondation, une association ou un fonds de dotation.

³⁴ Pour cette infraction, les conditions sont cumulatives (cf. fiche 5).

³⁵ CE, Ass., 13 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et protection », GAJA.

En 1990³⁶, le Conseil d'État précise qu'une organisation peut être reconnue d'utilité publique si :

- elle dispose de prérogatives de puissance publique accordées par la loi (ce qui implique *de facto* qu'elle exerce une mission de service public) ;
- ou si, « eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints », l'organisation doit être considérée comme exerçant une mission de service public.

Cette position est reprise par le juge pénal dans l'appréciation de la qualité de « chargé d'une mission de service public » très régulièrement utilisée en matière d'infractions d'atteinte à la probité. Ainsi, la Cour de cassation explique de manière constante que peut se voir reconnaître cette qualité « toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique »³⁷.

Ainsi, il n'existe pas de liste exhaustive des personnes chargées d'une mission de service public. Le juge pénal analyse chaque situation au cas par cas, en utilisant la technique du faisceau d'indices³⁸ : il vérifie, au regard des différents critères énoncés par le Conseil d'État, si une organisation peut être considérée ou non comme « chargée d'une mission de service public ». Il ressort notamment de la jurisprudence de la Cour de cassation que le simple but d'intérêt général n'est pas suffisant pour que cette qualité soit reconnue à une ARUP-FRUP³⁹.

Par conséquent, les ARUP-FRUP peuvent être reconnues comme étant chargées d'une mission de service public mais il s'agira pour le juge pénal de démontrer que l'organisation en question répond bien aux critères fixés par le Conseil d'État.

NOTION DE « POUVOIR ADJUDICATEUR »

Être « *pouvoir adjudicateur* » signifie être soumis aux règles de la commande publique. Aux termes de l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique, sont notamment qualifiées de pouvoir adjudicateur les « *personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :*

- soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
- soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
- soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ».

Ainsi, un certain nombre d'ARUP-FRUP peuvent être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs.

Le juge pénal, au cas par cas, décidera si une ARUP-FRUP qui a la qualité de « pouvoir adjudicateur » peut également être reconnue comme chargée de mission de service public.

³⁶ CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun, AJDA ; CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés : JurisData n° 2007-071473 ; JCP S 2007, 1795 ; JCP A 2007, 2066 et 2145 ; Lebon, p. 92.

³⁷ Par exemple : Ccass, Crim., 12 juin 2014, n° 13-81.449 ; Crim. 30 janv. 2013, n° 11-89.224, Bull. crim. N° 33.

³⁸ Ensemble d'éléments qui, par leur convergence, permettent de prouver un fait juridique ou un acte juridique.

³⁹ Par exemple : Ccass, Crim., 12 décembre 2007, n° 07-82.695.

NOTION DE RECEL (art 321-1 du Code pénal)

Certaines infractions d'atteintes à la probité ne sont pas directement applicables aux ARUP-FRUP. Néanmoins, l'infraction de recel qui y est associée peut parfois l'être. Cela sera expressément précisé dans les fiches en question.

Le recel est le fait :

- soit de dissimuler, détenir ou transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. *Exemples : cacher chez soi un objet volé, transmettre les fonds nécessaires pour un trafic d'influence etc. ;*
- soit, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. Exemple : un conjoint/enfant qui conserve en connaissance de cause les fonds ou les biens provenant d'un pacte de corruption conclu par son conjoint/parent etc.



ANNEXE N° 2

RAPPEL DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE ET APPLICATION AU CAS DES ORGANISMES SANS BUT LUCRATIF



RAPPEL

La responsabilité pénale est l'obligation faite à toute personne physique ou morale de répondre des actes qualifiés d'infractions par la loi (crime, délit ou contravention) qu'elle commet et, en cas de condamnation, d'exécuter la sanction pénale qui leur est attachée. L'infraction commise cause un trouble à la société que l'engagement de la responsabilité pénale permet de réparer.

L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ORGANISME SANS BUT LUCRATIF⁴⁰ (OSBL)

L'OSBL, en tant que personne morale, est responsable pénalement des actes effectués en son nom par ses membres dans le cadre de ses activités, ou par ses dirigeants. En effet, dans le cadre de ses fonctions, le dirigeant, mandataire social, n'agit pas en son nom personnel, mais au nom de la personne morale qu'il dirige, en l'occurrence au nom de l'OSBL⁴¹.

Un OSBL engage sa responsabilité pénale si deux conditions cumulatives sont réunies :

- si l'infraction a été commise par un organe⁴² ou une personne ayant le pouvoir de la représenter⁴³ ou bénéficiant d'une délégation de pouvoir (ci-après dénommées « membres ») ;
- cet organe ou personne a agi pour le compte de l'OSBL⁴⁴.

⁴⁰ La qualification d'organisme sans but lucratif s'applique notamment à une fondation, une association ou un fonds de dotation.

⁴¹ <https://www.francebenevolat.org/sites/default/files/uploads/documents/d9446b561262b997ef870374b6993533be00819e.pdf>

⁴² Les organes renvoient à toutes les instances, légales ou statutaires : assemblées générales, conseils d'administration, comités directeurs, bureaux, et toutes structures assimilées par lesquelles sont déterminées les orientations et les activités des organisations.

⁴³ Les représentants visent les personnes physiques, lorsqu'elles sont dotées de pouvoirs propres pour agir au nom de l'organisation : président, trésorier, secrétaire, mandataire *ad hoc*... Le concept est suffisamment large pour se prêter à des applications débordant le strict plan de la représentation légale ou statutaire. Ainsi d'un préposé agissant par délégation de pouvoir, ou encore d'un dirigeant de fait, telle une éducatrice spécialisée, qui a été reconnue « représentante » d'une association de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence en raison de la liberté totale dont elle jouissait pour l'organisation des activités qu'elle avait en charge (Cass, 27 mai 2014, n° 13-82148 ; <https://www.associatheque.fr/fr/responsabilite-des-associations/responsabilite-penale.html>).

⁴⁴ L'action pour le compte de l'organisation comprend au sens large l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs de la personne morale (http://www.responsabilite-civile-dirigeant.fr/medias/articles/docs/Responsabilite_civile_et_penale_classec-net-19-3.PDF)

Autrement dit, les OSBL ne sont pénalement responsables que si les infractions ont été commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Si une de ces deux conditions n'est pas remplie, l'OSBL ne pourra voir sa responsabilité pénale engagée ; par contre celle de l'auteur de l'infraction pourra l'être.

À noter par ailleurs que la responsabilité pénale de l'OSBL n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices du fait constitutif de l'infraction⁴⁵. Exemples :

- homicides et blessures involontaires (accident de travail) ;
- la quasi-totalité des infractions qualifiées d'atteintes aux biens (vol, recel, atteintes aux systèmes informatiques etc.).

L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS⁴⁶ DE L'ORGANISME SANS BUT LUCRATIF (OSBL)

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits (Code pénal, art. L. 121-2). Ainsi, les dirigeants d'OSBL peuvent voir leur responsabilité pénale personnelle engagée pour :

- toute infraction qu'ils commettent en matière d'administration interne de l'OSBL ;
- toute infraction qu'ils commettent sans qu'elle puisse être réputée avoir été commise au nom et pour le compte de l'OSBL⁴⁷ ;
- toute infraction commise personnellement et caractérisant un acte de complicité de l'infraction commise au nom et pour le compte de l'OSBL.

Il convient donc d'opérer une distinction entre la responsabilité de l'OSBL et celle de ses membres. Ainsi, si la faute est causée par un membre dans le but de servir l'OSBL, la responsabilité pénale de l'OSBL peut être engagée⁴⁸. Toutefois, si la faute est causée par un membre dans le but de servir son intérêt personnel, c'est la seule responsabilité pénale de ce membre qui est en jeu.

Par ailleurs, les responsabilités de l'OSBL et du dirigeant peuvent se cumuler. La même infraction peut concerner l'OSBL et les personnes auteurs de l'infraction. Il importera de démontrer que les représentants agissaient bien pour le compte de la personne morale.

