

DU DÉTOURNEMENT DE FONDS PUBLICS PAR UN PARLEMENTAIRE EUROPÉEN DANS UNE DÉMOCRATIE

par Olivier Raynaud

Ancien magistrat

Tribunal judiciaire de Paris, 11^e chambre correctionnelle 5 février 2024

Observations : Le 5 février 2024, François Bayrou est relaxé par la 11^e chambre correctionnelle du tribunal judiciaire de Paris dans l'affaire des assistants parlementaires du MoDem car « en l'absence de toute preuve, une juridiction pénale de jugement ne saurait, sans méconnaître le principe de la présomption d'innocence, déduire la culpabilité d'un prévenu d'une hypothèse, fût-elle vraisemblable ». François Bayrou est renvoyé des fins de la poursuite au bénéfice du doute.

Les autres prévenus sont condamnés, à une autre exception près, sous la qualification de détournement de fonds publics pour cinq des anciens parlementaires européens de l'UDF et du MoDem et pour complicité ou recel du délit de détournement de fonds publics pour l'UDF et le Modem, ainsi que pour leurs anciens cadres et trésoriers. Précisons que la prévention couvrait une période comprise entre le 9 juin 2005 et janvier 2017 et que le Modem a succédé à l'UDF de façon opérationnelle dès décembre 2007.

Une requalification liée au statut des mis en cause

Le tribunal retient, dans son jugement de condamnation, le délit de détournement de fonds publics⁴ alors que le réquisitoire introductif du 19 juillet 2017 ouvrait l'information judiciaire des chefs d'abus de confiance, recel et escroquerie. L'élargissement de la saisine du

juge d'instruction aux faits de détournement de fonds publics et de recel de l'infraction était intervenu par réquisitoires supplétifs des 19 octobre 2018 et 12 novembre 2019.

La défense de certains prévenus – Thierry Cornillet, ancien député européen, et Michel Mercier, ancien trésorier des partis UDF et

Le délit de détournement de fonds publics n'est pas expressément applicable aux personnes investies d'un mandat électif public. Il est applicable à une personne dépositaire de l'autorité publique

MoDem – a soulevé que la qualification de détournement de fonds publics était inopérante à plusieurs titres :

- le délit de détournement de fonds publics n'est pas expressément applicable aux personnes investies d'un mandat électif public. Il est applicable à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés ;
- la qualification des faits en détournement de fonds publics était intervenue après l'extension de l'incrimination de détournement de fonds publics à un membre du Sénat² alors qu'à la date des faits reprochés, aucune juridiction judiciaire n'avait jugé même implicitement que l'incrimination prévue à l'article 432-15 du code pénal était applicable aux parlementaires.

Le tribunal correctionnel de Paris a rappelé que la chambre criminelle de la Cour de cassation³ avait approuvé l'analyse de la chambre de l'instruction de Paris qui avait reconnu à un sénateur l'exercice d'une mission de service public au sens de l'article 432-15 du code pénal, puisqu'il accomplit, directement ou indirectement, des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général⁴.

Pour ce faire, elle constatait que les juges du fond avaient relevé que « le juge d'instruction a retenu la notion de personne chargée d'une mission de service public liée à la qualité de sénateur, celui-ci, comme le député, votant la loi, participant au contrôle de l'action du gouvernement, détenant donc à ce titre et à raison de sa mission une parcelle d'autorité publique ; que la chambre de l'instruction, après avoir constaté que les parlementaires sont autorisés à visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les établissements pénitentiaires et les centres éducatifs fermés ainsi que les lieux de rétention administrative et les zones d'attente, en application de l'article 719 du code de procédure pénale qui permet aux élus de la Nation de vérifier que les conditions de détention répondent à l'exigence de respect de la personne humaine, retient que le texte susvisé suffit à caractériser, pour le sénateur, la qualité de personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-15 du code pénal qui est reconnue à 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 aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique, la mission dévolue aux parlementaires étant par essence une mission d'intérêt général ».

Le point est fondamental.

Il renvoie à l'analyse des règles de la démocratie et à la science constitutionnelle. Que de meilleure lecture que de se plonger dans les *Écrits constitutionnels* de René Capitant⁵ ?

Dans la définition de la démocratie, René Capitant rappelle que pour Montesquieu, dans son principe de la séparation des pouvoirs, « le corps représentant

(1) C. pén., art. 432-15.

(2) Crim. 27 juin 2018, n° 18-80.069, D. 2018. 1795, note G. Beaussonie et H. Rassafi-Guibal ; *ibid.* 1791, avis P. Petitprez ; *ibid.* 2259, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, S. Mirabail et E. Tricoire ; AJ pénal 2018. 465, note P. de Combles de Nayves.

