Les sanctions pénales applicables au détournement de subvention

Michaël Fernandez-Bertier
Assistant en droit pénal et droit de la procédure pénale, CRID&P – UCL

La mise à disposition de travailleurs d'une ASBL au service d'une autre ASBL peut emporter des conséquences pénales lorsqu'elle implique l'un ou l'autre comportement frauduleux et mérite donc d'être analysée au regard de la question de la fraude aux subventions, et plus particulièrement du détournement de ces dernières.

En effet, quelles conséquences juridiques doit-on attacher à la situation dans laquelle une ASBL donnée, que l'on dénommera « A », se verrait accorder des subsides par un pouvoir public au profit d'emplois déterminés, alors que lesdites prestations seraient en réalité exécutées, en tout ou en partie, auprès d'une ASBL tierce, dite « B » ? Tel est l'objet de la présente analyse.

Les sanctions applicables aux fraudes aux subventions

L'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions et allocations

Alors qu'un néophyte en la matière aurait pour premier réflexe, dans l'hypothèse d'une fraude aux subventions, de se référer aux infractions pénales de droit commun prévues par le Livre II du Code pénal afin d'évaluer les peines applicables à un tel comportement, c'est bien une *lex specialis* qui régule la matière. En effet, l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions et allocations (tel qu'en vigueur suite à la refonte opérée par la loi du 7 juin 1994 du même nom) a notamment pour objet la répression de la fraude en matière de subventions.

Mais qu'entendre par la notion de « subvention » telle que visée par le législateur ? Aux termes de l'article 1er de l'arrêté-royal précité, il s'agit de « *toute subvention, indemnité ou allocation*[1] *qui est, en tout ou en partie, à charge de l'Etat, d'une autre personne morale de droit public, de la Communauté européenne ou d'une autre organisation internationale, ou qui est, en tout ou en partie, composée de deniers publics* ».

Ainsi, l'arrêté-royal tel qu'en vigueur réprime, en son article 2, quatre formes de fraude à la subvention, que sont respectivement :

- l'acceptation ou la conservation d'une subvention, ne serait-ce qu'en partie, dont on sait ne pas avoir ou ne plus avoir le droit (§ 1er);
- le recours à une déclaration inexacte ou incomplète à l'occasion d'une demande visant à obtenir ou conserver une telle subvention[2] (§ 2);
- l'utilisation d'une subvention à d'autres fins que celles pour lesquelles elle a été obtenue (§ 3); et enfin
- l'obtention ou la conservation d'une subvention résultant d'une déclaration inexacte ou incomplète telle que prévue au § 2 (§ 4).

Les sanctions applicables au détournement de subventions par une personne physique

En ce qui nous concerne, c'est plus précisément le comportement visé au § 3 de l'article 2 qui nous intéresse : en effet, dans l'hypothèse où les subventions obtenues par l'ASBL « A » au profit d'emplois déterminés viendraient à être, dans les faits, détournées, puisque lesdites prestations seraient en réalité effectuées au profit de l'ASBL « B », l'on peut estimer qu'il est fait un usage abusif des deniers obtenus légitimement[3]. La personne physique ayant procédé ou contribué au détournement de subventions verra donc sa responsabilité pénale engagée.

Ainsi, selon le § 3 de la disposition précitée, « *quiconque aura utilisé une subvention, indemnité ou allocation prévue à l'article 1er à d'autres fins que celles pour lesquelles elle a été obtenue, sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de vingt-six [euros][4] à septante-cinq mille [euros]* ».

En outre, il est à noter que les peines d'amendes doivent être automatiquement multipliées par les décimes additionnels (un mécanisme mis en place en vue d'adapter les amendes à l'inflation et à la dévaluation de la monnaie), d'un coefficient de 5,5.

Enfin, l'article 4, alinéa 2 de l'arrêté-royal du 31 mai 1933 prévoit que la confiscation spéciale prévue à l'article 42 du Code pénal sera toujours prononcée.

---

1 Mais encore les bonifications, sponsors, frais de voyages, jetons de présence… Voyez notamment N. VAN DER MAREN, « Les subventions des pouvoirs publics », in X., *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 34.

2 Soit la « tentative » de fraude.

3 Infraction qui peut notamment se chevaucher, comme mentionné infra, avec la prévention d'abus de confiance.

4 Si certains textes légaux font encore référence à des peines d'amende libellées en francs, le praticien sera simplement amené, en pratique, à remplacer le mot « franc » par « euro » et faire application des décimes additionnels.

In concreto, la personne physique dotée de la capacité d'engager l'ASBL[5] qui se rendrait coupable d'un détournement de subventions pourra se voir infliger cumulativement, par le tribunal correctionnel :

- une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans;
- une amende de 143 euros (26 x 5,5) à 412.500 (75.000 x 5,5) euros; et
- la confiscation spéciale visée à l'article 42 C.P.

Enfin, la restitution des sommes indûment payées est ordonnée d'office par le tribunal saisi de la poursuite, en vertu de l'article 3 de l'arrêté royal.