Même dans ce cas, si la personne physique a commis (y compris par omission) une action délictueuse, ou agi par intérêt personnel, elle pourra être poursuivie.

La personne physique ne sera être poursuivie seule que dans le cas où elle a outrepassé ses fonctions, c'est-à-dire, à partir du moment où elle n'agit manifestement plus pour le compte de la personne morale⁴⁹.

⁴⁵ Article 121-2 alinéa 3 du Code pénal ; <https://www.helloasso.com/blog/la-responsabilite-civile-et-penale-de-l-association-essentiel-a-connaître/>

⁴⁶ Sont considérés comme dirigeants :

- les mandataires sociaux (ils sont investis du pouvoir d'agir au nom et pour compte de leur groupement) : le Président, les administrateurs
- le(s) Directeur(s) dans la limite des délégations (transferts plus ou moins partiels de pouvoirs) qui leurs sont données (<https://www.francebenevolat.org/sites/default/files/uploads/documents/d9446b561262b997ef870374b6993533be00819e.pdf>)

⁴⁷ <https://www.village-justice.com/articles/responsabilite-des-dirigeants-association,29709.html>

⁴⁸ Cass. Civ1., du 31-5-88, n° 86-14534 : condamnation d'un OSBL lors d'un accident causé par la chute d'une œuvre d'art de 150 kg tombant et blessant un enfant.

⁴⁹ <https://www.maif.fr/associationsetcollectivites/associations/guides-prevention/responsabilite-penale.html>

Seule la responsabilité pénale du dirigeant peut être engagée s'il commet, par exemple, les fautes suivantes :

- absence de déclaration des comptes annuels dans les associations qui reçoivent annuellement plus de 153 000 € de subventions ;
- absence de déclaration du changement de dirigeant ;
- non-respect des dispositions applicables aux règles d'hygiène et de sécurité ou aux législations du travail (embauche, salaire, durée du travail...) et de la sécurité sociale (paiement des cotisations sociales, déclarations sociales obligatoires, etc.) ;
- fraude fiscale (art. L. 121-2 du Code pénal et article L. 267 du Livre des procédures fiscales) ;
- publicité mensongère, escroquerie, vol, détournements de fonds etc.⁵⁰.

Le président de l'OSBL peut se dégager de toute responsabilité en mettant en place des délégations de pouvoirs. Néanmoins, la loi encadre celles-ci.

- Caractères : une délégation de pouvoir doit être expresse (pas sous-entendue), claire et précise sur son objet, publique (pas secrète), stable (pas de changement de délégataire tous les mois), exclusive (pas plusieurs délégataires pour un pouvoir) et antérieure à la commission de l'infraction.
- Conditions de validité : le délégataire doit avoir la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires pour exécuter le pouvoir qui lui est confié par le délégant.

Enfin, même en cas de délégation de pouvoirs remplissant toutes ces conditions, le président de l'OSBL verra sa responsabilité pénale engagée s'il a personnellement participé à la commission de l'infraction.

Un dirigeant d'OSBL qui engage sa responsabilité pénale encourt une amende et/ou une peine de d'emprisonnement. Dans les cas les plus graves, l'OSBL pourra être dissout.

⁵⁰ <https://www.helloasso.com/blog/le-president-dune-association/>



ANNEXE N° 3

LA CORRUPTION

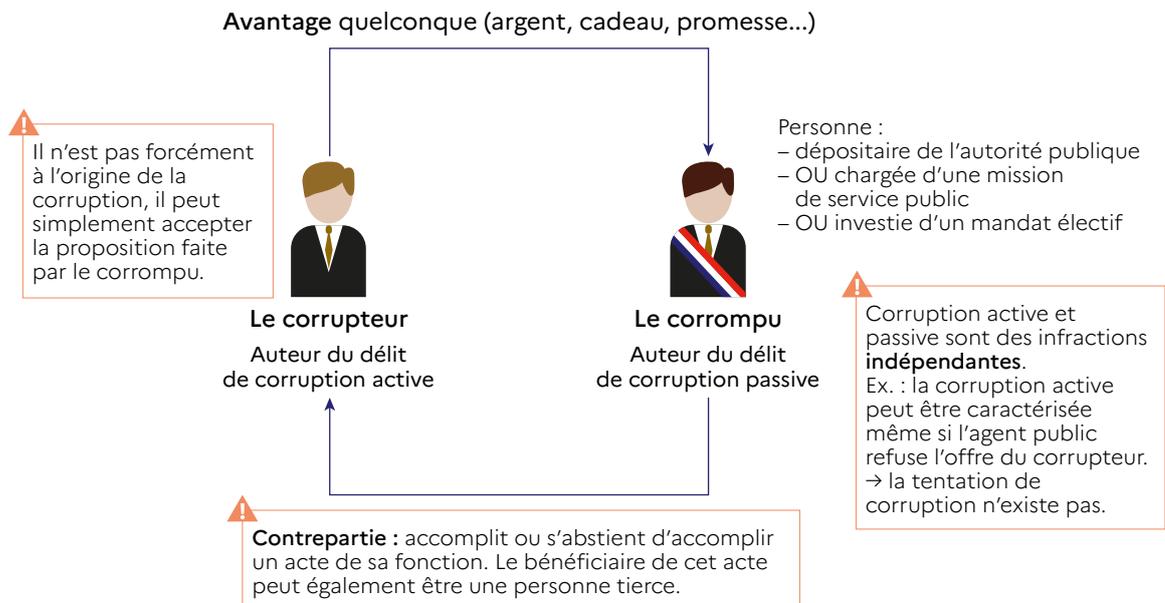
RÉSUMÉ

Il existe plusieurs infractions de corruption qui peuvent concerner un agent public français ou étranger, des personnes privées, un magistrat, un fonctionnaire international...

La présente fiche aborde principalement la corruption d'agent public français, qui consiste à offrir à cet agent public un avantage pour qu'il exerce ou s'abstienne d'exercer un acte de sa fonction.

On parle de corruption active lorsqu'est envisagée la situation du corrupteur ; et de corruption passive lorsqu'est envisagée la situation du corrompu. Ces formes actives et passives se retrouvent dans tous les cas de corruption.

SCHEMA DE CORRUPTION



LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

CONDITIONS PRÉALABLES

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

Corruption publique	La personne corrompue	Les personnes dépositaires de l'autorité publique : il s'agit de toute personne investie, par délégation de la puissance publique, d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. <i>Ex : les fonctionnaires de l'État, des collectivités territoriales ou du service public hospitalier, les officiers publics et ministériels, les agents de la force publique, les militaires.</i>
		Les personnes chargées d'une mission de service public : il s'agit de toute personne qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de contrainte conféré par la puissance publique, exerce cependant une mission d'intérêt général. <i>Ex : certains personnels d'établissements publics, les bénéficiaires de concessions de service public, les membres de commissions ou organismes chargés de donner un avis à l'autorité publique. Cette hypothèse peut donc concerner les ARUP/FRUP.</i>
	La personne corruptrice	Il peut s'agir de toute personne physique ou morale. Cette hypothèse peut donc également concerner les ARUP/FRUP.
Corruption privée	La personne corrompue	Il s'agit d'une personne exerçant dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque et qui accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.
	La personne corruptrice	Il peut s'agir de toute personne physique ou morale.

Les ARUP/FRUP peuvent donc être concernées par les deux aspects de ce délit.

ÉLÉMENT MATÉRIEL

La corruption active	L'auteur doit avoir offert un avantage, quel qu'il soit, à l'agent public ou à la personne privée agissant dans le cadre de ses fonctions. Il n'est pas nécessaire que cette offre soit antérieure à la réception de l'avantage par le corrupteur. Il n'est pas non plus nécessaire que l'avantage ait été réellement perçu puisque sont incluses les offres ou promesses. L'avantage peut être direct (cadeau, somme d'argent, prêt, exécution d'un travail gratuit au profit du fonctionnaire, ristourne sur un produit) ou indirect (acquiescement d'une dette, embauche d'un proche).
	L'avantage doit être offert dans le but d'obtenir un acte découlant de la fonction exercée par le corrompu. <i>Ex : l'octroi d'une subvention ou d'une autorisation d'urbanisme indue, l'attribution d'un logement social ou d'un marché public contre rémunération, une nomination de complaisance, ou l'absence de réclamation par la collectivité d'une créance.</i>
La corruption passive	L'agent public ou la personne privée, agissant dans le cadre de ses fonctions, doit avoir sollicité ou accepté, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement tout avantage pour lui-même ou pour autrui en échange d'un acte résultant de sa fonction.

