

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article146>

Obéissance hiérarchique ou coupable complicité ?

- Jurisprudence -



Date de mise en ligne : mercredi 13 avril 2005

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale &
associative - Tous droits réservés

Rendez-vous aux assises ! Ce fonctionnaire paye cher son obéissance hiérarchique en se rendant complice de faux en écriture publique. Dès lors que l'acte était manifestement illégal, il aurait dû refuser de s'exécuter !

Une commune auvergnate (5000 habitants) décide, au début des années 1990, de se porter caution au prêt souscrit par une SEM pour la construction de logements sociaux.

A la faveur d'un contrôle de la Chambre régionale des comptes une information judiciaire est ouverte pour faux en écriture publique aggravé.

Il résulte de l'instruction que le conseil municipal avait conditionné, dans sa délibération initiale prise en 1989, la garantie de la commune à l'accord sur le budget provisionnel devant lui être soumis et se réservait donc le droit de ne pas donner suite au projet s'il devait s'avérer trop onéreux pour les finances publiques. Or en 1991, le maire signait plusieurs extraits de délibération pour copie conforme à la délibération initiale qui indiquaient que la caution de la commune était ferme et définitive.

L'ancien maire de la commune et le directeur général en exercice au moment des faits sont mis en examen.

Le 25 janvier 2005, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Riom constate l'extinction de l'action publique à l'encontre de l'élu (décédé entre-temps) et renvoie le directeur général devant la Cour d'assises.

En effet, le faux commis dans une écriture publique commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public est un crime passible de 15 ans de réclusion criminelle et de 225 000 euros d'amende.

Sur le fond les magistrats relèvent :

– que si le maire "a affirmé, sans d'ailleurs justifications, qu'il avait tenu informée sa majorité de l'évolution des projets et des coûts de réalisation de ceux-ci, il a oublié qu'en démocratie, une décision d'un conseil municipal doit être prise après inscription à l'ordre du jour d'une séance, permettant ainsi à chacun de s'informer avant la discussion et après un débat au cours duquel les opposants au projet peuvent produire des arguments susceptibles de faire évoluer l'opinion de ceux qui s'y étaient montrés préalablement favorables et que tant que le processus légal n'a pas été respecté, il est vain d'invoquer une prétendue volonté de l'assemblée délibérante engageant financièrement la commune pour des durées allant en l'espèce sur plus de trente ans" ;

– que la pratique utilisée "consistant, en rattachant artificiellement un extrait à une délibération du conseil municipal,

à indiquer faussement dans l'extrait que le conseil, lors de cette séance, a pris une décision qui n'y a pas été prise, ne saurait non plus être assimilé à la pratique de la "délibération sans vote" par laquelle, même sans vote réellement exprimé, la volonté du conseil résulte sans ambiguïté des prises de position de chacun au cours d'un débat" ;

– que le maire aurait "dû s'assurer que le projet pour lequel l'extrait était établi avait été débattu lors de la séance visée" "n'avait pas pu ne pas constater à la lecture du procès-verbal des délibérations de cette séance que la décision indiquée dans l'extrait n'y figurait pas" ;

– que les "extraits litigieux ont été établis pour permettre à la SEM d'obtenir des prêts dont la commune s'est ainsi retrouvée caution pour des sommes d'un total de plus de 20 millions de francs, les faits créant ainsi à celle-ci un préjudice très important".

Quant au secrétaire général de la commune, la chambre de l'instruction relève :

– "qu'il a assisté à toutes les séances du conseil municipal pour lesquels les extraits de délibérations litigieux ont été établis et a procédé à l'essentiel de la rédaction des procès-verbaux de ces séances ensuite transcrits dans le registre par un agent administratif" ;

– "que parallèlement, il était employé à temps partiel par la SEM en accord avec le maire" par ailleurs président de la SEM.