Les sanctions applicables au détournement de subventions par une personne morale

Au-delà de l'incrimination d'une personne physique identifiée pour les faits précités, le ministère public pourrait également décider d'initier des poursuites à l'encontre de l'ASBL « A » responsable du détournement de subventions qu'elle se serait vu octroyer au profit d'emplois déterminés, emplois néanmoins prestés au profit de l'ASBL « B ». En outre, la responsabilité de cette dernière pourra, bien entendu, elle aussi être engagée s'il est établi qu'elle connaissait des agissements frauduleux en cause.

En effet, l'article 5 du Code pénal consacre, depuis le 4 mai 1999, la responsabilité pénale des personnes morales : selon le 1er alinéa dudit article, la responsabilité pénale de toute personne morale peut se voir engagée pour autant que les faits répréhensibles soient intrinsèquement liés à la réalisation de l'objet de l'association, à la défense de ses intérêts, ou qu'ils aient été commis pour son compte.

En tel cas, l'article 5 du Code pénal prévoit deux régimes distincts de responsabilité applicables à la personne morale, selon que l'infraction ait été commise « sciemment et volontairement » ou non. *In casu*, l'élément moral requis par la loi en matière de fraude aux subventions consiste précisément en une intention délictueuse dans le chef de l'agent infracteur. Ce sont donc les règles d'incrimination en matière d'infractions intentionnelles qui viendront alors à s'appliquer.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une infraction commise sciemment et volontairement (ledit détournement de subventions), qui mettrait en cause tant une personne physique identifiée (par exemple, un administrateur de l'ASBL) que la personne morale (l'ASBL concernée), toutes deux pourront se voir condamnées du chef des infractions visées en vertu du deuxième alinéa de l'article 5 C.P. Le cumul des responsabilités est donc, en l'occurrence, autorisé par la loi (et laissé à la discrétion du magistrat saisi des faits, puisque non obligatoire).

Néanmoins, il est à préciser que lorsque le condamné est une personne morale, la peine d'emprisonnement prévue par la loi pénale (couplée, le cas échéant, avec une peine d'amende) est substituée en amende, tel que le prescrit l'article 41*bis*, § 1er du Code pénal. Ainsi, si détournement de subventions il y a, l'ASBL ayant fait un usage abusif des subventions obtenues légalement se verra condamnée, en vertu du Code pénal, à une amende de 3.000 euros (500 x le nombre de mois de la peine minimum privative de liberté) à 150.000 euros (double du maximum de l'amende prévue pour le fait), le tout bien entendu multiplié par les décimes additionnels (x 5,5).

In concreto, la personne morale qui se rendrait coupable d'un détournement de subsides pourra se voir infliger, par le tribunal correctionnel :

- une peine d'amende de 16.500 euros (3.000 x 5,5) à 825.000 (150.000 x 5,5) euros; et
- la confiscation spéciale visée à l'article 42 C.P.

En outre, l'article 7*bis* du Code pénal prévoit qu'en matière délictuelle (*in casu*) ou criminelle, pourront également être prononcées la dissolution de la personne morale, l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, la fermeture de l'établissement ou encore la publication de la décision.

Enfin, la restitution des sommes indûment payées est également ordonnée d'office par le tribunal saisi de la poursuite, en vertu de l'article 3 de l'arrêté royal.

Le cas de la récidive

Il est à signaler que l'auteur des faits poursuivis peut se trouver en situation dite de récidive, c'est-à-dire avoir déjà fait l'objet, par le passé, d'une condamnation sur base de faits similaires. Selon le § 5 de l'article 2 de l'arrêté-royal du 31 mai 1933, l'auteur du détournement de subventions (qu'il s'agisse de la personne physique et/ou personne morale) qui commettrait les nouveaux faits dans les cinq ans suivant une condamnation coulée en force de chose jugée sur base dudit article 2[6], pourra se voir appliquer le double de la peine prévue par la loi.

Concrètement donc, la personne physique qui aurait coopéré, au sein de l'ASBL, au détournement de subventions, alors que précédemment condamnée sur base de l'un des quatre comportements visés par l'article 2 de l'arrêté royal du 31 mai 1933, risquerait une peine allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement et 825.000 euros d'amende, en sus de la confiscation spéciale obligatoire.

Quant à l'ASBL en état de récidive légale selon l'arrêté royal précité, celle-ci pourrait se voir condamnée à une peine maximale de 1.650.000 euros, en sus de la confiscation spéciale obligatoire.

---

5 Qu'il s'agisse, par exemple, du trésorier ou encore de l'administrateur de l'ASBL, selon les circonstances de l'espèce.

6 Ainsi, les faits nouvellement incriminés ne doivent pas être identiques aux faits ayant mené à la première condamnation, pour autant qu'il s'agisse de faits visés par l'article 2 précité, §§ 1 à 4.

