

2001

Droit pénal public

Décisions de novembre 2010 à juillet 2011

Sous la direction de :

Didier SEBAN,

avocat à la cour, associé gérant du cabinet Seban & associés

et

Matthieu HÉNON,

avocat à la cour, responsable du pôle droit pénal du cabinet Seban & associés

À l'instar du droit pénal des affaires qui a désormais conquis son autonomie, il est aujourd'hui permis de parler d'un droit pénal public. La particularité des missions et prérogatives exercées par les acteurs publics, la spécificité des infractions et des mécanismes de mise en cause de leur responsabilité, sur le plan répressif comme indemnitaire, plaide en effet pour une telle émancipation déjà acquise dans les prétoires. Cette nouvelle chronique de la Semaine Juridique a pour objectif d'en témoigner et de rendre compte, dans le cadre d'un panorama de jurisprudence, de cette confrontation entre sphère publique et droit pénal.

1. Libertés publiques

1 - Un élu peut porter un signe religieux et s'exprimer au cours du conseil municipal

Par un arrêt du 1^{er} septembre 2010, déjà abondamment commenté, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'une élue municipale portant un signe religieux visible pouvait s'exprimer lors du conseil municipal dès lors « *qu'il n'est nullement établi, qu'en l'espèce, le port d'une croix (...) ait été un facteur de trouble susceptible de justifier que le maire, usant de son pouvoir de police, la prive de son droit à s'exprimer, en sa qualité d'élue municipale* » (Cass. crim., 1^{er} sept. 2010, n° 10-80.584 : *JurisData* n° 2010-015340 ; *JCP G* 2010, 1208).

En l'espèce, une élue s'était vue refuser le droit de s'exprimer au conseil municipal par le maire, au motif que celle-ci arborait ostensiblement une croix chrétienne ; cité devant le tribunal correctionnel du chef du délit de discrimination par une personne

dépositaire de l'autorité publique, le maire faisait valoir son pouvoir de police administrative, lui permettant de prendre les mesures propres à garantir la sérénité des débats au sein du conseil.

La Cour de cassation approuve l'arrêt de la cour d'appel ayant écarté cet argument au motif qu'il n'était pas établi que le port d'un signe religieux puisse constituer « *un facteur de trouble* » justifiant l'usage par le maire de son pouvoir de police administrative.

Reprenant la motivation des premiers Juges, la Haute Juridiction ajoute « *qu'aucune disposition législative, nécessaire en vertu de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (...) ne permet au maire d'une commune, dans le cadre des réunions du conseil municipal, lieu de débats et de confrontations d'idées, d'interdire aux élus de manifester publiquement, notamment par le port d'un insigne, leur appartenance religieuse* ».

2. Les infractions pénales spécifiques aux élus et agents publics

A. - Le délit de concussion

2 - Le point de départ de la prescription en matière de délit de concussion

Par un arrêt du 15 décembre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle que le délit de concussion, lorsqu'il se matérialise par des opérations successives mais indivisibles, se prescrit par trois ans « *à compter de la dernière des perceptions ou exonérations indûment accordées* » (Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 09-86.222 : *JurisData* n° 2010-025714).

En l'espèce, le président, le trésorier et le secrétaire d'une chambre des métiers et de l'artisanat, établissement public, étaient poursuivis du chef du délit de concussion pour avoir, chacun sur une période de temps déterminée, perçu mensuellement des indemnités indues.

Ndlr : Ont participé à la rédaction de cette chronique : Didier Seban, Matthieu Hénon, Michaël Goupil, Sonia Kanoun, *avocats à la Cour, SCP Seban & Associés.*

L'action publique n'ayant été mise en œuvre que tardivement, chacun des prévenus évoquait, pour ce qui le concerne, le bénéfice de l'acquisition de la prescription, en contestant notamment le caractère indivisible des versements successifs.