(3) Crim. 27 juin 2018, préc.

(4) Position confirmée par Crim. 11 juill. 2018, n° 18-80.264, inédit.

(5) R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, CNRS, 1982.

ne doit pas être choisi non plus pour prendre quelque résolution active, chose qu'il ne ferait pas bien [l'"résolution active" signifie ici acte d'exécution], mais pour faire des lois ou pour voir si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites, chose qu'il peut très bien faire, et qu'il n'y a que lui qui puisse bien faire ». La fonction de l'élu est de faire la loi, à l'exclusion de tout acte d'exécution. L'assemblée élue a le droit de contrôler l'exécutif, ce qui est évidemment tout autre chose que d'exercer le pouvoir exécutif. Elle doit contrôler si les lois qu'elle vote sont bien exécutées. L'exigence primordiale d'une démocratie, pour René Capitant, est que le dernier mot revienne au peuple. Il attachait une grande importance à l'exercice du droit de dissolution qui provoque l'arbitrage du corps électoral. Tel est bien le schéma de la V^e République. Le chef de l'État nomme un Premier ministre qui a sa confiance et qui est responsable devant l'Assemblée nationale. L'Assemblée peut désavouer le gouvernement. En l'espèce, l'énoncé par le juge judiciaire des missions au titre desquelles le parlementaire français détiendrait un attribut d'autorité publique ou de service public renvoie étrangement à la définition de la démocratie par Montesquieu. La visite par un parlementaire d'un lieu de privation de liberté correspond exactement à la fonction même d'un parlementaire, à savoir de contrôler la bonne exécution de la loi qu'il vote. Montesquieu encore demandait aux assemblées le contrôle de la légalité. « La puissance législative doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites ont été exécutées. » Le parlementaire exerce-t-il pour autant une mission de service public, est-il une parcelle d'autorité publique ?

Pouvoir législatif et service public

On peut évidemment s'interroger sur la faiblesse de l'approche retenue pour qualifier les faits reprochés à un sénateur de détournement de fonds publics⁶ en allant piocher au hasard de certains textes des attributions de contrôle du Parlement susceptibles de faire de ses membres des agents chargés d'une mission du service public. On ne sait d'ailleurs pas si le sénateur en question avait usé de l'une quelconque de ces prérogatives.

Il y aurait dans cette jurisprudence comme une dénaturation de l'esprit de la séparation des pouvoirs. Pour Locke, la séparation des pouvoirs apparaît comme une conséquence nécessaire de la nature du pouvoir législatif. C'est en effet pour garantir que la loi restera générale que Locke interdit au législateur de l'appliquer lui-même. Si le législateur pouvait à la fois faire les lois et les appliquer, prendre en l'occurrence des mesures particulières, la loi cesserait d'être juste et le contrat social serait violé.

En vertu de l'article 24 de la Constitution, « le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du gouvernement. Il évalue les politiques publiques ».

La fonction d'une assemblée n'est pas une mission de service public, elle est le pouvoir législatif. La puissance législative définie par Montesquieu se distingue du pouvoir exécutif qui est la fonction d'exécution des lois. Alors oui, ceux qui participent à l'exécution des lois et règlements ont une parcelle de l'autorité publique ou exercent une mission de service public.

Le tribunal, dans la décision commentée, justifie l'application de la qualification juridique de détournement de fonds publics à un parlementaire en prenant l'exemple d'autres élus :

- « cette incrimination était applicable notamment, en leur qualité de personnes dépositaires de l'autorité publique au sens de ce texte, aux présidents de conseil général⁷ [,] aux maires⁸ » ;
- « tous les détenteurs d'une parcelle de l'autorité publique devaient être justiciables de ce texte et en particulier, [...] les personnes titulaires d'un mandat électif public devaient entrer dans la catégorie des personnes dépositaires de l'autorité publique sinon dans les personnes chargées d'une mission de service public ».

On peut regretter la confusion qui est faite par les juges entre la fonction de parlementaire et celle de président d'une collectivité territoriale. Tous les élus ne sont pas de la même essence.

En effet, selon l'article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales « les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence. Dans les conditions prévues par la loi, ils disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. Ils concourent avec l'État à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, à la promotion de la santé, à la lutte contre les discriminations, à la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie ».

La fonction d'une assemblée n'est pas une mission de service public, elle est le pouvoir législatif.

La différence est nette entre l'article 24 de la Constitution et l'article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales. L'un est bref, le second renvoi à une liste de services publics ou de missions d'intérêt général gérés par les collectivités territoriales.