L'application du droit pénal général

Notons enfin que l'ensemble du Livre Ier du Code pénal s'applique à l'arrêté royal susvisé, y compris donc les règles en matière de participation punissable et de circonstances atténuantes en matière de délits (article 4, alinéa 1er de l'arrêté royal du 31 mai 1933). Cela emporte des conséquences sur plusieurs volets que sont :

- *la peine de travail* (art. 37*ter* C.P.) : le juge compétent pourra décider, le cas échéant et moyennant le respect des conditions établies par la loi, de faire application d'une sanction alternative qu'est celle de la peine de travail, pour 46 heures au minimum à 300 heures au maximum (sauf contraventionnalisation des faits, cf. *infra*);
- *les modalités de la peine* (loi du 29 juin 1964 sur la suspension, le sursis et la probation, art. 3 et 8) : le magistrat saisi des faits pourra décider de suspendre le prononcé de la condamnation ou encore prononcer un sursis à son exécution (à titre probatoire ou non), le tout moyennant le respect des conditions établies par la loi, notamment en termes d'antécédents judiciaires;
- *les circonstances atténuantes en matière de délit* (art. 85 C.P.) : les peines *in abstracto* pourront se voir diminuées par le magistrat saisi des faits s'il estime qu'il existe, en l'espèce, des circonstances atténuantes à charge du prévenu[7]. Le magistrat compétent pourra ainsi aller jusqu'à contraventionnaliser les faits et prononcer une peine de police, soit un emprisonnement de 1 à 7 jours et une amende de 1 à 26 euros (x 5,5), ou encore une peine alternative de travail de 20 à 45 heures.

Les dispositions du Livre II du Code pénal

Outre l'application des incriminations particulières visées par l'arrêté royal du 31 mai 1933, les faits matériels ayant donné lieu au détournement, par l'ASBL « A », de subventions peuvent également tomber sous le coup de dispositions de droit commun prévues par le Livre II du Code pénal.

Ainsi, selon les circonstances d'espèce, des faits de détournement de subsides pourraient notamment tomber sous le coup des infractions suivantes :

- faux et usage de faux en écritures (art. 193 et s. C.P.) : puni de la réclusion de 5 à 10 ans;
- abus de confiance (art. 491 C.P.) ou abus de biens sociaux (art. 492bis C.P.) : tous deux réprimés par un emprisonnement d'1 mois à 5 ans et une amende respective de 26 (x 5,5) à 500 euros (x 5,5) ou de 100 (x 5,5) à 500.000 euros (x 5,5); ou encore
- escroquerie ou sa tentative (art. 496, al. 1 et 2 C.P.) : punies respectivement d'un emprisonnement d'1 mois à 5 ans et d'une amende de 26 euros à 3.000 euros (x 5,5) ou d'un emprisonnement de 8 jours à 3 ans et d'une amende de 26 euros à 2.000 euros (x 5,5).

En pratique, le ministère public pourra intenter des poursuites pénales sur base des différentes incriminations présentes en l'espèce, soit tant sur base de la *lex specialis* que sur base d'une ou de plusieurs incriminations de droit commun[8].

En tel cas, il sera fait application de la théorie du concours idéal d'infractions (art. 65 C.P.) : l'auteur des faits, s'il venait à être condamné, se verra imputer la peine la plus forte des différentes préventions retenues par le juge.

7 L'absence d'antécédents judiciaires, par exemple.

8 Malgré l'opinion des travaux préparatoires de la loi du 8 juin 1994, qui estimaient pour leur part que « les problèmes de concours pourront souvent être évités par l'application du principe « *lex specialis derogat legi generali* » ». Doc. parl., Chambre, session 1993-1994, n° 1206/1, p. 5.

Les écritures comptables

Marie-Chantal Debroux-Leddet
Réviseur d'entreprises

Les implications juridiques fiscales et sociales de ces opérations ont été analysées par ailleurs dans ce numéro spécial. Nous détaillons ici les écritures à acter en comptabilité.

Nous distinguerons ainsi les écritures comptables à passer dans la comptabilité de l'ASBL (A) réalisant cette mise à disposition et les écritures comptables à passer dans la comptabilité de l'ASBL (B) qui bénéficie de cette mise à disposition de personnel.

Comme l'a confirmé François Mennig, la mise à disposition de personnel entre ASBL ne bénéficie en principe d'aucune exemption en matière de TVA. Bien qu'il envisage ensuite des possibilités d'exemption à la TVA, dans l'exemple qui suit, nous inclurons la TVA.

Comptabilité de l'ASBL A dispensatrice de la mise à disposition de personnel

L'ASBL A émet une déclaration de créance (avec TVA le cas échéant) au nom de l'ASBL B bénéficiant de la mise à disposition de personnel.

L'enregistrement comptable de la déclaration de créance (émise sous forme de « note de débit ») sera porté au débit du compte 416 « créances diverses ».

La contrepartie sera portée au crédit d'un compte 74 (743 à 749) « autres produits d'exploitation » pour le montant