

N° 356725

M. Jean-Paul V ...

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies

Séance du 4 juin 2014

Lecture du 25 juin 2014

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. Le présent pourvoi comporte de nombreux moyens portant sur la régularité d'une procédure de gestion de fait menée par une chambre régionale des comptes sur le fondement de la loi du 28 octobre 2008¹ et du décret du 19 décembre 2008² qui ont profondément réformé la procédure juridictionnelle.

L'un d'entre eux, qui porte sur la partialité du juge des comptes investi par ailleurs d'une mission administrative de contrôle de la gestion d'une commune, nous paraît soulever une question délicate dans la lignée de votre décision d'Assemblée SA Entreprise Razel frères et Le Leuch du 6 avril 2001 (206764, au Rec.). Mais avant de l'aborder, il convient de vous exposer le litige et le sort que nous vous proposons de réserver aux autres moyens.

II. L'« Amicale du personnel communal de Saint-André » est une association régie par la loi du 1er juillet 1901 créée en 1982 pour, selon son objet statutaire, mener « toute action, de toute nature, tendant à créer et à développer des liens d'amitié entre le personnel ». Elle a bénéficié d'importantes subventions communales, allant de 65.000 à 105.000€ dans les années 2004 à 2008.

Les conditions de sa gestion ont conduit la nouvelle municipalité élue en mars 2008 à déposer une plainte contre X pour abus de confiance. Le procureur de la République a ensuite décidé de transmettre le volet financier du dossier au représentant du ministère public près la chambre régionale des comptes de la Réunion. Par un réquisitoire du 3 novembre 2009, pris sur le fondement du II. de l'article L. 242-1 du code des juridictions financières dans sa rédaction issue de la loi de 2008³, celui-ci a décidé de poursuivre et il a saisi la formation de jugement de la chambre des opérations de l'association pour la période 2004 à 2007, présumées constitutives de gestion de fait et visant Mme D..., présidente de l'association, et M. V..., alors maire de la

¹ Loi n° 2008-1091 du 28 octobre 2008 relative à la Cour des comptes et aux chambres régionales des comptes

² Décret n° 2008-1397 du 19 décembre 2008 portant réforme des procédures juridictionnelles devant la Cour des comptes, les chambres régionales des comptes et la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie

³ La loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2009, et elles ne s'appliquent pas aux suites à donner aux procédures en cours ayant donné lieu à des décisions juridictionnelles prises à titre provisoire et notifiées avant le 1er janvier 2009. (article 34 de la loi du 28 octobre 2008)

commune. Au vu d'un rapport établi par le magistrat rapporteur chargé de l'instruction, un réquisitoire complémentaire du parquet a étendu l'instruction à M. Se..., trésorier de l'association.

Par un jugement du 16 décembre 2010, la chambre régionale a déclaré les trois personnes poursuivies, Madame D..., Monsieur S... et M. V..., conjointement et solidairement comptables de fait des deniers de la commune de Saint-André attribués à l'association, pour les exercices 2004 à 2007.

Saisie en appel par M. V... et M. S..., la Cour des comptes a confirmé le jugement par un arrêt du 15 décembre 2011 contre lequel M. V... se pourvoit en cassation.

III. La régularité de l'arrêt est contestée.

1. Un premier moyen porte à hésitation : la Cour des comptes n'aurait pas répondu au moyen tiré de ce que la minute du jugement de la chambre régionale ne comportait pas les signatures manuscrites exigées par l'article R. 241-41 du code des juridictions financières. La Cour s'est contentée de juger « qu'en leur absence sur l'expédition du jugement, M. V... demande au juge de vérifier la présence sur le jugement original des signatures requises par l'article R. 241-41 du code des juridictions financières, ou d'annuler le jugement entrepris »... puis elle s'arrête là... Mais vous pourrez déduire de la solution retenue, qui n'est pas l'annulation du jugement, qu'elle a procédé avec succès à la vérification indiquée.