Pour mémoire, les communes bénéficient de la clause de compétence générale leur permettant de régler par délibération toutes les affaires relevant de leur niveau. Elles sont compétentes en matière d'urbanisme, de logement, d'environnement, de gestion des écoles préélémentaires et élémentaires. Certaines compétences sont obligatoirement exercées par un établissement public de coopération intercommunale. Les départements sont quant à eux compétents en matière d'action sociale (enfance, personnes handicapées, personnes âgées, revenu de solidarité active), d'infrastructures (ports, aérodromes, routes départementales), de gestion des collèges, d'aide aux communes. Les régions exercent principalement leurs compétences pour le développement économique, l'aménagement du territoire, les transports, la gestion des lycées, la formation professionnelle.

Assurément, dans leur gestion respective des bâtiments d'éducation que sont les écoles, les collèges et les lycées, les maires, présidents de conseil départemental et présidents de région exercent une mission de service public. Ces élus sont l'exécutif d'une administration qui détient une parcelle de l'autorité publique en concours avec les administrations de l'État. Considérer qu'ils puissent se voir condamner pour détournement de fonds publics est conforme à la rédaction de l'article 432-15 du code pénal.

(6) Crim. 27 juin 2018, préc.

(7) Crim. 18 oct. 2000, n° 99-88.139 P ; Crim. 6 janv. 2002, n° 01-68.105, inédit ; Crim. 4 mai 2006, n° 05-81.151 P, AJ pénal 2006. 317.

(8) Crim. 10 avr. 2002, n° 01-84.192, inédit ; Crim. 19 juin 2002, n° 01-84.397, D. 2003. 172, obs. M. Segonds ; Crim. 13 sept. 2006, n° 05-84.111 P, AJ pénal 2006. 504, obs. G. Royer ; RSC 2007. 537, obs. C. Mascala.

La mission de service public ne peut évidemment pas être analysée sans l'apport de la jurisprudence administrative. La prérogative de puissance publique est la faculté de l'administration d'imposer des actes administratifs unilatéraux d'application immédiate. L'administration bénéficie d'un droit exorbitant du droit commun. La jurisprudence du Conseil d'État a complété la définition de gestionnaire d'un service public par l'arrêt *Narcy*⁹ qui a consacré trois critères cumulatifs pour identifier si une personne privée gère un service public : l'intérêt général de l'activité, le contrôle des pouvoirs publics sur la personne privée et la détention par la personne privée de prérogatives de puissance publique. Par l'arrêt *APREI*¹⁰, le Conseil d'État a complété la méthode en affirmant que la gestion d'un service public par une personne privée peut être reconnue en l'absence de prérogatives de puissance publique, sous couvert d'un faisceau d'indices, afin de déterminer si la personne privée est chargée ou non de la gestion d'un service public. En tout cas, le parlementaire ne dispose pas de pouvoir exorbitant du droit commun. Il fait la loi et c'est aux administrations de la mettre en œuvre.

La définition d'autorité publique doit être uniforme en Europe et le pouvoir judiciaire n'est pas une autorité publique. Le pouvoir législatif ne l'aurait pas plus été si la question s'en était trouvée posée.

ladite directive définit la notion d'autorité publique en terminant par ces mots : « La présente définition n'inclut pas les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs ». La Cour de justice énonce dans cet arrêt deux règles importantes :

- un principe général de définition des notions issues du droit de l'Union, à savoir « que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de cette disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause » ;
- « l'article 2, point 2, de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, doit être interprété en ce sens qu'il ne régit pas l'accès aux informations environnementales contenues dans les dossiers judiciaires, dès lors que ni les juridictions, ni les organes ou les institutions placés sous leur contrôle et entretenant ainsi des liens étroits avec ces dernières, ne constituent des "autorités publiques" au sens de cette disposition et ne relèvent donc du champ d'application de cette directive ».

En somme, la définition d'autorité publique doit être uniforme en Europe et le pouvoir judiciaire n'est pas une autorité publique. Le pouvoir législatif ne l'aurait pas plus été si la question s'en était trouvée posée.

Les pouvoirs du Parlement européen : une mission de service public ?

Enfin, pour justifier la qualification de détournement de fonds publics à l'encontre des parlementaires européens, le tribunal retient que « le Parlement européen participe à l'adoption des actes

communautaires et peut exercer, suivant différentes modalités, un contrôle sur l'activité des autres institutions de la Communauté européenne. [...] Tout député européen a le droit de présenter, dans le cadre du droit d'initiative du Parlement, une proposition d'acte communautaire. Au regard de ces textes, il ne pouvait exister de doute à la date des faits poursuivis sur l'exercice par un parlementaire européen d'une mission de service public au sens de l'article 432-15 du code pénal, cette mission devant s'entendre comme l'accomplissement d'actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important que le parlementaire ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique française ».

Les pouvoirs du Parlement européen¹¹ sont toutefois des pouvoirs des plus classiques et sont comparables au pouvoir législatif habituel d'un parlement national.

Comme institution représentative des citoyens européens, le Parlement constitue la base démocratique de l'Union européenne et doit être entièrement associé au processus législatif européen et exercer, au nom des citoyens, un contrôle politique sur les autres institutions de l'Union.

Ces pouvoirs sont :

- des pouvoirs de type constitutionnel et des pouvoirs de ratification : par exemple, la conclusion de tout traité d'adhésion d'un nouvel État membre, ainsi que de tout traité d'association, est soumise à l'avis conforme du Parlement. Sont également soumis à l'avis conforme du Parlement les actes relatifs à la procédure électorale. Le Parlement peut prendre l'initiative de réviser les traités et a le dernier mot pour décider si une convention doit ou non être convoquée pour préparer une future modification des traités ;
- des pouvoirs législatifs : le Parlement participe à l'adoption des actes législatifs de l'Union à des degrés divers, en fonction de la base juridique pertinente pour chacun de ces actes. Son rôle a progressivement évolué d'une participation exclusivement consultative à la codécision, qui le place sur un pied d'égalité avec le Conseil. La procédure de codécision a renforcé le pouvoir du Parlement pour rendre l'Europe plus démocratique, elle ne fait pas du Parlement européen un agent chargé d'une mission de service public ;
- des pouvoirs consultatifs en matière de fiscalité, concurrence, rapprochement des législations qui ne sont pas liées au marché intérieur, et pour certains aspects de la politique sociale ;
- un pouvoir d'approbation pour certains autres domaines ;
- un pouvoir d'initiative législative avec la faculté de demander à la Commission de soumettre une proposition. Il existe quelques cas spécifiques dans lesquels le Parlement dispose d'un droit d'initiative direct (par ex. pour les règlements relatifs à sa composition, à l'élection de ses membres et aux conditions générales d'exercice des fonctions de ses membres, pour la constitution de commissions temporaires d'enquête) ;

(9) CE 28 juin 1963, Rec. p. 401.

(10) CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, Lebon avec les concl..

(11) TFUE, art. 223 à 234 et 314.

■ des pouvoirs budgétaires ;
■ des pouvoirs de contrôle de l'exécutif.
Le Parlement dispose en outre de plusieurs instruments de contrôle. Il examine le rapport général annuel qui lui est soumis par la Commission¹² et surveille, avec le Conseil, les actes d'exécution et les actes délégués de la Commission¹³. Le Parlement dispose également de pouvoirs classiques : investiture de la Commission, motion de censure à l'encontre de la Commission, questions parlementaires, commissions d'enquête et contrôle en matière de politique étrangère et de sécurité commune. La longue énumération qui vient d'être faite correspond peu ou prou à l'article 24 de la Constitution : le Parlement européen vote la loi, contrôle la Commission et évalue les politiques publiques européennes. En motivant l'application du délit de détournement de fonds publics à un parlementaire européen au motif que « le Parlement européen participe à l'adoption des actes communautaires et peut exercer, suivant différentes modalités, un contrôle sur l'activité des autres

(12) TFUE, art. 233.

(13) TFUE, art. 290 et 291.

institutions de la Communauté européenne » et au vu de « l'exercice par un parlementaire européen d'une mission de service public au sens de l'article 432-15 du code pénal, cette mission devant s'entendre comme l'accomplissement d'actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général », le tribunal correctionnel opère une déformation des définitions d'intérêt général (la loi), de l'autorité publique (l'État) et de la mission de service public (l'administration d'État ou décentralisée). Il est bien difficile de considérer le parlementaire européen ou français comme « 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 », en raison de l'essence même de la puissance parlementaire. Le parlementaire n'est pas une administration.

Requalifier les faits est nécessaire. Cette dispute entre le payeur (le Parlement européen) et les bénéficiaires (les parlementaires) pour des montants versés au titre de la rémunération d'assistants parlementaires aurait pu relever d'une action simplement civile au titre par exemple du paiement de l'indu.

Le tribunal correctionnel opère une déformation des définitions d'intérêt général (la loi), de l'autorité publique (l'État) et de la mission de service public (l'administration d'État ou décentralisée).