

N° 421299 Mme B...
N° 421306 M. P...

6^e et 5^e chambres réunies
Séance du 18 octobre 2019
Lecture du 13 novembre 2019

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Cette affaire permettra de préciser à nouveau quel doit être le contrôle du comptable en matière de versement de primes. Vous savez que, depuis la « *querelle des nomenclatures* », sous la monarchie de juillet, le Conseil d'Etat juge que le contrôle du comptable se limite aux éléments prévus par les textes, c'est-à-dire aujourd'hui par le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 et par les nomenclatures auxquelles il renvoie et qui fixent la liste des pièces justificatives par opération. Il en résulte, en outre, que le comptable et le juge des comptes n'ont pas le pouvoir de se faire juge de la légalité des justificatifs, et notamment de l'ordre de payer une dépense adressée par l'ordonnateur, s'il satisfait l'ensemble des contrôles attendus du comptable, ce que vous avez rappelé en 1971 dans une célèbre décision *Sieur A...* (CE, 5 février 1971, n° 71173, Rec.). Cet office simple et ancien n'est pas toujours d'application aisée, en témoigne les pourvois réguliers du ministre chargés des comptes publics qui contestent des arrêts de la Cour des comptes jugeant qu'un comptable aurait dû bloquer certaines dépenses illégales.

Le cas des primes est l'un de ceux qui donne régulièrement lieu à débat. En effet, le juge des comptes est particulièrement attentif à cette sorte de dépense, qui peut donner lieu à des dérives importantes. Pour éviter la multiplication de primes, le législateur et le gouvernement se sont attachés à remettre en cause la possibilité pour les ordonnateurs - chefs de service de créer des primes en vertu de leur pouvoir réglementaire d'organisation du service, au titre de la jurisprudence *Sieur Jamart* (Cf. CE, Section, 7 février 1936, *Sieur Jamart*, n° 43321, Rec.). L'article 4 du décret n° 48-1108 du 10 juillet 1948 portant classement hiérarchique des grades et emplois des personnels de l'Etat dispose que les indemnités « *sont attribuées par décret* ». Un ministre ou un établissement public ne peuvent donc en principe pas créer des régimes indemnitaires pour leurs administrations. La Cour des comptes souhaite que les comptables soient attentifs au respect de cette règle.

La difficulté tient à ce que la règle en question est une règle de légalité, de répartition des compétences, qu'il n'appartient pas en principe au comptable de défendre. Vous avez confirmé récemment que, saisi de l'ordre de payer une dépense par l'ordonnateur, le comptable doit vérifier que le signataire de l'ordre « *a la qualité d'ordonnateur (...) ou a reçu de ce dernier une délégation* » mais ne peut pas vérifier si la dépense a été décidée par la personne compétente (CE, 4 mai 2018, Min. de l'action et des comptes publics, n° 410880,

T. ; plus généralement, v. CE, 28 dec. 2018, SDIS de la Gironde, n° 410113, T.). Ainsi, le comptable ne pourrait pas, selon ces principes, vérifier que la prime a été décidée par le premier ministre plutôt que par le directeur d'un établissement public.

Toutefois, la rigueur de ces principes peut être atténuée par le détail des nomenclatures qui fixent les pièces justificatives, qui peuvent intégrer à l'ordre public financier des éléments qui s'apparentent, juridiquement, à des conditions de légalité de la dépense décidée par l'ordonnateur. Il est ainsi fréquent que la nomenclature impose à l'ordonnateur de fournir le fondement juridique de la dépense qu'il a décidé d'engager, par exemple le contrat de fourniture. Pour les primes, la nomenclature applicable à l'Etat, résultant à l'époque des faits de l'espèce d'un arrêté du 20 décembre 2003, aujourd'hui remplacé par un arrêté du 20 décembre 2016, exige ainsi qu'outre la décision individuelle d'attribution figure sur l'état liquidatif la mention du texte institutif de l'indemnité, qui est en principe un décret, et du texte ayant fixé le taux. En vérifiant ces mentions et la « cohérence » des justificatifs au regard de la dépense ordonnancée (CE, section, 8 février 2012, Min. budget, n° 340698, Rec.), le comptable est indirectement investi, dans cette mesure, du devoir de bloquer des primes distribuées par des autorités incompétentes, en l'absence de règlement institutif (v. CE, 27 mai 2015, Min. budg., n° 374708, T. sur un autre point). Ainsi, il est faux, nous semble-t-il, de prétendre que votre jurisprudence admet le contrôle de légalité du comptable en matière de primes. Vous ne faites, même si vos décisions ne s'appuient pas toujours explicitement sur la nomenclature applicable, qui est parfois difficile à identifier et qui parfois, simplement, n'existe pas (CE, section, 9 mars 2016, min. fin. c/ M. T..., n° 380105, Rec.), que tirer les conséquences des contrôles spécifiques prévus par ces nomenclatures pour certaines dépenses.