2. Il est ensuite reproché à la Cour d'avoir insuffisamment répondu à l'argumentation qui contestait l'existence d'une solidarité entre les personnes poursuivie, mais en cas de gestion de fait collective, la solidarité de ses co-auteurs découle de l'indivisibilité des opérations irrégulières qui, formant un tout, sont constitutives d'une seule et même gestion : voyez votre décision de Section E..., 17 octobre 2003 (n° 237290, au Rec. p. 408) qui pose ce principe repris par l'arrêt du Section du 21 mars 2011, R... (n° 318825, au Rec.).

3. La Cour a par ailleurs suffisamment motivé sa réponse au moyen tiré de ce que les opérations poursuivies ne pouvait donner lieu à déclaration de gestion de fait pour la raison qu'elles participaient de la gestion de prestations au bénéfice de ses agents que les communes peuvent confier, en vertu de l'article 9 de la loi statutaire du 13 juillet 1983, à des associations tout en participant à leurs organes d'administration et de surveillance. Reprenant l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 23 octobre 2003 (Fondation Jean Moulin), qu'elle cite et vise, la cour répond suffisamment en jugeant « qu'il ne résulte pas des dispositions invoquées que le législateur ait entendu déroger aux règles prohibant la gestion de fait et permettre aux collectivités de garder la maîtrise de l'utilisation des deniers versés à ces organismes ».

4. Le moyen tiré de la communication tardive, la veille de l'audience, des conclusions du ministère public ne peut qu'être écarté, dès lors que le parquet n'avait pas, en l'espèce, la qualité de partie au litige devant la Cour des comptes engagé sur appel de M. V... et de M. S... (voyez Assemblée du 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, n° 222719, au Rec. p. 647). Les conclusions qu'il produit ne relèvent dès lors pas du contradictoire.

IV. Vient ensuite le moyen le plus difficile, qui tient cette fois au bien fondé de l'arrêt. Il est soutenu que la Cour a commis une erreur de droit en ne relevant pas d'office le moyen d'ordre public devant elle tiré de l'irrégularité de la composition de la chambre régionale des comptes.

Est critiquée la participation de M. N... à la formation de jugement, ce conseiller ayant par ailleurs exercé les fonctions de rapporteur chargé du contrôle de la gestion de la commune au titre des années 2003 à 2007 recoupant donc celles de la procédure de gestion de fait (2004/2008)

Se pose tout d'abord la question de l'opérance de ce moyen nouveau devant vous.

Le moyen d'erreur de droit est opérant en cassation si vous estimez que le moyen tiré de la partialité de M. Noël était d'ordre public devant le juge d'appel. En effet, la Cour était alors tenue de rectifier d'office la décision des premiers juges sur ce point, et elle a commis une erreur de droit qui peut être relevée par le juge de cassation si elle s'est abstenue de le faire, alors même que la question n'a pas été discutée devant elle. Ce principe vaut pour la forclusion (21 octobre 1959, Korsec, Rec. p. 533 ; 19 janvier 1964, Mezergue, Rec. p. 63), pour l'incompétence des premiers juges (Sect., 31 mai 1963, Kraemer, Rec. p. 337, D. 1963 p. 553, concl. du président Braibant) mais également pour le moyen tiré de ce qu'une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas (25 janvier 1995, Commune de Simiane-Collongue, au Rec. p. 40) ou pour l'incompétence de l'auteur de la décision attaquée (29 mars 2000, P..., n° 196127, aux T.).

Il convient donc de rechercher si le moyen tiré de la participation d'un magistrat rapporteur à la formation de jugement de premier ressort est d'ordre public en appel. Vous jugez traditionnellement qu'il ne l'est que s'il se rattache à la composition de la formation de jugement (voyez 19 mai 1961, Gianotti, Rec. p. 346 ; 30 novembre 1994, SARL Étude Ravalement Construction, aux T. p. 1125) ce dont vous déduisiez qu'il ne l'était pas s'il se rattachait à la récusation, que le requérant aurait alors dû exercer devant les juges du fond (voyez 19 octobre 1979, D..., Rec. p. 380). Distinction qui a été clarifiée par votre décision R... (189523, Section, 5 juillet 2000, au Rec. p.298), qui se réfère à la nature de la partialité alléguée et à son caractère individuel ou collectif⁴. Mais la situation a été assez radicalement simplifiée par votre décision de section P... du 12 octobre 2009 (311641, au Rec.), qui juge qu'un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement, quel qu'en soit le fondement, peut être invoqué à toute étape de la procédure, alors même que le requérant n'a pas formé une action en récusation, alors qu'il aurait été en mesure de le faire.