La cour d'appel retenait, pour sa part, le caractère indivisible de l'ensemble des versements successifs, intervenus certes au titre de périodes et au profit de bénéficiaires différents, mais dans le cadre de mécanismes concertés ; l'argument de la prescription était ainsi écarté par les juges du fond.

La chambre criminelle de la Cour de cassation les approuve au motif que, s'agissant d'opérations indivisibles matérialisées par des « rémunérations (...) mises en place par des mécanismes concertés (...), la prescription de ce délit ne commence à courir qu'à compter de la dernière des perceptions ou exonérations indûment accordées ».

B. - Les délits de corruption et de trafic d'influence

3 - Rappel de la distinction entre corruption et trafic d'influence : les notions d'influence et d'acte facilité par les fonctions

Par un arrêt du 26 janvier 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que le fait pour un agent de l'EDF de fournir des informations précises à une entreprise permettant à celle-ci de faire des offres plus avantageuse que ses concurrents et d'obtenir le marché, constitue un acte facilité par la fonction relevant de la qualification de corruption (*Cass. crim.*, 26 janv. 2011, n° 10-80.155 : *JurisData* n° 2011-001762 ; *Dr. pén.* 2011, comm. 45).

En l'espèce, un entrepreneur se voyait reprocher le fait d'avoir fait bénéficier certains agents de l'EDF d'avantages, en contrepartie d'informations privilégiées portant sur des marchés et dont il était soutenu qu'elles lui avaient permis de se les voir attribuer.

Suite à ce que la Haute Juridiction considèrera comme une erreur de plume des juridictions d'instruction, cet entrepreneur, mis en examen du chef du délit de corruption active, était finalement renvoyé devant le tribunal correctionnel sous la qualification de trafic d'influence.

De cette confusion entre Charybde et Scylla, la défense faisait valoir notamment que, faute pour ces agents de disposer du pouvoir d'attribuer un marché et en l'absence d'influence exercée sur le seul agent doté de ce pouvoir, le pacte corruptif n'avait pu porter sur un acte relevant des fonctions des prévenus, au sens du délit de corruption, ni sur le trafic d'une influence réelle ou supposée.

La chambre criminelle de la Cour de cassation relève pour sa part que « *constitue un acte facilité par la fonction, au sens de l'article 433-1 1° du code précité, le fait pour un salarié d'EDF, personne chargée d'une mission de service public, de fournir des renseignements sur les marchés envisagés par son entreprise ; la cour d'appel, qui a caractérisé en tous ses éléments le délit de corruption active, a justifié sa décision* ».

En d'autres termes, la transmission d'informations privilégiées sur un marché, fût-ce par celui qui ne disposerait pas du pouvoir de l'accorder, peut constituer, à défaut d'un acte des fonctions, un acte facilité par les fonctions relevant du délit de corruption.

C. - Les délits de prise illégale d'intérêts et d'octroi d'avantage injustifié

4 - Un nouvel exemple de prise illégale d'un intérêt moral

Par un arrêt du 29 juin 2011 (*Cass. crim.*, 29 juin 2011, n° 10-87.498 : *JurisData* n° 2011-013580 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, chron. 5), la chambre criminelle de la Cour de cassation illustre d'un nouvel exemple sa jurisprudence relative à la notion d'intérêt quelconque propre à consommer le délit de prise illégale d'intérêt de l'article 432-12 du Code pénal.

Rappelons brièvement que ce délit réprime le fait pour un agent ou un élu de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont il a la charge d'assurer la surveillance, le contrôle, la liquidation ou le paiement.

Ajoutons tout aussi succinctement que, tirant les conséquences de l'emploi dans le texte d'incrimination de l'adjectif indéfini « *quelconque* », la chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté une interprétation extensive de la notion d'intérêt, considérant qu'il pouvait n'être que moral, direct ou indirect, conforme ou non à l'intérêt de la collectivité (*Cass. crim.*, 22 oct. 2008, n° 08-82.068 : *JurisData* n° 2008-045864 ; *Bull. crim.* 2008, n° 212), laissant craindre à certains commentateurs et parlementaires une entrave aux politiques publiques.