ÉLÉMENT MORAL

Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur a recherché l'effet escompté de l'infraction : pour le corrupteur, l'accomplissement ou le non-accomplissement par l'agent public d'un acte de sa fonction ; pour le corrompu, accepter d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte de sa fonction.

LES PEINES

Peines principales des corruptions active et passive d'agent public : 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000 d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction. Les personnes morales encourent le quintuple de l'amende des personnes physiques (articles 131-38 et 445-4 du Code pénal).

Peines complémentaires pour les personnes physiques : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, l'affichage de la décision, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution (art. 432-17, 433-22 et 433-23 du Code pénal). L'inéligibilité est également prévue de plein droit (art. 131-26-2 du Code pénal)

Peines complémentaires pour les personnes morales reconnues coupables de corruption active prévues aux articles 433-25 et 26 du Code pénal : affichage ou diffusion de la décision, confiscation, interdiction d'exercer certaines activités dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, interdiction de proposer des titres financiers au public, interdiction partielle d'utiliser certains moyens de paiement. Obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité de ses mesures de prévention et de détection de la corruption, sous le contrôle de l'AFA (art. 131-39-2 du Code pénal).

Peines principales des corruptions active et passive de personnes privées : 5 ans d'emprisonnement et 500 000 d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction. Les personnes morales encourent le quintuple de l'amende des personnes physiques (articles 131-38 et 445-4 du Code pénal). Les peines complémentaires sont prévues aux articles 131-26-2 et 445-3 du Code pénal pour les personnes physiques et à l'article 445-4 du Code pénal pour les personnes morales.

TEXTES ET RÉFÉRENCES

L'article 432-11 1° du Code pénal définit la corruption passive publique comme « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui (...) pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».

L'article 433-1 1° du Code pénal définit la corruption active publique comme « *le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui (...) pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».

L'article 445-1 du Code pénal définit la corruption active privée comme « *le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou*

pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles ».

L'article 445-2 du Code pénal définit la corruption passive privée comme « *le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif public exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.* »

La corruption d'un agent public étranger. Depuis la loi du 13 novembre 2007, les articles 435-1 et 435-34 du Code pénal incriminent désormais la **corruption active et passive d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique**. Le mécanisme est le même que celui défini par tous les autres textes incriminant ces infractions. Les peines encourues sont également identiques : dix ans d'emprisonnement et un million d'euros d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. Les personnes morales encourent le quintuple de l'amende des personnes physiques (articles 131-38 et 445-4 du Code pénal).

ZONE DE RISQUE DANS LE SECTEUR NON LUCRATIF

Il existe des risques de corruption :

- liés à la vie démocratique de la structure OSBL⁵¹ (cf. fiche 9) ;
- liés aux dons et legs permettant de financer la corruption⁵² (cf. fiche 10) ;
- liés au manque d'indépendance avec les collectivités territoriales.

EXEMPLES D'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE D'AGENT PUBLIC PAR UN OSBL

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 novembre 1999 (n° 97-84.424 et 99-80.858). Le fait pour un OSBL faisant l'objet d'un contrôle d'une chambre régionale des comptes d'obtenir communication du rapport confidentiel du magistrat chargé du dossier avant délibération par la chambre, contre promesse de l'embauche d'un de ses proches.

⁵¹ Rapport d'activité du Service central de prévention de la corruption pour l'année 2002.

⁵² Rapport d'activité du Service central de prévention de la corruption pour l'année 2002.

Cour de cassation, chambre criminelle, 9 novembre 1995 (n° 94-84.204). Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer le président d'un conseil général coupable du délit de corruption passive, relève que, à l'occasion du regroupement des transporteurs du département au sein d'un système de billetterie unique, il a assuré à deux entrepreneurs de transport qu'il leur ferait obtenir une commission occulte en échange d'un prêt gratuit d'autobus pour des manifestations électorales et a écarté les services compétents du conseil général au profit d'une association créée à cette occasion, ce qui a conduit au choix de la procédure d'appel d'offres restreint, puis au lancement de cet appel d'offres avant l'adoption du cahier des charges et à l'attribution du marché, et que le prêt d'autobus dont le prévenu a ensuite bénéficié était directement lié à la perception de « pots de vin » par les entrepreneurs de transport, énonciations qui établissent la participation du prévenu à un pacte de corruption.



ANNEXE N° 4

LE TRAFIC D'INFLUENCE

RÉSUMÉ

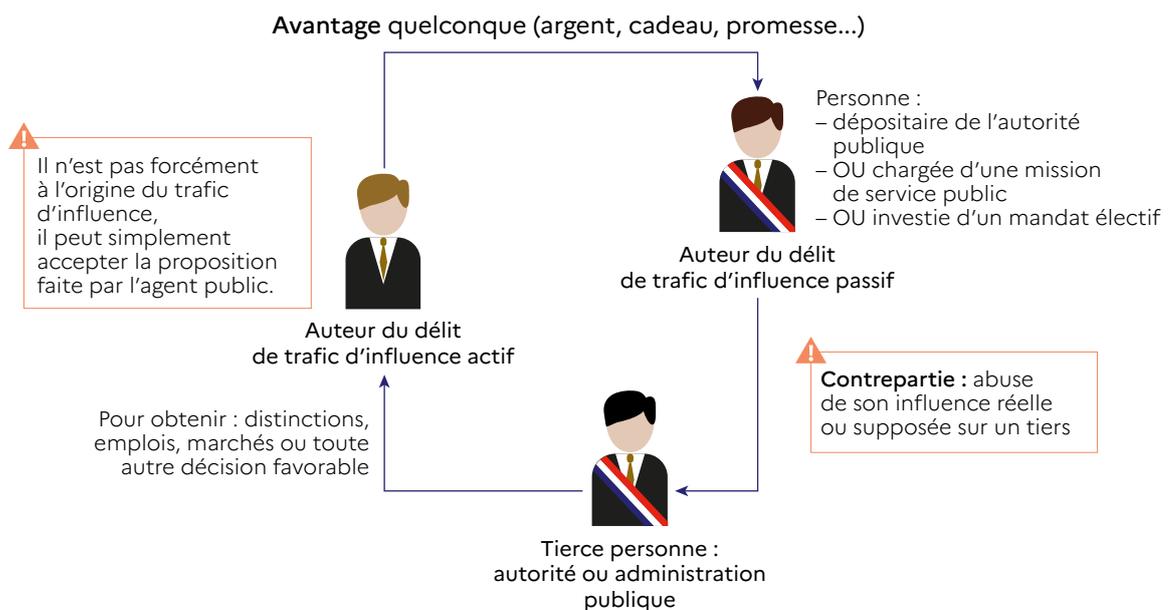
Il existe plusieurs infractions de trafic d'influence qui peuvent ainsi concerner un agent public français ou étranger, des personnes privées, un magistrat, un fonctionnaire international...

La présente fiche abordera principalement le trafic d'influence d'agent public français, qui consiste à offrir à cet agent public un avantage pour qu'il abuse de son influence auprès d'une autre autorité.

On parle de trafic d'influence actif lorsque l'on s'intéresse à la personne qui offre l'avantage et de trafic d'influence passif lorsqu'on s'intéresse à l'agent public qui le reçoit.

Il s'agit d'une infraction proche de celle de corruption, avec la particularité qu'elle fait intervenir un intermédiaire qui monnaie son influence auprès de l'autorité publique.