– "qu'il a personnellement rédigé, à l'aide d'un modèle (...) et du procès-verbal de la séance du conseil municipal du 9 mars 1989", les extraits litigieux dont il s'est personnellement assuré de la mise à exécution "en s'assurant de l'envoi en Préfecture pour le contrôle de légalité, une mention manuscrite ayant été portée par lui sur la chemise contenant le second extrait" ;

– que pour rédiger ces extraits, il "n'a pas manqué de consulter les procès-verbaux des séances du conseil municipal et qu'il n'a pas pu ne pas remarquer que les mentions portées dans les extraits ne correspondaient pas aux décisions prises lors des séances" puisque "il avait même conseillé au maire de faire prendre une nouvelle délibération dans la mesure où la garantie de la commune ne résultait pas des délibérations réellement prises" ;

– "qu'il ne saurait en conséquence invoquer sa bonne foi ou l'ignorance de ce qu'il participait activement à la rédaction d'un faux en rédigeant, faisant dactylographier les deux extraits des 3 avril et 17 juillet 1991 et en assurant leur exécution en veillant à leur envoi en Préfecture, d'autant qu'il était mieux informé et plus expérimenté en droit et en gestion administrative municipale que son propre maire" ;

– qu'enfin "s'il devait effectivement obéissance à son supérieur hiérarchique que pouvait constituer le maire, ce devoir s'arrêtait à partir du moment où il lui était demandé de participer comme complice à la commission d'un délit de faux dont il savait qu'il s'agissait d'un acte manifestement illégal et auquel, en application de l'article 122-4 du Code pénal, il devait s'opposer".

– que "bien que non dépositaire lui-même de l'autorité publique", il encourt comme complice "les mêmes peines criminelles que l'auteur principal et qu'il sera en conséquence, mis en accusation devant la cour d'assises de ces chefs".

C'est ce dernier point que le fonctionnaire territorial conteste devant la Cour de cassation : n'étant pas lui même dépositaire de l'autorité publique, la qualification criminelle ne saurait être retenue à son encontre ce qui exclurait la compétence de la Cour d'assises.

Dans un arrêt rendu le 13 avril 2005, la Cour de cassation confirme le renvoi aux assises du maire en approuvant les premiers juges d'avoir considéré que

l'accusé, bien que non dépositaire de l'autorité publique, encourt, en tant que complice, les mêmes peines criminelles que l'auteur principal".

Ce qui ne veut pas dire que sur le fond, le fonctionnaire sera condamné. En effet la Cour de cassation prend le soin de rappeler que "les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement".

De fait, après plusieurs années de procédure, le DGS sera finalement acquitté.

[Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 13 avril 2005, 05-80.938](#)

Post-scriptum :

1Â° "en démocratie, une décision d'un conseil municipal doit être prise après inscription à l'ordre du jour d'une séance, permettant ainsi à chacun de s'informer avant la discussion et après un débat au cours duquel les opposants au projet peuvent produire des arguments susceptibles de faire évoluer l'opinion de ceux qui s'y étaient montrés préalablement favorables" ;

2Â° La pratique des décisions rattachées commis par une personne dépositaire de l'autorité publique peut constituer le crime de faux en écriture publique relevant de la compétence de la Cour d'assises et passible de 15 ans de réclusion criminelle et de 225 000 euros d'amende (article 414-4 du code pénal) ;

3Â° Depuis le nouveau code pénal entrée en vigueur le 1er mars 1994, l'article 121-6 du code pénal dispose que "sera puni comme auteur le complice de l'infraction". Il en résulte que les circonstances aggravantes liées à l'auteur de la peine principale ne doivent pas aggraver la peine encourue par le complice (avant cette réforme la jurisprudence distinguait selon la nature des circonstances aggravantes pour les appliquer ou non au complice). Sur la base du nouvel article 121-6 (applicable rétroactivement aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur), on pouvait raisonnablement penser que le pourvoi du fonctionnaire avait donc de réelles chances de succès. Telle n'est pas la position de la Cour de cassation qui prend cependant soin de préciser que "les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement".

– On peut implicitement déduire de l'arrêt qu'un fonctionnaire territorial n'est pas, au sens de l'article 441-4 du code pénal, une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. C'est dire que si le faux avait été commis par le seul fonctionnaire sans intervention du maire, les mêmes faits auraient été poursuivis devant le tribunal correctionnel et non devant la Cour d'assises.

– La circonstance que le fonctionnaire ait attiré l'attention du maire sur la nécessité d'une nouvelle délibération est pris comme un élément à charge attestant qu'il avait conscience de commettre un faux en écriture et qu'il aurait donc dû désobéir aux ordres reçus. A cet égard il faut relever que les magistrats considèrent que le devoir de désobéissance est fondé dès lors que l'acte est manifestement illégal (alors qu'au regard du droit administratif cette simple constatation ne suffit pas s'il n'est pas également démontré que l'ordre reçu compromet gravement un intérêt public).

– Un directeur général peut d'autant moins établir sa bonne foi qu'il "est mieux informé et plus expérimenté en droit et en gestion administrative

municipale que son propre maire".