Au cas d'espèce, un maire avait, à la demande d'un élu municipal dont le frère venait d'acquérir un bateau à fort tirant d'eau, sollicité de l'entreprise attributaire du marché public des travaux de dragage de l'avant port la réalisation, de nuit et hors marché initial, de travaux destinés à supprimer un dépôt de sédiment dans le port, afin de permettre à ce navire d'y accéder.

Le maire, renvoyé devant le tribunal correctionnel sous la qualification de prise

illégale d'intérêt, soutenait pour sa défense que le délit de prise illégale d'intérêt exigeait que soit caractérisé un intérêt personnel spécial, fût-il indirect, particulier et personnel, distinct de l'intérêt général.

La chambre criminelle de la Cour de cassation rejette ces arguments au motif « *qu'en ordonnant, à la demande d'un élu municipal, en toute connaissance de cause, en dehors du marché et de toute procédure légale, des travaux supplémentaires, le maire a favorisé sciemment ce dernier, [...] et a ainsi pris un intérêt indirect dans les opérations visées* ».

De même, la Haute Juridiction écarte l'argument de la conformité à l'intérêt général au motif nouveau et singulier que « *la prise d'un intérêt moral par la prévenue [est] nécessairement distinct de l'intérêt général* », semblant ainsi répondre aux projets de réforme récemment débattus du délit de prise illégale d'intérêt.

3. Droit de la presse et acteurs publics

5 - Le président d'une société d'économie mixte n'est ni dépositaire, ni agent de l'autorité publique, ni citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public au regard du droit de la presse

Par un arrêt du 1^{er} février 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation affine encore son analyse de la notion de « *dépositaire ou agent de l'autorité publique ou de citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public* » au sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881, excluant de cette qualité la société d'économie mixte et son directeur, pourtant délégué du service public communal de la gestion d'un port de plaisance (*Cass. crim.*, 1^{er} févr. 2011, n° 10-81.772 : *JurisData* n° 2011-001691). La motivation de la Cour de cassation sur ce point n'est certes pas nouvelle (*Cass. crim.*, 14 janv. 2003, n° 01-87.867 : *JurisData* n° 2003-017562 ; *Bull. crim.* 2003, n° 7, p. 25) : la protection spéciale prévue par l'article 31 précité « *n'est reconnue qu'à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique* ».

Par suite, ne peuvent prétendre à cette qualité ni le directeur, qui n'exerce pas de prérogatives de puissance publique, ni la société d'économie mixte qui, exécutant une mission d'intérêt général sous le contrôle des autorités communales, n'est pas investie d'une portion de l'autorité publique en l'absence de pouvoir autonome de décision.

Dès lors, une société d'économie mixte et son directeur ne peuvent poursuivre des propos diffamatoires les concernant qu'en qualité de particuliers.

Rappelons que tel est également le cas d'un directeur d'un office public d'aménagement et de construction – aujourd'hui office public de l'habitat – lequel « n'exerce pas de prérogatives de puissance publique » (Cass. crim., 28 mai 2002, n° 01-82.066 : *JurisData* : 2002-014736 ; *Bull. crim.* 2002, n° 120, p. 421), ou d'une association chargée de l'exploitation du château et du musée locaux, celle-ci n'étant pas « titulaire, ni directement, ni par délégation, des droits de puissance publique de l'administration concédante » et ne pouvant par suite être investie « d'une portion de l'autorité publique » (Cass. crim., 21 sept. 1999, n° 98-85.832 : *Bull. crim.* 1999, n° 190, p. 605).

6 - De la liberté d'expression des élus d'opposition dans un bulletin municipal

Par un arrêt du 31 mars 2011, la cour d'appel de Colmar a sanctionné, sur le fondement du trouble manifestement illégitime, l'insertion au sein de l'espace réservé à l'expression des élus d'opposition dans un bulletin municipal, d'un droit de réponse irrégulier (*CA Colmar*, 31 mars 2011, n° 10/03165).