SCHEMA DU TRAFIC D'INFLUENCE



LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

✓ CONDITIONS PRÉALABLES

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

L'auteur du trafic d'influence passif	Les <u>personnes dépositaires de l'autorité publique</u> : il s'agit de toute personne investie, par délégation de la puissance publique, d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. <i>Ex : les fonctionnaires d'État, territoriaux ou hospitaliers, les officiers publics et ministériels, les agents de la force publique, les militaires...</i>
	Les <u>personnes chargées d'une mission de service public</u> : il s'agit de toute personne qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de contrainte conféré par la puissance publique, exerce cependant une mission d'intérêt général. <i>Ex : certains personnels d'établissements publics, les bénéficiaires de concessions de service public, les membres de commissions ou organismes chargés de donner un avis à l'autorité publique. Cette hypothèse est susceptible de s'appliquer aux ARUP-FRUP.</i>
	Les <u>personnes investies d'un mandat électif public</u> : il s'agit des élus nationaux comme locaux.
La personne proposant un avantage indu	Il peut s'agir de toute personne physique ou morale. Cette hypothèse peut donc également concerner les ARUP-FRUP.

✓ ÉLÉMENT MATÉRIEL

Le trafic d'influence actif	Comme pour la corruption, l'auteur doit avoir offert un avantage, quel qu'il soit, à l'agent public. Il n'est pas nécessaire que cette offre soit antérieure à la réception de l'avantage par le corrupteur. Il n'est pas non plus nécessaire que l'avantage ait été réellement perçu puisque sont incluses les offres ou promesses. L'avantage peut être direct (cadeau, somme d'argent, prêt, exécution d'un travail gratuit au profit du fonctionnaire, ristourne sur un produit) ou indirect (acquiescement d'une dette, embauche d'un proche).
	Mais le but de ces manœuvres est distinct de celui de la corruption. L'avantage doit être offert pour que l'agent public utilise son influence auprès d'une tierce personne, dans la perspective d'obtenir une décision ou un avis favorable. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'effectivité de cette influence puisqu'elle peut être réelle ou simplement supposée. Contrairement à la corruption, l'auteur de l'infraction n'accomplit pas un acte de sa fonction mais se contente de jouer le rôle d'intermédiaire.
	La faveur monnayée auprès de l'autorité peut être de tout type, le texte évoquant « <i>les distinctions, emplois, marchés ou toute autre décision favorable</i> ». <i>Ex : classement sans suite d'une infraction, la levée d'un mandat d'arrêt, l'obtention d'un passeport, un abandon de poursuites, la délivrance d'un permis de construire.</i>
Le trafic d'influence passif	L'agent public doit avoir sollicité ou accepté, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement tout avantage pour lui-même ou pour autrui en échange de l'utilisation abusive de l'influence qu'il indique pouvoir exercer auprès d'une autorité.

✓ ÉLÉMENT MORAL

Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur a recherché l'effet escompté de l'infraction.

LES PEINES

Peines principales pour le trafic d'influence actif et passif : 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000 d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Peines complémentaires pour les personnes physiques : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, l'affichage de la décision, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution (art. 432-17, 433-22 et 433-23 du Code pénal). L'inéligibilité est également prévue de plein droit (art. 131-26-2 du Code pénal).

Peines complémentaires pour les personnes morales reconnues coupables de corruption active prévues aux articles 433-25 et 26 du Code pénal : affichage ou diffusion de la décision, confiscation, interdiction d'exercer certaines activités dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, interdiction de proposer des titres financiers au public, interdiction partielle d'utiliser certains moyens de paiement. Obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité de ses mesures de prévention et de détection de la corruption, sous le contrôle de l'AFA (art. 131-39-2 du Code pénal).

TEXTES ET RÉFÉRENCES

L'article 432-11 2° du Code pénal définit le trafic d'influence passif par un agent public comme « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui (...) pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable* ».

L'article 433-1 2° du Code pénal définit le trafic d'influence actif comme « *le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui (...) pour qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable* ».

Le trafic d'influence d'agent public étranger. La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 incrimine désormais le trafic d'influence actif d'agent public étranger et le trafic d'influence actif et passif des titulaires d'une fonction publique, élective ou non dans une organisation internationale. Ce nouveau délit a notamment vocation à sanctionner l'intervention frauduleuse de certains intermédiaires dans la conclusion de contrats internationaux. Cette réforme accroît donc la possibilité de réprimer la corruption dans les échanges internationaux dont le mode opératoire prend très souvent la forme d'un trafic d'influence.

EXEMPLES D'INFRACTION DE TRAFIC D'INFLUENCE EXERCÉ PAR UN OSBL OU PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE OCCUPANT UNE FONCTION AU SEIN D'UN OSBL

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 février 2008, n° 02-82676 ; 07-82110. Un conseiller régional et président d'un parti politique était membre d'une commission d'appel d'offres, et a reconnu avoir cédé à des offres de corruption : il a accepté de recevoir des fonds d'entreprises participant aux soumissions, en contrepartie de son engagement à suivre les propositions d'un bureau d'études. Il a reçu 2 millions de francs dont l'origine a été dissimulée dans la comptabilité de l'association de financement du parti politique, par la confection de faux reçus établis au nom de donateurs fictifs. Ainsi, le trésorier de l'association a été déclaré coupable de recel de corruption et de trafic d'influence.

La perception, par un élu ou fonctionnaire, d'une rémunération dans le cadre de fonctions occupées au sein d'une association subventionnée pourrait être considérée comme constitutive du délit de trafic d'influence passif⁵³ car cette rémunération pourrait être perçue comme la contrepartie de son influence pour obtenir des subventions par exemple.

Activité de plaidoyer ou lobbying des représentants d'intérêts (impliquant des contacts avec des autorités et des décideurs publics dans le but de les influencer, cette activité est soumise à une réglementation stricte rappelée sur le site de la HATVP). Ce type d'activité qui s'exercerait hors du cadre légal pourrait, selon les circonstances d'espèce, exposer l'association ou la fondation à un risque de trafic d'influence.

⁵³ Source : https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2015/08/pub_participationde-selus.pdf



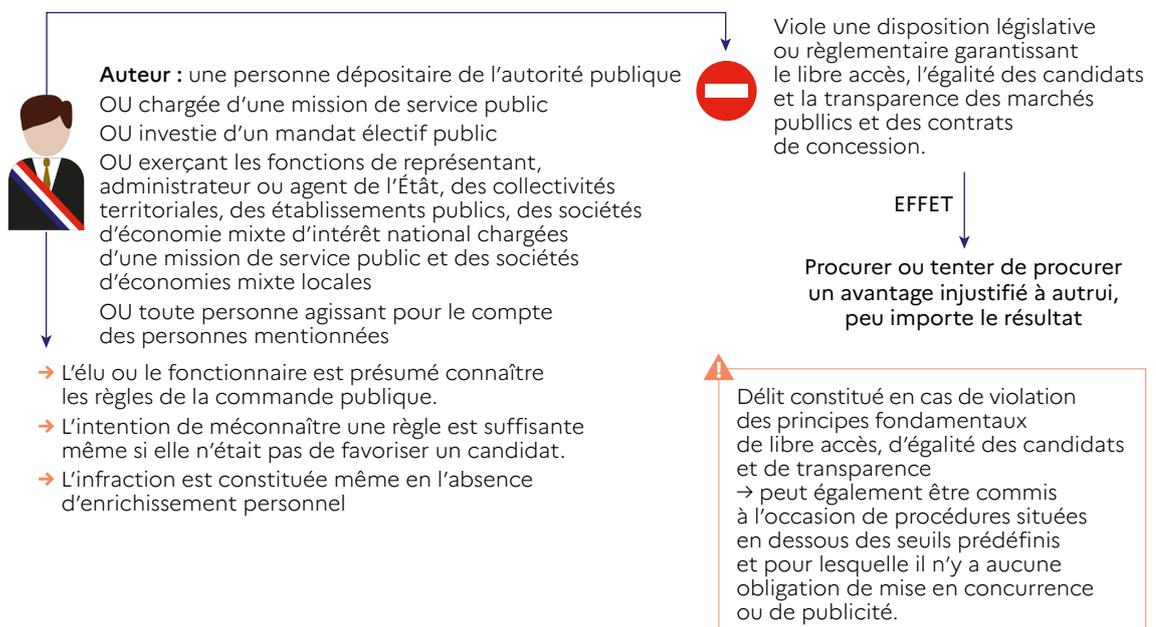
ANNEXE N° 5

LE FAVORITISME

RÉSUMÉ

Le favoritisme constitue la principale infraction sanctionnant les manquements à la réglementation des marchés publics, lorsque ces manquements ont eu pour objet d'entraver la liberté et l'égalité d'accès des candidats aux marchés publics et ont eu pour conséquence de faire bénéficier autrui (le plus souvent une entreprise candidate) d'un avantage injustifié.