Il est donc certain que le moyen invoqué, qui aurait été regardé comme d'ordre public en appel dès avant l'intervention de la décision Petit dès lors qu'il soulève une question d'impartialité individuelle objective rattachée à la composition de la formation de jugement (voyez Section, 3 décembre 1999, L..., p.402), l'est avec encore moins d'hésitation après.

⁴ Relèvent de la récusation les questions individuelles relatives à l'impartialité subjective. Toutes les autres questions touchent à la régularité de la composition de jugement et sont donc d'ordre public, qu'elles renvoient à une impartialité collective, qui sera dans la plupart des cas objective (voyez Assemblée, 23 février 2000, Société Labor Metal, p. 83 s'agissant de la partialité structurelle de la Cour des Comptes) ou à une impartialité individuelle mais objective (par exemple Section, 3 décembre 1999, Leriche, p.402).

V. Vous n'aurez pas à trancher l'intéressante question de savoir si le moyen d'erreur de droit est lui-même d'ordre public en cassation⁵ : il est soulevé par le requérant et il est donc bien certain qu'il est opérant⁶.

VI. Il convient ensuite de rechercher si la Cour a commis une erreur de droit en omettant de soulever le moyen d'ordre public tiré de l'irrégularité de la composition de la formation de jugement de premier degré qui ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis (sur cette dernière condition, voir votre décision M... du 15 avril 2011, n° 320073, aux T.)

Le requérant vous demande de faire application de votre jurisprudence « R... frères » dans le cas où un membre de la formation de jugement a exercé les fonctions de rapporteur chargé de l'examen de la gestion de la commune pendant la période de la gestion de fait examinée.

Vous savez que la décision d'assemblée de 2001 censure la méconnaissance du principe d'impartialité dans le cas où le rapporteur auquel a été confiée la vérification de la gestion d'un organisme a ensuite participé au délibéré de la formation de jugement chargée de se prononcer sur une déclaration de gestion de fait, participation en sa qualité de rapporteur à fin d'instruction. C'est donc une configuration particulière, triangulaire en quelque sorte, qui était structurellement condamnée : le cumul des fonctions de rapporteur chargé de la vérification de gestion, de rapporteur chargé de l'instruction devant la formation de jugement et de membre de la formation de jugement.

La difficulté a été résolue par les textes en aménageant le statut du rapporteur chargé de l'instruction : l'article R. 141-13 du code des juridictions financières d'abord, modifié par le décret du 27 septembre 2002, puis l'article L. 242-1⁷, dans sa rédaction issue de la loi de 2008, l'ont exclu non seulement de la formation de jugement mais du délibéré.

⁵ La réponse à cette question ne ressort pas des décisions citées. La décision du 27 juin 1980, Torresi, n° 22929, aux T., est fichée sur le point que les requérants étaient recevables à invoquer pour la première fois en cassation devant le Conseil d'Etat l'erreur commise par les juges d'appel (en l'espèce la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes) qui était tenue de soulever d'office l'irrégularité commise par les premiers juges, dès lors qu'elle ressortait manifestement des pièces du dossier au vu duquel elle statuait. Mais un doute est permis : une décision du 5 décembre 2005, Mann Singh, n° 278133, A, a admis que le juge de cassation soulève d'office le moyen tiré de ce que le juge des référés a commis une erreur de droit en ne considérant pas comme sérieux un moyen, certes soulevé devant lui, mais également d'ordre public. Surtout, votre décision Neveu du 15 avril 2011 (n° 320073, aux T.) soulève d'office, sans examiner les moyens du pourvoi, le moyen d'erreur de droit de la cour qui a omis de soulever un moyen d'ordre public qui ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis. Son fichage indique qu'il s'agit d'un moyen portant sur le bien fondé de l'arrêt.