En l'espèce, un bulletin municipal avait publié, au sein de l'espace réservé à l'expression des élus d'opposition, un texte, à la suite duquel était insérée une mention en réfutant les termes ; cette insertion était dépourvue de signature et de mention permettant de la considérer comme l'exercice d'un droit de réponse au sens de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881.

La Cour sanctionne cette insertion qu'elle juge irrégulière au regard des dispositions de la loi de 1881, la réponse « devant être clairement identifiée comme telle et émaner de la personne ou du groupe mis en cause par le texte qui l'a provoquée et non, comme c'est le cas en l'espèce, s'exprimer sous la forme d'un démenti anonyme de la rédaction placé immédiatement sous ce texte ».

Les juges soulignent en outre que cette insertion irrégulière est intervenue « dans l'espace réservé au groupe d'opposition qu'il a ainsi partiellement et indûment confisqué ».

7 - L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et la notion de débat d'intérêt général au secours de l'auteur d'une diffamation envers un fonctionnaire public

Par un arrêt du 29 mars 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation a écarté le délit de diffamation publique au titre de propos tenus par un président de conseil général à l'égard d'un préfet au motif que ceux-ci, s'inscrivant « dans la suite d'un débat sur un sujet d'intérêt général relatif aux rapports entretenus entre l'État et les collectivités territoriales (...) ne dépassai[ent] pas les

limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique par le président du conseil général de l'action du représentant de l'État » (*Cass. crim.*, 29 mars 2011, n° 10-85.887 : *JurisData* n° 2011-008324 ; *Comm. com. électr.* 2011, *comm.* 79).

En l'espèce, le président d'un conseil général avait mis en cause, dans le cadre d'une polémique relative aux rapports de l'État avec les collectivités territoriales, le préfet du département au titre de l'extension d'une usine de retraitement des déchets et du transfert des routes nationales au département.

Ces propos étaient soumis à la cour d'appel de Paris qui reconnaissait le caractère diffamatoire des propos et refusait à leur auteur le bénéfice de la bonne foi.

Rappelons que la notion de bonne foi se définit classiquement au visa de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, par référence à quatre critères cumulatifs (*Cass. 1^{re} civ.*, 17 mars 2011, n° 10-11.784 : *JurisData* n° 2011-003670 ; *Comm. com. électr.* 2011, *comm.* 46), parmi lesquels celui de « légitimité du but poursuivi ».

La chambre criminelle approuve la cour d'appel en ce qu'elle a écarté la bonne foi mais la censure pour le surplus, au visa unique de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En d'autres termes, sans relever d'erreur quant à l'appréciation par les juges d'appel de la bonne foi, au regard notamment de la notion de « légitimité du but poursuivi », la Cour de cassation en corrige les effets sur le fondement de l'article 10 de la Convention et de la notion de « débat d'intérêt général ».

Elle semble ainsi poursuivre son œuvre, initiée en 2009 (*Cass. crim.*, 12 mai 2009, n° 08-85.732 : *JurisData* n° 2009-048546), de dissociation entre l'exception interne de bonne foi inhérente à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 et le moyen de défense conventionnel tiré de la violation des stipulations de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette orientation reste néanmoins à confirmer, certains arrêts ayant récemment visé cumulativement l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 et l'article 10 de la Convention (*Cass. crim.*, 11 mars 2008, n° 06-84.712 : *JurisData* n° 2008-043448 ; *Cass. 1^{re} civ.*, 3 févr. 2011, n° 09-10.301, inédit).