SCHÉMA DE FAVORITISME



LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

CONDITIONS PRÉALABLES

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes dépositaires de l'autorité publique, **chargées d'une mission de service public** ou investies d'un mandat électif public
- les personnes exerçant certaines fonctions spécifiques : représentants, administrateurs ou agents de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt général national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales
- ou toute personne, y compris privée, agissant pour le compte de toutes ces personnes précitées.

Cette infraction est donc applicable aux ARUP/FRUP à la fois exerçant une mission de service public et disposant de la qualité de pouvoir adjudicateur.

Afin de savoir si une ARUP-FRUP doit respecter les règles de la commande publique, elle doit se référer à l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique qui dispose que sont notamment qualifiées de pouvoir adjudicateur les « *personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :*

- *soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;*
- *soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;*
- *soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ».*

Le juge pénal, au cas par cas, décidera si une ARUP-FRUP qui a la qualité de « pouvoir adjudicateur » peut également être reconnue comme chargée de mission de service public.

ÉLÉMENT MATÉRIEL

L'infraction suppose en premier lieu la violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution des marchés publics et délégations de service public mais également des principes généraux de la commande publique. *Ex : fractionnement du marché pour se situer en dessous des seuils de publicité, clauses excessivement techniques ne permettant de sélectionner qu'un candidat choisi au préalable, recours non justifié à l'urgence, déclaration artificielle du caractère infructueux de l'appel d'offres, manquement aux règles de publicité...*

Ce manquement doit en second lieu offrir à autrui un avantage injustifié. L'avantage consiste souvent à attribuer le marché à l'entreprise privilégiée ou à lui offrir une chance plus importante de l'obtenir, en révélant une information, par exemple.

ÉLÉMENT MORAL

Il s'agit d'une infraction intentionnelle caractérisée dans son élément moral par la violation en connaissance de cause des règles susvisées.

Cependant, la jurisprudence a une vision extensive de cet élément moral et présume régulièrement que du fait de ses fonctions l'auteur ne pouvait méconnaître les règles applicables.

L'infraction est constituée quel que soit le mobile (le but recherché par l'auteur de l'infraction), même en l'absence d'enrichissement personnel ou de préjudice pour la collectivité.

LES PEINES

Peines principales : 2 ans d'emprisonnement et 200 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Peines complémentaires (article 432-17 du Code pénal) : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

TEXTE ET RÉFÉRENCE

L'article 432-14 du Code pénal définit le favoritisme comme « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées 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 délégations de service public. »

EXEMPLES D'INFRACTIONS DE FAVORITISME COMMISES DANS LE CADRE D'UN OSBL

Cour de cassation, chambre criminelle, 7 novembre 2012 (n° 11-82961). « Lorsqu'une association est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et lui procure l'essentiel de ses ressources, le juge pénal est compétent pour qualifier cette personne privée d'association « transparente » et en déduire que les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission qui lui est confiée sont des contrats administratifs soumis au Code des marchés publics ; d'autre part, le délit de recel de favoritisme est caractérisé à l'égard du prévenu qui bénéficie, en connaissance de cause, du produit de l'attribution irrégulière d'un marché ».

Cour de cassation, chambre criminelle, 17 février 2016 (n° 15-85363). S'agissant d'une association transparente au sens des décisions des juridictions administratives et financières, les règles relatives aux mesures de publicité et de mise en concurrence applicables aux marchés passés au nom des collectivités territoriales s'appliquent (Cass. crim 30 juin 2004 n° 03-85946). Ici, il s'agit de l'ancien président d'une association, qui a été condamné par la cour d'appel de Paris, à 15 mois de prison avec sursis, à une amende de 30 000 € et à verser 32 874,56 € de dommages et intérêts à l'association, pour abus de confiance, favoritisme et atteinte à la liberté d'accès à des marchés publics. Il aurait détourné plusieurs subventions à son profit et favorisé une entreprise dans l'attribution d'un marché public de plus de 3 000 000 €⁵⁴.

Sur l'application de l'article 432-14 du Code pénal à l'ensemble des marchés publics et pas seulement aux marchés soumis au Code des marchés publics : « ces dispositions pénales ont pour objet de faire respecter les principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que ces principes, qui constituent également des exigences posées par le droit de l'Union européenne, gouvernent l'ensemble de la commande publique ; qu'il s'en déduit que la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, et, notamment, de son article 6, qui rappelle les mêmes principes, entre dans les prévisions de l'article 432-14 susmentionné ».

⁵⁴ Source : Médiapart <http://fdgpierrebe.over-blog.com/2016/08/les-malversations-d-un-ambassadeur-du-sport-francais-a-rio.html>



ANNEXE N° 6

LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

RÉSUMÉ

L'objectif poursuivi par cette infraction est de prohiber la confusion entre les intérêts personnels et l'intérêt général dans la gestion des affaires publiques. Elle vise à réprimer les personnes physiques qui s'exposent au soupçon de partialité et qui se placent, en connaissance de cause, dans une situation où leur intérêt propre est susceptible d'être regardé comme entrant en conflit avec l'intérêt public dont ils ont la charge.

SCHEMA DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS



Auteur : une personne dépositaire de l'autorité publique OU chargée d'une mission de service public OU investie d'un mandat électif public



Qui, dans le cadre de ses fonctions, assure la **surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement** d'une entreprise ou opération



Et, à cette occasion, prend, reçoit ou conserve un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans cette entreprise ou opération

Ce n'est pas la situation de conflit d'intérêts qui est sanctionnée mais la prise de décision malgré le conflit d'intérêts.

Pouvoir exercé seul ou au sein d'un organe collégial. En cas d'organe collégial, le pouvoir est constitué par le simple fait de rester dans la salle lors de la prise de décision, même si elle est prise à l'unanimité. Il en est de même en cas de mandat ou de procuration donnés à autrui.

- L'intérêt peut être d'ordre patrimonial, extra-patrimonial, matériel ou moral, direct ou indirect.
- L'infraction est constituée même si l'agent ne recherchait pas son enrichissement personnel.
- L'infraction est constituée même si l'intérêt personnel de l'agent n'entraîne pas en contradiction avec l'intérêt public.

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

CONDITIONS PRÉALABLES

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes investies d'un mandat électif public ;
- les personnes dépositaires de l'autorité publique ;
- les personnes chargées d'une mission de service public. **Cette hypothèse est susceptible de s'appliquer aux ARUP/FRUP.**

ÉLÉMENT MATÉRIEL

La surveillance de l'entreprise ou de l'opération : les personnes précédemment citées doivent avoir été chargées de tout ou partie de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement d'une opération déterminée ou d'une transaction avec une entreprise. La jurisprudence retient également toute personne ayant participé à la préparation des actes en cause. Le simple fait de participer à une délibération portant sur une opération dans laquelle l'élu a un intérêt suffit à caractériser l'infraction.

L'intérêt pris, reçu ou conservé, directement ou indirectement. Cet intérêt peut être direct (par exemple, un maire qui octroie une subvention à une association dont il est président), ou indirect, lorsqu'il est détenu par un proche de l'agent public (par exemple, un marché public attribué par une mairie à une entreprise dirigée par le gendre du maire, ou encore le fait pour un élu d'attribuer un logement social à un de ses proches). Il peut même s'agir d'un intérêt simplement moral, lorsque l'agent prend une décision avantageuse relative à une entreprise dirigée par un de ses amis.

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 a modifié l'article 432-12 du Code pénal. Dorénavant, le texte ne vise plus un « *intérêt quelconque* » mais un « *intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité* ». Si l'objectif annoncé du législateur est de mieux préciser cette infraction, il faudra attendre l'application qui en sera faite par la jurisprudence pour analyser l'impact réel de cette réforme.

ÉLÉMENT MORAL

Il faut une intention de commettre l'infraction. Il n'est pas exigé que l'intéressé en ait tiré un profit personnel quelconque.

Responsabilité des personnes morales. Par principe, sauf cas expressément prévus par le Code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée pour toutes les infractions pénales, y compris donc la prise illégale d'intérêts, à partir du moment où ces infractions sont commises par leurs dirigeants/ représentants, au nom et pour le compte de la personne morale.

LES PEINES

Peines principales : 5 ans d'emprisonnement et 500 000 € d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Peines complémentaires (article 432-17 du Code pénal) : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

TEXTE ET RÉFÉRENCE

L'article 432-12 du Code pénal définit la prise illégale d'intérêts 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 de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité 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* ».

ZONE DE RISQUE DANS LE SECTEUR NON LUCRATIF

Le risque de prise illégale d'intérêts est présent dans le cadre de la vie démocratique de la structure de l'OSBL (cf. fiche 9 relative à la gouvernance).

Ce risque pèse également sur les structures non lucratives en ce qu'elles sont en forte interaction avec des personnes publiques. L'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dont les dispositions sont applicables aux délibérations des conseils départementaux et régionaux, dispose que : « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part même sans participation au vote un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires* ». Ainsi, le fait pour des représentants de collectivités territoriales, siégeant également au conseil d'administration d'une association, de participer à des délibérations de la collectivité en lien avec l'association, peut caractériser le délit de prise illégale d'intérêts⁵⁵. L'OSBL sera susceptible, quant à lui, d'être poursuivi pour recel de prise illégale d'intérêts⁵⁶.

Le recel (art 321-1 du Code pénal) est le fait soit de dissimuler, détenir ou transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit, soit, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Il convient enfin de signaler, s'agissant des ARUP/FRUP chargées d'une mission de service public, les risques de conflits d'intérêts associés au fait que celles-ci peuvent entretenir un lien avec des intérêts privés. Leur indépendance à l'égard de ces intérêts peut être un facteur de risques. Les FRUP peuvent en effet détenir, par exemple, des parts sociales, et réinvestir les dividendes de sociétés dans l'œuvre d'intérêt général qu'elles poursuivent. En pratique, les perspectives peuvent être parfois inversées : l'activité de l'ARUP/FRUP peut servir à mettre en valeur des activités commerciales qui ne profitent pas directement à l'ARUP/FRUP. La proximité et les liens avec ces structures privées ayant un but lucratif peuvent être une source de conflits d'intérêts et parfois de confusion d'intérêts. Les mesures de prévention des conflits d'intérêts peuvent alors constituer de bonnes pratiques, de même que des mesures d'information et de transparence, telles que la publication des comptes.

EXEMPLES DE PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS AU SEIN OU AU PROFIT D'UN OSBL

Cour de cassation, chambre criminelle, 3 avril 2007, n° 06-83.801. Le président du conseil départemental d'une ARUP qui confie à une société dirigée par les membres de sa famille des prestations effectuées pour le compte de cette ARUP et payées par elle. L'ARUP a porté plainte contre le président. Les juges ont retenu l'infraction de prise illégale d'intérêts du fait, notamment, que l'organisme associatif en question accomplissait une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du Code pénal.

Cour de cassation, Crim. 22 oct. 2008, n° 08-82.068. Respectivement maire, maires adjoints et conseiller municipal, les prévenus détenant un mandat électif et des fonctions de président d'association ont participé aux délibérations et pris part aux votes attribuant des subventions aux associations municipales ou intercommunales qu'ils présidaient. Pour les déclarer coupables de prise illégale d'intérêts, l'arrêt a énoncé, notamment, que

⁵⁵ C'est à ce titre que la Chambre régionale des comptes de Normandie a notamment recommandé à une association de renforcer son indépendance vis-à-vis d'un département : <https://www.ccomptes.fr/system/files/2020-06/NDR2020-004.pdf>

⁵⁶ Ibid.

les prévenus, élus municipaux, détenant un mandat électif et des fonctions de président d'association, sont soumis à l'obligation de veiller à la parfaite neutralité des décisions d'attribution des subventions aux associations.

Cour de cassation, Crim. 19 mai 1999, n° 98-80.726. Un conseiller général ayant participé à une délibération de la commission permanente du conseil général a décidé d'accorder une subvention à une association. Les juges du fond relèvent que l'association, au sein de laquelle l'épouse et le fils du conseiller œuvraient activement, n'a été constituée que pour pouvoir bénéficier périodiquement des subventions du conseil général. En prenant part en sa qualité de conseiller général, ayant un pouvoir de décision même partagé avec d'autres, à un vote au sein de la commission permanente du conseil général, compétente pour se prononcer sur l'attribution d'une subvention à l'association, le prévenu a donc pris un intérêt, ne serait-ce que par interposition de personnes, dans une affaire dont il avait, au moment de l'acte, l'administration ou la surveillance. La participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, 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.

Cour de cassation, Crim., 12 décembre 2007, n° 07-82.695. Dans cette décision, la Cour de cassation expose clairement pour quelles raisons la qualité de « chargée d'une mission de service public » ne peut être retenue contre l'ARUP mise en cause et conclut que l'infraction de prise illégale d'intérêts ne peut donc pas lui être reprochée.



ANNEXE N° 6-1

LA PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS PAR UN ANCIEN AGENT PUBLIC (PANTOUFLAGE)

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une forme de prise illégale d'intérêts susceptible d'être commise lors des départs d'agents publics vers le secteur privé : tout agent public ayant quitté ses fonctions publiques depuis moins de 3 ans ne peut obtenir un avantage (emploi, capitaux...) de la part d'une entreprise privée avec laquelle il entretenait certaines relations de travail lorsqu'il était encore en fonction.

En l'état du droit français, les ARUP-FRUP ne peuvent être concernées comme auteur de cette infraction puisque celle-ci vise les personnes physiques, agents publics. En revanche, elles pourraient se voir reprocher le délit de recel qui y est associé.

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

✓ CONDITIONS PRÉALABLES

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les membres du gouvernement ;
- les titulaires d'une fonction exécutive locale ;
- les membres d'une autorité administrative ou publique indépendante ;
- les fonctionnaires ;
- les militaires ;
- les agents d'une administration publique ;
- les agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

✓ ÉLÉMENT MATÉRIEL

La surveillance exercée ou la conclusion de contrats avec une entreprise privée. Un ancien fonctionnaire ne peut être poursuivi sous la prévention de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 du Code pénal que si, à l'époque où il appartenait à l'administration, il avait été « chargé (...) soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions ».

Est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé. Le cas des ARUP-FRUP est évoqué ci-après (point 14).

Les personnes visées précédemment doivent avoir été chargées en tout ou partie de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement d'une opération déterminée ou d'une transaction avec une entreprise. La jurisprudence retient également toute personne ayant participé à la préparation des actes en cause. Le simple fait de participer à une délibération portant sur une opération dans laquelle l'élu a un intérêt suffit à caractériser l'infraction.

La prise d'intérêts consiste dans le fait, de la part de l'auteur, de prendre ou recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'entreprise qu'il a surveillée ou avec laquelle il a conclu des contrats. Des exceptions existent pour les capitaux détenus par dévolution successorale, ou en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse.

Le délai. Le délit nécessite que la prise d'intérêts ait lieu avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de fonctions.

ÉLÉMENT MORAL

Il faut une intention de commettre l'infraction. La simple conscience de commettre le délit prévu par la loi suffit à caractériser l'élément moral.

RECEL

Le recel de pantouflage est répréhensible. Il consiste notamment dans le fait de bénéficier des avantages procurés par celui à qui le délit de pantouflage est reproché.