L'arrêt de la Cour des comptes qui vous est déféré a ainsi déclaré Monsieur P... et Mme B..., qui ont été successivement comptables de l'Office nationale de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA) en débet de centaines de milliers d'euros pour avoir indument payé deux sortes de primes à certains agents.

La première prime qui correspond à la charge n° 2, est la prime de mobilité, instituée par un décret n° 2001-1273 du 21 décembre 2001 au bénéfice des fonctionnaires des corps d'agents techniques et de techniciens de l'environnement. L'article 6 du décret prévoit une « *prime de mobilité* » pour les agents des corps affectés en « *brigade mobiles d'intervention* ». Le reproche qui est fait au comptable tient à avoir payé ces primes à des agents qui n'auraient pas été, selon les termes de l'arrêt, « *formellement affectés en brigade mobile d'intervention* ». Il ne fait effectivement pas de doutes que les agents en question n'étaient plus, pour les exercices litigieux de 2014 et 2015, affectés dans ces brigades car elles avaient été supprimées au sein des services de l'ONEMA en 2010, lors d'une réorganisation des services. Les agents continuant à assurer ces missions et à assurer de fréquents déplacements avaient cependant continué à percevoir cette prime. Dès 2010-2011, le comptable avait d'ailleurs alerté sur le décalage entre l'organisation de l'ONEMA et les termes du décret de 2001, continuant à réserver la prime aux seuls services intitulés « *brigade mobiles d'intervention* ». Le ministre, interrogé, avait répondu le 6 juin 2012 « *qu'il convenait d'interpréter les conditions d'affectation dans un service de manière neutralisante* », seul le contenu des tâches confiés aux agents étant important, et préconisant une modification du décret. Fort de cette assurance, le directeur général de l'établissement a continué à assimiler les services en cause à des brigades mobiles d'intervention pour le versement de la prime de mobilité. Lors d'une

procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière, celle-ci a estimé qu'il n'y avait pas, sur ce point, de faute budgétaire (CDBF, 15 dec. 2017, ONEMA). La modification du décret, elle, n'a eu lieu qu'en décembre 2016 (décret n° 2016-1842 du 26 décembre 2016) probablement provoquée par les mises en débet des comptables.

Il s'agit là d'un débat juridique sur la légalité des décisions du directeur général de l'établissement attribuant individuellement les primes sur le fondement d'une interprétation finaliste du décret de 2001. Certes, vérifier l'existence d'un texte instituant la prime, c'est vérifier que la prime est créée pour le type d'agent auquel est elle attribué, sinon ce contrôle atteindrait un niveau de formalisme absurde et il suffirait de donner à une prime qui n'existe pas le nom d'une prime qui existe et d'indiquer les références du décret pour que le comptable doive la payer... Mais le contrôle du comptable se limite à la « *cohérence* » des justificatifs, à vérifier qu'il existe une prime pour l'établissement et la catégorie d'agents en cause. En l'espèce, la décision d'attribution de l'ordonnateur estimait que ses services étaient assimilables à des brigades mobiles d'intervention et le comptable devait s'y arrêter. Le comptable n'avait pas à s'interroger sur la légalité de cette décision d'attribution à ces agents : c'est un choix d'interprétation, c'est une question de légalité, qui relève de l'ordonnateur, qui prend et assume seul ce risque juridique. Rien dans la nomenclature n'impliquait que le comptable ne se penchât sur cette question. L'arrêt ne dit d'ailleurs mot de la nomenclature applicable et que le procureur général vous indique qu'à l'époque la nomenclature des établissements publics nationaux administratifs n'avait pas encore été fixée... Dans un tel cas, en vertu de l'article 50 du décret de 2012 tel qu'interprété par votre décision de section du 9 mars 2016 (Min. fin. c/ M. T..., n° 380105, Rec.) le comptable est exceptionnellement autorisé à déterminer lui-même les justificatifs exigibles en se référant aux opérations similaires prévues par les autres nomenclatures. En l'espèce, les autres nomenclatures, notamment celle de l'Etat, n'impliquent comme nous vous le disions aucun contrôle sur la légalité de l'attribution des primes au regard du poste occupé par l'agent. Il nous semble donc que la Cour des comptes a commis une erreur de droit en exigeant un tel contrôle de la part des comptables.

S'agissant de la charge suivante, elle porte sur le paiement d'une « *prime spéciale* », instituée un décret n° 2000-239 du 13 mars 2000 : cette prime bénéficie aux agents des corps du ministère de l'agriculture. Son objet est particulièrement général ; elle ne semble pas liée à certaines sujétions particulières, mais constitue un complément de rémunération, d'ailleurs important puisqu'il peut atteindre 30%. Le décret prévoit qu'elle est attribuée aux membres des corps dont la liste est fixée par un arrêté conjoint des ministres chargés de l'agriculture, de la fonction publique et du budget, lorsqu'ils sont en activité dans les services du ministère de l'agriculture ou dans les établissements publics listés par un arrêté des mêmes autorités. Or pour les exercices litigieux, l'ONEMA, créé six ans après le décret instituant la prime spéciale, ne figurait pas sur l'arrêté en question, qui n'octroyait la prime qu'aux agents affectés dans les parcs nationaux. La prime constituait pourtant un complément de rémunération normalement attendu des membres de ces corps. Ainsi, les directeurs de l'ONEMA ont, encore une fois avec l'accord des services du ministère, rémunéré les ingénieurs de l'agriculture et de l'environnement selon le montant de prime correspondant à leur grade, comme s'ils avaient été affectés en administration centrale. Une diminution de 30% des rémunérations aurait sans aucun doute posé des difficultés importantes, et la procédure conduite par la cour des comptes a d'ailleurs entraîné, là encore, la modification de

l'arrêté du 11 août 2004, par un arrêté du 9 décembre 2016, pour prévoir que l'ensemble des établissements publics relevant du ministre pouvaient verser la « prime spéciale » aux membres des corps en question affectés dans leurs services.

On comprend que cette situation difficile ait conduit au versement des primes mais il nous semble que cette fois, vous devez valider la Cour des comptes pour avoir jugé que les comptables auraient dû bloquer ces versements, contraires au droit en vigueur, sauf à être réquisitionnés par l'ordonnateur. En effet, malgré l'absence de nomenclature, le comptable devait exiger, comme c'est l'usage ancien en matière d'indemnité et comme c'était prévu pour les dépenses de l'Etat, la mention sur l'état liquidatif de la base légale de la prime. La question est inédite, mais il nous semble que vous devez juger, comme la Cour des comptes, que le rôle du comptable ne se limite alors pas à vérifier qu'il existe un décret dont le titre porte le nom de la prime qui est versée... Lorsque le décret prévoit une liste des corps bénéficiant de la prime, pour une liste de services et d'établissements, l'état liquidatif doit mentionner les deux arrêtés en question, donc les trois textes qui ensemble « *instituent* » l'indemnité. Cela permet au comptable de vérifier que ces textes ouvrent effectivement le bénéfice de cette prime aux ingénieurs de l'agriculture et de l'environnement affectés à l'ONEMA. En l'absence de cette justification, le paiement doit être refusé. Si vous nous suivez, il nous semble que vous pourrez passer outre le fait que la Cour des comptes n'a pas explicitement fondé le débet sur un manquement dans la vérification des pièces justificatives, ce qui pourrait laisser penser, à la lecture de son arrêt, qu'elle engage les comptables à effectuer un véritable contrôle de légalité des décisions de versement d'indemnités. Cependant, en l'absence de nomenclature applicable, nous pensons qu'elle a pu fonder son raisonnement sur des considérations plus générales pour aboutir à un débet qui, cette fois, nous semble exempt d'erreur de droit.

Le pourvoi insiste sur le fait que, dans d'autres établissements, le versement de la prime a été bloqué et que cette situation, déférée par les agents en question, a été jugée illégale par plusieurs tribunaux administratifs. La consultation des jugements montre que les tribunaux ont en effet estimé contraire au principe d'égalité l'absence des agences de l'eau ou d'autres établissement dans la liste de l'arrêté de 2004, conduisant à faire varier la rémunération de ces personnels dans des proportions considérables, sans aucune justification apportée par les services du ministre puisqu'ils considéraient eux-mêmes que la prime était due. L'illégalité probable de l'arrêté de 2004 engageait alors la responsabilité de l'administration, tenue d'indemniser tout ou partie du manque de rémunération et de modifier l'arrêté pour l'avenir, mais il s'agit alors d'une compensation de nature indemnitaire et cela ne rendait pas légal le versement de la prime sans fondement textuel, l'article 20 du titre Ier du statut général ayant codifié le principe selon lequel aucune prime ne peut être versée sans texte législatif ou réglementaire l'ayant instituée (loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). L'existence ou non d'un préjudice conduisant au débet n'est pas discuté et nous vous proposons donc de valider cet aspect de l'arrêt.

Nous concluons donc à ce que vous annuliez l'arrêt attaqué en tant qu'il retient un débet pour la charge n° 2, c'est-à-dire ses articles 2, 5 et 8, au renvoi de l'affaire dans cette mesure, à ce que l'Etat verse deux sommes de 3000 euros aux requérants en remboursement de leurs frais (art. L. 761-1 du CJA) et au rejet du surplus des conclusions.