4. Les conséquences pour les acteurs publics des condamnations pénales

8 - Des conséquences de la peine complémentaire de privation des droits

civiques sur le fonctionnaire cadre administratif

Par un arrêt du 17 novembre 2010, le Conseil d'État rappelle que la condamnation d'un agent public à la peine complémentaire de privation des droits civiques ne peut entraîner sa radiation des cadres qu'à compter du jour où le jugement pénal a acquis un caractère définitif, c'est-à-dire après expiration des délais d'appel, quand bien même ceux-ci ne disposeraient d'aucun effet suspensif sur l'exécution de la condamnation (*CE*, 17 nov. 2010, n° 315829, *Min. Budget c/ Monard* : *JurisData* n° 2010-021414 ; *JCP A* 2011, 2260).

En l'espèce, un fonctionnaire de l'administration des douanes avait fait l'objet d'une condamnation pénale comprenant notamment, à titre de peine complémentaire, une mesure de privation de ses droits civiques, civils et de famille pour une durée de trois années.

Un mois plus tard, l'agent en cause n'ayant pas interjeté appel du jugement dont il faisait l'objet dans le délai de 10 jours qui lui était ouvert, l'autorité compétente procédait à sa radiation des cadres, au visa des articles 5 et 24 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Le Conseil d'État approuve la décision d'annulation de l'arrêté de radiation, au motif « qu'en jugeant, après avoir relevé que le délai d'appel du procureur général n'était pas expiré, que la condamnation de M. A à la privation de ses droits civiques n'avait pas acquis un caractère définitif à la date à laquelle le directeur général des douanes et droits indirects a procédé à sa radiation des cadres, la cour (...) n'a pas entaché son arrêt d'erreur de droit ».

Rappelons en effet que si la condamnation pénale d'un fonctionnaire à la privation de ses droits civiques entraîne, de plein droit, la rupture de ses liens avec le service, ce ne peut être qu'à compter de la date à laquelle cette condamnation est devenue définitive ; or, elle n'acquiert ce caractère qu'à l'expiration du délai de recours ouvert au parquet général, qui était alors de deux mois à compter du prononcé du jugement.

La circonstance que ce délai de recours ouvert au parquet général ne présente aucun effet suspensif d'exécution de la peine, est considérée par le Conseil d'État comme sans incidence sur ce principe.

9 - Les droits de l'agent suspendu à tort de ses fonctions à la suite d'une condamnation pénale non définitive

Par un arrêt du 10 février 2011, la cour administrative d'appel de Douai rappelle les principes devant gouverner à l'indemnisation du préjudice découlant pour un agent

de sa suspension, au titre de faits objet d'une condamnation pénale en première instance, infirmée en cause d'appel (CAA Douai, 10 févr. 2011, n° 09DA00281).

En l'espèce, un agent hospitalier condamné pénalement en première instance avait fait l'objet d'une suspension avec maintien de son traitement. Cette suspension avait été maintenue à mi-traitement pendant la durée de la procédure pénale en cause d'appel, qui aboutissait à sa relaxe.

À la suite de cette relaxe, le directeur de l'établissement avait réintégré l'agent et lui avait versé les sommes précédemment retenues sur son traitement.

L'agent saisissait malgré tout le juge administratif qui annulait la décision de prolongation de suspension à mi-traitement et réparait à hauteur de 10 000 € le préjudice moral de l'agent, irrégulièrement suspendu et tardivement réintégré.

L'agent contestait cette décision et sollicitait de la cour administrative d'appel, pour « toute la famille », l'indemnisation d'un préjudice supplémentaire tenant aux troubles subis dans ses conditions d'existence.

La cour administrative d'appel relève que l'hôpital n'est pas à l'origine des poursuites pénales visant son agent. La Juridiction le déboute ainsi de ses demandes aux motifs que l'agent ne justifie pas que les troubles subis dans ses conditions d'existence résulteraient d'une faute de l'hôpital plutôt que des poursuites pénales engagées contre lui, et que seul son préjudice moral peut être pris en compte, à l'exclusion de celui de sa famille.

5. Le droit pénal mobilisé par l'action publique

10 - La demande de mise en conformité ou de démolition formée dans le cadre de conclusions écrites matérialise l'avis du fonctionnaire compétent requis en matière d'infractions au Code de l'urbanisme

La méconnaissance des prévisions des projets d'aménagement, des plans d'urbanisme, des plans d'occupation des sols ou des plans locaux d'urbanisme, comme le fait d'exécuter des travaux en méconnaissance, notamment, des prescriptions imposées par un permis de construire, de démolir ou d'aménager, peuvent donner lieu à une sanction pénale.

Dans ce cadre, l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme impose au juge répressif de statuer « sur la mise en conformité des lieux ou celle des ouvrages avec les règlements, l'autorisation ou la déclaration en tenant lieu ou sur la démolition des ouvrages ou la

réaffectation du sol en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur », au vu des observations écrites ou après audition du maire ou du fonctionnaire compétent.

Cet avis de l'administration constitue une formalité substantielle dont la mise en œuvre doit être constatée dans les énonciations du jugement ou de l'arrêt, à peine de nullité (Cass. crim., 21 oct. 2003, n° 02-87.525, Chérifa E. K.).

Jusqu'à présent, la chambre criminelle de la Cour de cassation imposait, à défaut d'audition du maire ou du fonctionnaire compétent, un avis écrit distinct des conclusions, se prononçant sur la mise en conformité, la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol.

Par cet arrêt du 3 novembre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation opère un revirement de sa jurisprudence, en considérant que « constituent les observations écrites, exigées par l'article L. 480-5, les conclusions dans lesquelles le maire, représentant la commune, partie civile, demande la mise en conformité des lieux ou la démolition de l'ouvrage » (Cass. crim., 3 nov. 2010, n° 09-87.968 : JurisData n° 2010-021974 ; Dr. pén. 2011, comm. 11).

Ainsi, si les observations écrites demeurent bien évidemment requises, elles peuvent résulter des écritures de la commune, partie civile à la procédure, dès lors que des demandes tendant à la mise en conformité ou à la démolition de l'ouvrage litigieux y sont formulées.

6. La gestion de fait

11 - De la prescription de la gestion de fait

Par un arrêt du 13 juillet 2011, le Conseil d'État rappelle les règles de prescription en matière de gestion, « le premier acte de la mise en jeu de la responsabilité ne pouvant plus intervenir au-delà du 31 décembre de la cinquième année suivant celle au cours de laquelle le comptable a produit ses comptes au juge des comptes ou, lorsqu'il n'est pas tenu à cette obligation, celle au cours de laquelle il a produit les justifications de ses opérations » (CE, 13 juill. 2011, n° 332132, Parquet général près la Cour des comptes : JurisData n° 2011-014067 ; JCP A 2011, act. 534).

Au cas d'espèce, la subtilité tenait au fait que plusieurs jugements de la Cour des comptes étaient intervenus durant la période d'acquisition de la prescription et en avait ainsi interrompu le cours ; ces Jugements avaient toutefois été annulés par un précédent arrêt du Conseil d'État.

Tirant les conséquences de cette annulation, la Haute Juridiction approuve la Cour des comptes d'avoir constaté l'acquisition de la prescription.

7. La personne publique ou l'agent public victime d'infraction pénale

12 - L'irrecevabilité de la constitution de partie civile d'une commune du chef du délit de risques causés à autrui

Par un arrêt du 5 avril 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge que le délit de l'article 223-1 du Code pénal, réprimant les risques causés à autrui et destinés à protéger les personnes physiques, ne saurait autoriser une commune à se constituer partie civile et à solliciter l'indemnisation d'un préjudice d'image (Cass. crim., 5 avr. 2011, n° 09-83.277 : JurisData n° 2011-008942 : Dr. pén. 2011, comm. 88).