LES PEINES

Peines principales : 3 ans d'emprisonnement et 200 000 € d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Peines complémentaires (article 432-17 du Code pénal) : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

TEXTE ET RÉFÉRENCE

L'article 432-13 du Code pénal définit le pantouflage comme le fait « *par une personne ayant été chargée, en tant que membre du gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions* ».

EXEMPLE D'INFRACTIONS (HORS SECTEUR NON LUCRATIF)

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 décembre 2014. Le fait pour un professeur en pharmacologie, membre de l'Agence chargée de délivrer les autorisations de mise sur le marché des médicaments, de devenir ensuite consultant au profit d'un groupe pharmaceutique en vue d'analyser les dossiers touchant à l'efficacité des médicaments en développement du laboratoire et de contribuer aux décisions stratégiques de développement rend vraisemblable la participation à une prise illégale d'intérêts.

APPLICATION AUX ARUP-FRUP

Comme cela est indiqué *supra*, l'article 432-13 du Code pénal vise la prise d'intérêts par un agent public dans « une entreprise privée ». Il précise qu'est assimilée à une entreprise privée « toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé ».

La question se pose alors de savoir si une ARUP/FRUP peut être assimilée à une « entreprise privée » au sens du droit pénal et ainsi s'exposer, elle-même, à l'infraction de recel de pantouflage.

Pour apprécier si l'activité est effectuée dans une entreprise privée, le juge pénal se fonde principalement sur le caractère concurrentiel ou non de l'activité de la structure et tient compte d'un ensemble d'indices, tels que sa forme juridique, la nature de son activité, ses sources de financement ou le statut de son personnel. Les entreprises publiques constituées sous la forme de sociétés entrent en principe dans le champ de l'article 432-13 du Code pénal, ce qui n'est pas le cas lorsque l'entité n'exerce pas son activité dans le secteur concurrentiel ou ne fonctionne pas dans des conditions conformes au droit privé.

Concernant les ARUP-FRUP, il n'existe pas de jurisprudence criminelle. Néanmoins, l'analyse des avis rendus par la Commission de déontologie de la fonction publique (avant sa fusion avec la HATVP au 01/01/2020) illustre une position nuancée sur la question⁵⁷. La Commission, à l'instar de la Justice, analyse chaque situation au cas par cas grâce à la méthode du faisceau d'indices (ensemble d'éléments qui, par leur convergence, permettent de prouver un fait juridique ou un acte juridique).

Ainsi, saisie de la demande d'un agent contractuel en fonction au sein de la Haute autorité de santé (HAS) tendant à l'exercice d'un emploi salarié au sein d'une ARUP/FRUP, la Commission a considéré que cette association reconnue d'utilité publique devait, pour une partie de ses activités, même très minoritaire, être regardée comme une entreprise privée au sens et pour l'application de l'article 432-13 du Code pénal, eu égard, d'une part, à ses statuts, qui lui permettent notamment de fournir des prestations de service et de créer et gérer des centres spécialisés destinés aux malades neuromusculaires et, d'autre part, à la circonstance qu'une partie de ses ressources, qui proviennent certes majoritairement de dons, sont la contrepartie de la fourniture de prestations de service (avis n° 18E0269 du 8 févr. 2018).

De même, une ARUP dont l'objet est notamment la création et la gestion d'établissements dans le domaine des soins et de la rééducation et des personnes âgées dépendantes ainsi que d'établissements médico-sociaux doit être regardée comme une entreprise privée au sens de l'article 432-13 du Code pénal quand bien même ses recettes seraient essentiellement constituées de dotations et des produits de la tarification (avis n° 17T4732 du 16 novembre 2017).

⁵⁷ Au titre du contrôle dit « pénal », cette commission était chargée, par le III de l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 d'apprécier si l'activité privée que le fonctionnaire projetait d'exercer constituait un risque de prise illégale d'intérêts.

A contrario, elle a considéré qu'une ARUP de protection des animaux ne peut être regardée comme exerçant son activité dans un secteur concurrentiel conformément aux règles de droit privé dès lors qu'elle poursuit une mission d'intérêt général en ayant pour objet la défense des différentes espèces. La circonstance que ses ressources financières soient majoritairement privées et qu'il n'y ait aucune personne publique membre de l'association n'est pas un obstacle à l'absence de contrôle pénal (avis n° 18E0295 du 8 février 2018).

De même, dans un avis de 2019, elle a considéré que la FRUP, qui a notamment pour mission d'accueillir des enfants en situation de détresse suite à une décision du juge des enfants, ne constitue pas, compte tenu de son objet à but non lucratif, une entreprise privée au sens de l'article 432-13 du Code pénal (Avis n° 19T2442 du 16 mai 2019).



ANNEXE N° 7

LE DÉTOURNEMENT DE BIENS OU DE FONDS PUBLICS

RÉSUMÉ

Le détournement de biens ou de fonds publics sanctionne l'atteinte à l'obligation de probité dont tout fonctionnaire est tenu envers la collectivité publique qui l'emploie et, indirectement, sanctionne la violation de la confiance que les particuliers sont fondés à mettre dans chacun des représentants du pouvoir. Il protège également les intérêts financiers de l'État.

Cette infraction a vocation à s'appliquer aux ARUP/FRUP chargées d'une mission de service public.

SCHEMA DE DÉTOURNEMENT DE BIENS OU DE FONDS PUBLICS



Auteur : une personne dépositaire de l'autorité publique OU chargée d'une mission de service public OU un comptable public OU un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés



Qui s'est vu remettre en raison de sa fonction ou sa mission : un acte, un titre, des fonds, publics ou privés, des effets, pièces ou titres



Détourne, détruit ou soustrait ces(s) bien(s)

= se comporter comme le véritable propriétaire des biens qui lui ont été remis à titre précaire. Il n'est pas nécessaire que l'agent ait détourné les fonds à son profit.

NB : le maire et les conseillers municipaux sont dépositaires de l'autorité publique.

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

CONDITIONS PRÉALABLES

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- Les personnes dépositaires de l'autorité publique ou **chargées d'une mission de service public** (dont les parlementaires).
- Les comptables et dépositaires publics : cette catégorie vise les personnes qui reçoivent et gèrent des sommes ou des matières qui leur sont confiées en vertu d'un titre légal.

ÉLÉMENT MATÉRIEL

Nature des biens ou des fonds	<ul style="list-style-type: none">• actes ou titres (écrits administratifs divers, contrats administratifs, actes juridiques unilatéraux) ;• fonds publics/privés (espèces métalliques et les billets de banque). La première illustration de cette infraction constitue l'emploi fictif : les subventions sont dépensées dans un salaire sans contrepartie de travail effectif ;• effets, pièces ou titres en tenant lieu (toutes les valeurs qui, directement ou indirectement, sont substituées à la monnaie) ;• « tout autre objet » (mobilier, objets de décoration etc.).
Détention des biens ou des fonds en raison des fonctions ou de la mission	Il est nécessaire que les biens détournés se soient trouvés entre les mains du prévenu « en raison de ses fonctions ou de sa mission » ce qui revient à examiner les textes légaux ou réglementaires qui déterminent les pouvoirs de la personne dont il s'agit, car c'est par eux que se précise le contour exact des fonctions ou de la mission dont le titulaire a abusé.
Une destruction ou un détournement	La destruction englobe tout acte par lequel le coupable anéantit complètement le bien qui lui a été remis (la tentative s'appliquera à une destruction partielle). Le détournement consiste à substituer à une possession précaire (à raison des fonctions) un comportement de propriétaire (sens similaire dans l'infraction d'abus de confiance). Il peut également s'agir d'une utilisation abusive des fonds d'une collectivité : le fait pour un président de conseil général d'un département d'allouer des fonds dédiés budgétairement à la réinsertion des personnes en difficulté financière à des sportifs de haut niveau ou à des associations n'ayant aucun rapport avec les missions de réinsertion.

ÉLÉMENT MORAL

Il s'agit d'une infraction intentionnelle caractérisée dans son élément moral par la connaissance chez le prévenu du détournement des sommes qu'il avait sous sa garde. Il n'est ainsi pas exigé que l'intéressé en ait tiré un profit personnel, ni même qu'il ait eu l'intention de s'approprier les fonds.

L'article 433-4 du Code pénal réprime quant à lui le fait pour toute personne de détruire, détourner ou soustraire ces mêmes biens et fonds qui ont été remis à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, un comptable public ou un dépositaire public. Dans cette hypothèse, le détenteur des fonds ou biens n'est pas auteur de l'infraction, sauf s'il a commis une négligence (article 432-16 CP).

LES PEINES

Peines principales : 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000 € d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction lorsque l'infraction est commise par une personne publique. 7 ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsqu'elle est commise par une autre personne.

Peines complémentaires (article 432-17 du Code pénal) : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

TEXTES ET RÉFÉRENCES

L'article 432-15 du Code pénal définit le détournement de biens ou de fonds publics par une personne publique comme le fait « *par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission* ».

L'article 432-16 du Code pénal incrimine les mêmes faits lorsqu'ils sont commis par négligence : « *Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public* ». Dans cette hypothèse, l'infraction est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

L'article 433-4 du Code pénal définit le détournement de biens ou de fonds publics par toute autre personne comme le fait « *de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés* ». L'infraction est punie de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

EXEMPLES D'INFRACTIONS COMMISES DANS LE SECTEUR NON LUCRATIF

Cour de cassation, chambre criminelle, 5 octobre 2000 (n° 00-81879). Cas d'une association qui effectuait de la formation et qui, « *fût-elle une personne morale de droit privé, poursuivait une mission d'intérêt général, avait reçu l'agrément de la puissance publique avec laquelle elle avait passé une convention de droit administratif, était financée par des fonds exclusivement publics et se voyait soumise au contrôle de l'administration* ».

Cour de cassation, chambre criminelle 16 décembre 2009 (n° 09-81192). Le président et le directeur d'une association ont été reconnus coupables de détournement de fonds publics pour avoir affecté à des établissements relevant du secteur privé de cette association des sommes versées notamment par la direction des affaires sanitaires et sociales, la direction de la protection judiciaire de la jeunesse, la caisse primaire d'assurance maladie et le département du Maine et Loire, parties civiles. Le préjudice né de l'infraction est constitué des fonds publics versés par les financeurs puis utilisés par le secteur « propre ».

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 juin 2002 (n° 01-84.397). Une association constituant un comité social en faveur du personnel communal, dont le président et le trésorier étaient des agents communaux, avait procédé, avec l'accord du maire, au versement de compléments illicites ou occultes de rémunération à ces deux membres, provenant essentiellement de la subvention accordée par la commune à cette association ; pour relâcher le maire du chef de détournement de fonds publics par négligence, la cour d'appel retient que, si le prévenu était au courant du système mis en place pour le versement de ces indemnités occultes, ayant lui-même signé les courriers les accompagnant, il n'a accompli aucun acte de détournement, ni donné aucune instruction directe pour y procéder ; en se prononçant ainsi, sans tirer les conséquences légales de ses propres constatations relatives à la connaissance qu'avait le prévenu du détournement des sommes qu'il ordonnait, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.



ANNEXE N° 8

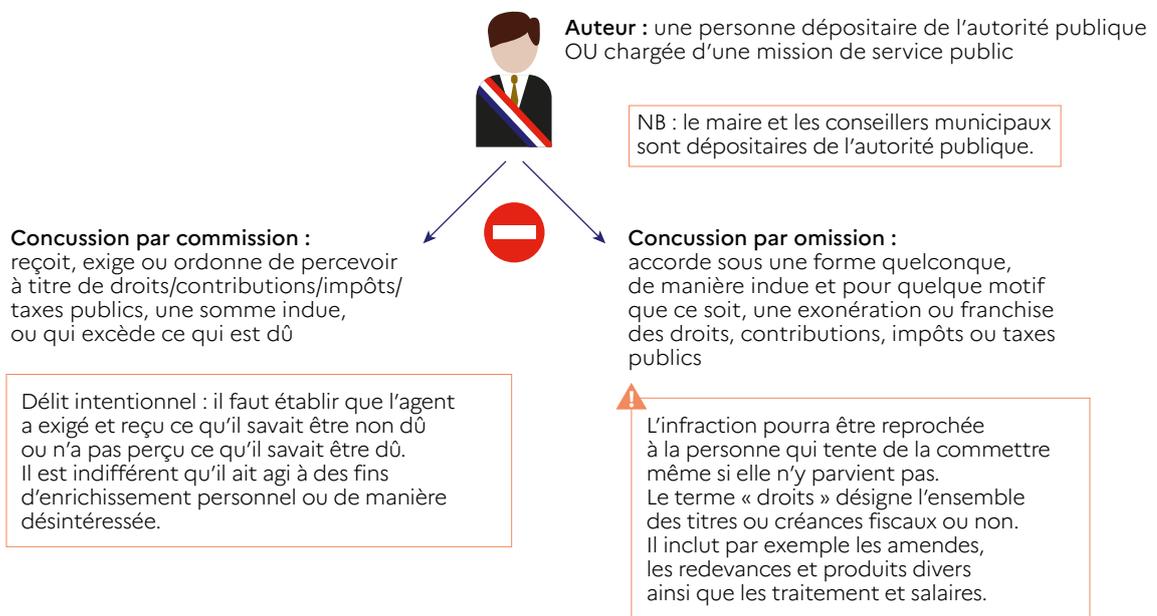
LA CONCUSSION

RÉSUMÉ

La concussion est une infraction qui consiste à réclamer en toute connaissance de cause un droit ou contribution, impôt ou taxe public non dû ou à accorder une franchise d'un droit ou contribution, impôt ou taxe public en violation de la loi.

En l'état du droit et de la jurisprudence, les ARUP-FRUP ne peuvent être concernées comme auteur de cette infraction. Par contre, elles pourraient se voir reprocher le délit de recel qui y est associé.

SCHEMA DE CONCUSSION



LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

CONDITIONS PRÉALABLES

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public. Ne sont pas visées les personnes investies d'un mandat électif public.

ÉLÉMENT MATÉRIEL

Il existe deux formes de concussion, celle qui consiste à exiger une somme que l'auteur sait ne pas être due, et celle qui consiste à accorder indûment une exonération ou une franchise. Tel est le cas pour un agent public qui procède au recouvrement d'une créance qu'il sait prescrite ou qui dispense un fonctionnaire du paiement des loyers de son logement de fonctions.

S'agissant de la nature des fonds, le texte vise les droits, contributions, impôts ou taxes publics. Ces expressions recouvrent notamment le traitement ou les indemnités d'un fonctionnaire.

ÉLÉMENT MORAL

Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur ait eu conscience du caractère indu de la somme qu'il a exigé de percevoir ou dont il a exonéré la perception.

Ainsi, les ARUP-FRUP ne sont pas visées par ce texte en ce qu'elles n'ont pas pour mission d'exiger ou d'ordonner le versement de droits ou contributions, impôts ou taxes publics.

RECEL

Le recel de concussion est répréhensible. Il consiste dans le fait à bénéficier des conséquences d'un tel acte et **peut donc être reproché aux ARUP-FRUP.**

LES PEINES

Peines principales : 5 ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Peines complémentaires (article 432-17 du Code pénal) : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

TEXTE ET RÉFÉRENCE

L'article 432-10 du Code pénal définit la concussion comme :

- « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ;
- le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires. »

EXEMPLES D'INFRACTIONS DANS LE SECTEUR NON LUCRATIF

Cour de cassation, chambre criminelle, 13 mars 2018 (n° 17-86548). Un maire a été condamné pour concussion, prise illégale d'intérêts, et recel de ces délits en ce qu'il a octroyé, sans paiement d'une redevance, à une association une autorisation de tournage d'un film dans les locaux municipaux. L'association a été condamnée du chef de recel de concussion.

www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr

Conception et rédaction

Agence française anticorruption

Réalisation :

Desk 53 (www.desk53.com.fr)

Crédits photographiques :

© XXXXX / Stock.Adobe.com

Janvier 2022



Contact

Agence française anticorruption
23 avenue d'Italie, 75013 Paris
afa@afa.gouv.fr

Pour plus d'informations, rendez-vous sur
www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr