



## Autres manquements au devoir de probité

<b>1) Avant-propos</b>	2
<b>2) Prise illégale d'intérêts</b>	2
2.1) Prise illégale d'intérêts par un fonctionnaire en activité	2
2.2) Prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire	3
<b>3) Atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics</b>	5
3.1) Éléments constitutifs	5
3.2) Pénalités	5
<b>4) Soustraction et détournement de biens</b>	5
4.1) Éléments constitutifs	5
4.2) Circonstances aggravantes	6
4.3) Pénalités	6
4.4) Tentative	6
4.5) Infraction particulière	6



## 1) Avant-propos

Dans cette fiche sont étudiés d'autres manquements à la probité que la concussion, la corruption et le trafic d'influence (traités dans la fiche de documentation n° 23-55).

Ces autres manquements se caractérisent :

- d'une part, par le fait que l'auteur peut être une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, un fonctionnaire public, agent ou préposé d'une administration publique, une personne exerçant les fonctions de représentant, un administrateur ou agent de l'État ou d'un établissement public n'ayant pas un caractère industriel et commercial, ou bien encore un comptable ou dépositaire public ;
- d'autre part, par le fait que ces infractions sont constituées même en l'absence d'enrichissement personnel de leur auteur.

C'est davantage la volonté de réprimer les manquements à la moralité publique que celle de punir les manquements caractérisés à la probité qui fait l'unité des infractions présentées dans cette fiche.

## 2) Prise illégale d'intérêts

### 2.1) Prise illégale d'intérêts par un fonctionnaire en activité

#### 2.1.1) Éléments constitutifs

##### Élément légal

Ce délit est prévu et réprimé par l'article 432-12, alinéa 1, du Code pénal.

##### Élément matériel

L'élément matériel est constitué :

- lorsque l'auteur des faits possède la qualité de dépositaire de l'autorité publique, est chargé d'une mission de service public ou est investi d'un mandat électif public ;
- lorsque cette personne prend, reçoit ou conserve, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération ;
- lorsqu'au moment de l'acte, elle a en tout ou partie, la charge d'en assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

#### **Personne ayant la qualité de dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public**

Il s'agit de toute personne appelée à concourir à la gestion des affaires publiques (maire, adjoint, conseillers municipaux notamment).

#### **Dérogations**

Dans les communes comptant moins de 3 500 habitants, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire, à condition de ne pas participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat, laquelle ne peut être tenue à huis clos, peuvent (CP, art. 432-12, al. 2 à 4) :

- chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services, dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros ;
- acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement.  
Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal ;
- acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle.



Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, par une délibération motivée du conseil municipal, quelle que soit la valeur des biens concernés.

## **2 Prise, réception ou conservation d'intérêts dans une entreprise ou une opération**

Le texte de l'incrimination est suffisamment large pour englober dans les termes « entreprise ou opération » n'importe quel acte, adjudication, affaire, régie, commerce...

La prohibition s'étend à tous les actes pour lesquels l'implication du fonctionnaire présenterait un danger pour l'intérêt public.

Par ailleurs, l'infraction est consommée, non seulement du fait d'une prise d'intérêts dans une affaire, mais également dans le fait de conserver ces intérêts.

L'incrimination de la conservation illégale d'intérêts fait de cette infraction un délit continu, ce qui permet de la sanctionner même si les faits sont découverts plus de trois ans après la prise d'intérêts : les tribunaux ne font courir la prescription triennale qu'à compter du moment où l'infraction cesse.

## **2 Surveillance, administration, liquidation ou paiement, en tout ou partie, de l'entreprise ou de l'opération dans l'exercice de ses fonctions**

Le critère d'application du texte est la détention d'intérêts dans une opération au moment où la personne en assure, en tout ou partie, la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

La personne qui conserve un intérêt pris ou reçu à une époque où elle n'avait aucune charge vis-à-vis de l'entreprise ou de l'opération ne commet aucune infraction.

Le fait de conserver un intérêt dans une entreprise ou une opération n'est incriminé que si la personne en cause avait « au moment de l'acte », la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de cette entreprise ou de cette opération.

### **Élément moral**

Il suffit que l'auteur ait pris sciemment un intérêt dans une affaire que sa fonction lui faisait un devoir de surveiller ; il n'est pas nécessaire qu'il ait voulu en tirer un profit personnel.

### **2.1.2) Pénalités**

Infractions	Qualifications	Prévues et réprimées	Peines
Prise ou conservation illégale d'intérêts par un fonctionnaire en activité	Délit	CP, art. 432-12, al. 1	Emprisonnement de cinq ans Amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction

### **2.1.3) Tentative**

N'étant pas visée par l'article 432-12 du Code pénal, la tentative n'est donc pas punissable (CP, art. 121-4).

## **2.2) Prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire**

### **2.2.1) Éléments constitutifs**

#### **Élément légal**

Ce délit est prévu et réprimé par l'article 432-13, alinéas 1 et 2, du Code pénal.

#### **Élément matériel**

L'élément matériel est constitué :

- lorsque l'auteur a été un membre du Gouvernement, un membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, un titulaire d'une fonction exécutive locale, un fonctionnaire, un militaire ou un agent d'une administration publique.



La qualité de l'auteur est ici une condition d'application du texte. L'auteur doit avoir été, statutairement, un membre du Gouvernement, un membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, un titulaire d'une fonction exécutive locale, un fonctionnaire, un militaire ou un agent d'une administration publique. Ne sont donc pas visées les personnes privées qui, de par leurs fonctions, auraient été dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public. En revanche, ces dispositions sont applicables, aux termes de l'article 432-13, alinéa 4, aux 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 ;

- **lorsque l'auteur a été chargé, dans le cadre de ses fonctions, 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.**

Aux termes de l'alinéa 3 de l'article 432-13 du Code pénal, est assimilée à une entreprise privée, toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles de droit privé.

En effet, il n'est pas normal qu'un fonctionnaire puisse impunément quitter la fonction publique pour rejoindre une entreprise nationalisée dont il avait auparavant assuré la surveillance ou le contrôle, dès lors que cette entreprise exerce ses activités dans un secteur concurrentiel.

Dans une telle hypothèse, il est en effet légitime de craindre que cette entreprise ne soit favorisée dans ses relations avec l'État au détriment des entreprises privées concurrentes, ou que l'emploi de l'ancien fonctionnaire ne vienne récompenser des avantages indus que celui-ci aurait octroyés à cette entreprise dans l'exercice de ses fonctions passées ;

- **lorsqu'il prend ou reçoit 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 cette fonction,
  - dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées précédemment.

Selon l'alinéa 5 de l'article 432-13 du Code pénal, l'infraction n'est pas constituée en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale.

### Élément moral

Pour caractériser l'intention coupable, il suffit que l'auteur prenne sciemment une participation dans une entreprise que sa fonction lui faisait un devoir de surveiller.

En revanche, il ne peut lui être reproché de ne pas cesser sa participation dans une telle entreprise.

### 2.2.2) Pénalités

Infractions	Qualifications	Prévues et réprimées	Peines
Prise illégale d'intérêts par un ancien fonctionnaire	Délit	CP, art. 432-13	Emprisonnement de trois ans Amende de 200 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction

### 2.2.3) Tentative



N'étant pas prévue par le Code pénal, la tentative n'est donc pas punissable (CP, art. 121-4).

### 3) Atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics

#### 3.1) Éléments constitutifs

##### 3.1.1) Élément légal

Ce délit est prévu et réprimé par l'article 432-14 du Code pénal.

##### 3.1.2) Élément matériel

L'élément matériel est constitué :

- lorsque l'auteur est dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public ou exerce les fonctions de représentant, d'administrateur ou d'agent de l'État, des établissements publics, des collectivités territoriales ou des sociétés d'économie mixte nationales ou locales, ou toute autre personne agissant pour le compte de l'une d'entre elles ;
- lorsque l'auteur effectue 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 contrats de concession ;
- lorsque par cet acte l'auteur procure ou tente de procurer à autrui un avantage injustifié.

##### 3.1.3) Élément moral

La seule méconnaissance des dispositions légales ou réglementaires suffit à établir l'intention coupable du prévenu ayant la qualité d'élu ou de fonctionnaire.

#### 3.2) Pénalités

Infractions	Qualifications	Prévues et réprimées	Peines
Atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics	Délit	CP, art. 432-14	Emprisonnement de deux ans Amende de 200 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction

### 4) Soustraction et détournement de biens

#### 4.1) Éléments constitutifs

##### 4.1.1) Élément légal

Ce délit est prévu et réprimé par l'article 432-15, alinéa 1, du Code pénal.

##### 4.1.2) Élément matériel

L'élément matériel est constitué :

- lorsque l'auteur est dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés ;
- lorsque l'auteur accomplit un acte de destruction, soustraction ou détournement.  
Il ne peut s'agir d'une soustraction frauduleuse au sens attribué à ces mots en matière de vol, puisque le comptable ou le dépositaire a déjà entre les mains les valeurs qu'il s'approprie.  
Il s'agit d'un véritable abus de confiance présentant un caractère particulier en ce sens que les



valeurs sont détenues, non par suite d'une remise volontaire, mais en raison de fonctions et en exécution de la loi.

Il y a détournement lorsque le comptable ou le dépositaire public utilise les fonds qu'il détient à des fins qu'il sait incompatibles avec leur destination normale ;

- lorsque la chose détruite ou détournée lui a été remise en raison de ses fonctions ou de sa mission.

#### 4.1.3) Élément moral

L'intention coupable est nécessaire. Il faut, pour constituer le délit, établir le geste frauduleux du détournement, de soustraction ou de destruction volontaire.

#### 4.2) Circonstances aggravantes

L'infraction est aggravée lorsqu'elle est commise en bande organisée (CP, art. 432-15, al. 2).

#### 4.3) Pénalités

Infractions	Qualifications	Prévues et réprimées	Peines
Destruction, détournement ou soustraction de biens par un fonctionnaire public	Délit	CP, art. 432-15, al. 1	Emprisonnement de dix ans Amende de 1 000 000 euros, dont le montant peut-être porté au double du produit tiré de l'infraction
Destruction, détournement ou soustraction de biens par un fonctionnaire public commis en bande organisée	Délit	CP, art. 432-15, al. 1 et 2	Emprisonnement de dix ans Amende de 2 000 000 euros ou, s'il excède ce montant, au double du produit de l'infraction

#### 4.4) Tentative

La tentative de cette infraction est punie des mêmes peines (CP, art. 432-15, al. 3).

#### 4.5) Infraction particulière

##### Destruction, détournement ou soustraction résultant d'une négligence

Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 du Code pénal 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, ces personnes sont punies d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (CP, art. 432-16).



##### Ne pas confondre l'acte authentique avec l'acte sous seing privé :

- l'acte authentique dressé dans les formes légales par un notaire, stipule des conventions (contrat) entre deux parties ;
- l'acte sous seing privé n'est soumis à aucune règle de forme ; c'est un acte instrumentaire rédigé par les parties elles-mêmes, sans le concours d'un officier public.