En l'espèce, un incendie s'était déclaré sur un site où étaient entreposés des déchets dangereux, exposant les salariés de la société exploitante et ceux de la société intervenue pour combattre le sinistre à des risques sérieux d'infirmité permanente voire de décès.

Des poursuites pénales étaient engagées à l'encontre d'un dirigeant de la société exploitante sous la qualification de risques causés à autrui, délit prévu et réprimé par l'article 223-1 du Code pénal.

Invoquant un préjudice d'image lié à l'évocation régulière des faits dans la presse locale et régionale, la commune sur le territoire de laquelle s'était déclaré l'incendie s'était constituée partie civile.

La chambre criminelle casse l'arrêt d'appel, qui avait accueilli favorablement l'action de la commune, au motif que « l'infraction de risques causés à autrui relève de la catégorie des atteintes à la personne humaine dont la sanction est exclusivement destinée à protéger la personne physique ».

13 - L'exercice de prérogatives hiérarchiques au sein d'une collectivité ne constitue pas une mission de service public au sens du délit d'outrage

Par un arrêt du 24 mai 2011, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que le délit d'outrage à personne chargée d'une mission de service public ne pouvait trouver à s'appliquer au titre de l'exercice de prérogatives hiérarchiques d'un supérieur à l'égard de ses subordonnés agents publics, l'exercice de ce pouvoir ne relevant pas d'une mission de service public au sens du texte d'incrimination (Cass. crim., 24 mai 2011, n° 10-87.966 : JurisData n° 2011-010281).

En l'espèce, un inspecteur des impôts était poursuivi du chef d'outrages à personne chargée d'une mission de service public à raison de propos allégués d'outra-

geants à l'encontre de deux de ses supérieurs et portant sur l'établissement de sa notation.

Le tribunal correctionnel, aux termes d'un jugement confirmé en cause d'appel, l'avait déclaré coupable du délit d'outrage, au motif que les fonctionnaires visés par l'écrit étaient chargés d'une mission de service public et agissaient dans l'exercice de leurs fonctions.

Rappelons en effet que l'article 433-5 du Code pénal définit l'outrage comme « les paroles, gestes ou menaces, les écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie ».

La chambre criminelle casse la décision de la cour d'appel au motif que « les écrits incriminés mettaient en cause les fonctionnaires visés non à l'occasion de l'exercice de leur mission de service public, mais dans le seul cadre de la mise en œuvre de leurs prérogatives hiérarchiques de notation d'un fonctionnaire placé sous leur autorité ».

En d'autres termes, la notation d'un subordonné relève de prérogatives hiérarchiques et non d'une mission de service public, de sorte que les propos formulés à cette occasion ne peuvent relever de la qualification d'outrage.

8. La protection fonctionnelle

14 - La protection fonctionnelle doit bénéficier aux élus victimes de diffamation

Par un arrêt du 3 février 2011, la cour administrative d'appel de Marseille rappelle que la commune est tenue d'accorder le bénéfice de la protection fonctionnelle aux élus victimes de diffamation (CAA Marseille, 3 févr. 2011, n° 09MA01028, Suzanne c/ Cne de Vendargues).

En l'espèce, le conseil municipal d'une commune avait accordé le bénéfice de la protection fonctionnelle à son maire ainsi qu'à l'un de ses adjoints, qui avaient engagé des poursuites à l'encontre de conseillers de l'opposition du chef du délit de diffamation.

Saisie d'une demande d'annulation des délibérations précitées, la cour administrative d'appel considère que si l'article L. 2123-35 du Code général des collectivités territoriales vise spécifiquement les violences, menaces ou outrages, « le législateur a, par ces dispositions, clairement entendu étendre aux élus locaux la protection assurée aux fonctionnaires par l'article 11 de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et

obligations des fonctionnaires, aux termes duquel la collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions ».

Aussi la protection fonctionnelle des élus locaux doit-elle s'étendre, au-delà des hypothèses spécifiquement visées par l'article L. 2123-35 du Code général des collectivités territoriales et à l'instar du régime de protection organisé par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, aux diffamations et injures.