⁶ Si la décision Petit, rendue sur la régularité de la composition de la formation d'appel, précise qu'un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement peut être invoqué à toute étape de la procédure, y compris devant le juge de cassation, vous ne pouvez en tirer que le juge de cassation peut se saisir directement de l'irrégularité de la décision de premier degré, ce qui serait contraire au principe élémentaire de son office. La décision Petit revient sur vos décisions antérieures opposant l'irrecevabilité en cas de non-usage de la voie de récusation devant la formation contestée (cf. les mentions « Ab. jur. » du fichage, visant notamment la décision Rochard). Il faut déduire de l'incise « y compris devant le juge de cassation » que cette solution ne se heurte pas à l'office particulier de ce juge.

⁷ En vertu de l'article L. 242-1, « Le délibéré des juges est secret. Le magistrat chargé de l'instruction et le représentant du ministère public n'y assistent pas »

Reste l'autre branche du triangle, qui relie les fonctions de juge et de rapporteur chargé de la vérification de la gestion. C'est le lien expressément dénoncé par la décision Razel frères, de telle sorte qu'alors même que le rapporteur n'est pas membre de la formation de jugement en sa qualité de rapporteur chargé de l'instruction, il s'en déduit qu'il ne peut statuer sur une gestion de fait résultant d'une vérification qu'il a menée.

La réforme de 2008 conduit-elle à réviser ce jugement ? Elle met en effet fin à la possibilité d'auto-saisine de la formation de jugement, en confiant au ministère public le monopole des poursuites (c'est le II. de l'article L. 242-1). Est ainsi dressée une barrière entre les fonctions administratives et les fonctions juridictionnelles de la chambre.

Il nous paraît pourtant qu'elle ne suffit pas pour exclure l'apparence de partialité. Votre jurisprudence est en effet bien fixée : ne peut participer au jugement le magistrat qui a émis à titre individuel un avis public sur la décision en litige dans le cadre d'attributions administratives : voyez 15 octobre 1990, Association pour le développement harmonieux de Saint-Gilles, Rec. T. p. 930. C'est dans cette ligne de jurisprudence que se situe votre décision d'assemblée M. D... du 4 juillet 2003⁸ (n° 234353, A). Dans une telle hypothèse, le défaut d'impartialité individuelle objective est avéré si trois conditions sont cumulativement remplies (cf. les conclusions de Mattias Guyomar sur l'affaire D...) :

- les fonctions successivement exercées doivent l'avoir été à propos de la même affaire, c'est-à-dire des mêmes faits appréciés au regard des mêmes questions. Tel est le cas si le rapport fait état de faits précis susceptibles de relever de la gestion de fait.

- Deuxième condition : l'exercice de la première fonction doit avoir révélé l'existence d'un parti pris sur l'issue de cette affaire. Tel est incontestablement le cas également, dès lors que la communication au parquet résulte d'une présomption de gestion de fait.

- La troisième condition est plus délicate : la part prise par le juge, dans l'exercice de sa première fonction, doit légitimement laisser à penser qu'il a personnellement pris position sur l'affaire. Or le rapport communiqué au parquet n'est pas un document établi à titre individuel par le rapporteur chargé de la vérification, mais celui examiné par une formation collégiale en vertu de l'article R. 241-11, dont la version provisoire est adressée aux ordonnateurs en vertu de l'article R. 241-12. Il s'agit donc d'un document adopté par une formation collégiale au sein de laquelle le rapporteur dispose d'un droit de vote. Mais comme vous le savez, votre décision Dubreuil a tranché la question dans le sens de la rigueur : la circonstance que le juge, à l'occasion de fonctions successives, ait été amené à se forger une opinion sur l'affaire, à l'occasion d'une prise de position collective qui a été rendue publique, peut laisser penser l'existence d'un préjugement. Solution d'autant plus justifiée que le rapporteur chargé de la vérification de la gestion joue un rôle important dans l'établissement du rapport d'observations, provisoires puis définitives, formulées par la chambre.

⁸ s'agissant de la participation à une décision de la Cour de discipline budgétaire et financière de membres de la Cour des comptes qui ont antérieurement siégé lors d'une procédure de gestion de fait mettant en cause la même personne ou ont pris part à l'adoption du rapport public de la Cour des comptes, si les faits soumis à l'appréciation de la Cour de discipline budgétaire et financière ont été présentés dans ce rapport comme établis et irréguliers

Il ne nous semble donc pas douteux que, bien qu'intervienne dorénavant une autorité de poursuite bien identifiée, le cumul des fonctions de rapporteur chargé de la vérification de la gestion et de membre de la formation de jugement méconnaît le principe d'impartialité dès lors que la même personne statue en qualité de juge sur une déclaration de gestion de fait dont la présomption ressortait du rapport d'observations auquel il a contribué et sur lequel il s'est prononcé.

VII. Tel n'est cependant pas la situation qui vous est soumise. Car en l'espèce, c'est le procureur de la République qui a transmis au ministère public près la chambre régionale des comptes de La Réunion, en application de l'article L. 241-2-1, les éléments de la procédure judiciaire relative à des faits de nature à constituer des irrégularités dans la gestion de la commune.

Certes, le requérant soutient devant vous que le rapport d'observations définitives sur les années 2003 à 2007 comportait un examen en des termes critiques des relations de la commune avec les associations subventionnées, dont l'Amicale du personnel communal de Saint-André. Mais cet élément paraît insuffisant pour mettre en cause l'impartialité objective de M. N..., rapporteur chargé de la vérification de la gestion de la commune, à double titre.

Aucun élément ne permet de penser qu'il a pris position sur la même affaire, ce qui suppose que soit en cause les mêmes faits mais aussi la même question, c'est-à-dire celle de la gestion de fait. Or il n'est pas soutenu que ce rapport comporte de tels éléments. Et il l'était encore moins devant la Cour des comptes, les appelants s'étant contentés de faire valoir que l'examen de la gestion de la commune à compter de l'exercice 2002 était confié à M. N..., sans même faire état de travaux de vérification. La cour n'ayant ainsi pas eu matière à soulever d'office l'irrégularité de la composition de la chambre régionale des comptes, vous pourrez écarter le moyen d'erreur de droit en cassation.

VIII. Les quatre derniers moyens pourront également être écartés.

1. Il était soutenu devant la Cour, de façon assez originale, que le jugement attaqué méconnaissait le principe d'égalité des armes en raison du net avantage dont disposerait le ministère public, qui a accès à l'ensemble des fonds documentaires des juridictions financières alors que tel n'est pas le cas des autres parties. C'est sans erreur de droit ni dénaturation que la Cour a jugé que les parties ont accès à la jurisprudence et à la doctrine, qu'elles ont d'ailleurs largement exploité à chaque étape de la procédure.

2. La cour n'a pas commis d'erreur de droit ni de dénaturation en jugeant que M. V... avait, en qualité de maire de Saint-André, pris une part déterminante dans la gestion de l'association (voyez votre décision la décision R... déjà citée)

3. La Cour des comptes n'a pas entaché son arrêt d'erreur de droit ou dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la saisine de la chambre régionale des comptes de La Réunion était régulière alors même que figurait parmi les pièces transmises au ministère public un « audit financier » réalisé par une société privée qualifié de « faux » par le demandeur. La formation de jugement n'est pas juge de l'opportunité de la poursuite, mais uniquement de sa régularité (voyez

5 avril 2013, Parquet général près la Cour des comptes, 349755, B, sur la faculté du ministère public de relever une charge en dehors du périmètre temporel fixé préalablement dans le cadre de la notification prévue à l'article R. 141-10 du code des juridictions financières).

4. Enfin, il est certain que la Cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la conformité de la nature des opérations en cause avec l'objet social de l'organisme qui les a réalisées n'est pas un critère déterminant de l'existence d'une gestion de fait.

Vous pourrez rejeter le pourvoi, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et mettre à la charge de M. V... le versement à la commune de Saint-André, dont il est entre-temps redevenu maire, une somme de 3.000 euros au même titre.

Tel est le sens de nos conclusions.