15 - Les obstacles à la protection fonctionnelle : faute personnelle détachable et motif d'intérêt général

Par un arrêt du 20 avril 2011, le Conseil d'État rappelle que le bénéfice de la protection fonctionnelle instituée par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 ne peut être refusé à un fonctionnaire ou ancien fonctionnaire qu'en cas de faute personnelle, lorsque sa responsabilité pénale est engagée, ou pour un motif d'intérêt général, lorsqu'il est victime d'attaques dans l'exercice de ses fonctions (CE, 20 avr. 2011, n° 332255, M. Bertrand ; JurisData n° 2011-006522 ; JCP A 2011, act. 324).

Dans cette affaire, un haut fonctionnaire de la police nationale avait sollicité de son autorité de tutelle le bénéfice de la protection fonctionnelle, dans le cadre de plusieurs procédures pénales initiées à la suite de la divulgation dans la presse d'extraits de ses carnets de notes comportant des informations recueillies dans le cadre de ses fonctions :

- une procédure en diffamation initiée à l'encontre de l'agent à la suite de la divulgation des informations précitées ;

- une procédure initiée par l'agent au titre d'une violation du secret de l'instruction, du secret professionnel, du recel de ces délits et de diffamation publique.

Saisi de la régularité de la décision ayant refusé le bénéfice de la protection sollicitée, le Conseil d'État opère une distinction selon le motif de la demande :

- s'agissant tout d'abord de l'agent poursuivi pénalement, la Haute Juridiction rappelle que « la collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle ».

Il ajoute à ce titre que « si le fait d'avoir, après avoir quitté ses fonctions, conservé à son domicile des documents ayant une telle vocation [au cas d'espèce ayant trait à la vie privée] constitue une faute, celle-ci, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que M. A ait conservé ces carnets en vue de s'en

servir à des fins personnelles, n'a pas revêtu le caractère d'une faute personnelle ».

– s'agissant ensuite de l'agent victime d'attaques dans l'exercice de ses fonctions, le Conseil d'État considère que le refus de protection statutaire peut être valablement fondé sur un motif d'intérêt général tiré de ce que « l'État ne saurait couvrir de son autorité les agissements d'un directeur central des renseignements généraux ayant recueilli sur des personnalités publiques, dont certaines investies de responsabilités nationales ou de mandats électifs, des informations sans lien avec les missions de service public dont il avait la responsabilité et gravement attentatoires à l'intimité de la vie privée de ces personnes ».

16 - Le président élu d'un établissement public administratif doit bénéficier de la protection fonctionnelle

Par une décision du 8 juin 2011 (CE, sect., 8 juin 2011, n° 312700, Georges A ; JurisData n° 2011-011002 ; JCP A 2011, 2337), le Conseil d'État rappelle que la protection fonctionnelle instituée par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 ne fait que réaffirmer un principe général du droit devant bénéficier à tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions.

En l'espèce, le président d'une chambre de commerce et d'industrie était poursuivi des chefs des délits de trafic d'influence par personne chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public et de recel d'abus de confiance, infractions pour lesquelles il était finalement relaxé.

Cette relaxe devenue définitive, il avait sollicité de la chambre de commerce et d'industrie le bénéfice de la protection statutaire aux fins de prise en charge des dépenses engagées pour sa défense ; celle-ci lui était toutefois refusée, aux termes d'une décision contestée.

Saisie de la question, la cour administrative d'appel de Bordeaux approuvait cette décision de rejet, motif tiré de la qualité de président élu d'un établissement public administratif du requérant.

Le Conseil d'État censure cette décision en rappelant que, de manière générale, « lorsqu'un agent public est mis en cause par un tiers à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité publique dont il dépend de le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle, et, à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose, de le protéger contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont il est l'objet ; (...) que cette protection s'applique à

tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions ».