

N°s 428887, 428888 et 431393
Ministre de l'action et des comptes publics

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 8 janvier 2021
Lecture du 4 février 2021

CONCLUSIONS

M. Olivier Fuchs, rapporteur public

1. Les trois pourvois du ministre de l'action et des comptes publics qui viennent d'être appelés, dirigés contre trois arrêts de la Cour des comptes, vont vous permettre d'apporter des précisions quant à la mise en œuvre de la responsabilité des comptables publics après vos décisions de Section du 6 décembre 2019, *Ministre de l'action et des comptes publics et Mme B...*¹.

Comme vous le savez, la loi du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011 a révolutionné le régime légal de responsabilité pécuniaire et personnelle des comptables publics. Avant celle-ci, lorsqu'était constaté un manquement du comptable, le montant de la recette ou de la dépense en cause était automatiquement mis à sa charge, y compris lorsque le manquement résultait d'une simple irrégularité dans le paiement d'une dépense pourtant bien due. Ainsi que l'a montré Louis Dutheillet de Lamothe dans ses éclairantes conclusions, l'enrichissement sans cause de l'organisme public n'était alors pas bien loin, puisque celui-ci pouvait jouir des biens ou services acquis alors que leur coût était mis à la charge de son agent comptable. Le législateur est intervenu en 2011 afin d'atténuer le caractère très sévère de cette responsabilité lorsqu'aucun préjudice financier n'a en réalité été subi par la personne publique. Désormais, les comptables ne peuvent être mis en débet que si un tel préjudice financier est établi et, dans le cas inverse, le juge des comptes peut seulement les condamner au versement d'une somme non rémissible.

Vos décisions de Section ont utilement permis de préciser la notion de préjudice financier causé à un organisme public par les manquements de son comptable. Vous avez ainsi jugé,

¹ CE, Section, 6 décembre 2019, *Mme B...*, n°418741, au Rec. et CE, Section, 6 décembre 2019, *Ministre de l'action et des comptes publics*, n° 425542, au Rec., aux conclusions communes L. Dutheillet de Lamothe, *RFDA*, avril 2020, p. 381 ; chronique C. Malverti, C. Beaufils, *AJDA*, 2020, p. 289.

d'abord, qu'il appartient au juge des comptes d'apprécier si le manquement du comptable a causé un tel préjudice financier et, le cas échéant, d'évaluer l'ampleur de celui-ci. Il doit, à cette fin, d'une part, rechercher s'il existait un lien de causalité entre le préjudice et le manquement à la date où ce dernier a été commis, et, d'autre part, apprécier le montant du préjudice à la date à laquelle il statue en prenant en compte, le cas échéant, des éléments postérieurs au manquement.

Vous avez ensuite précisé que, pour déterminer si le paiement irrégulier d'une dépense par un comptable public a causé un préjudice financier, il appartient au juge des comptes de vérifier, au vu des éléments qui lui sont soumis à la date à laquelle il statue, si la correcte exécution, par le comptable, des contrôles lui incombant aurait permis d'éviter que soit payée une dépense qui n'était pas effectivement due.

Vos décisions ont dégagé trois cas de figure. Certains manquements du comptable doivent être regardés comme ayant, en principe, causé un préjudice financier : il s'agit des manquements qui portent sur l'exactitude de la liquidation de la dépense dont il est résulté un trop-payé, de ceux qui ont conduit à payer une dépense en l'absence de tout ordre de payer ou une dette prescrite ou non échue ou de ceux privant le paiement d'effet libératoire. A l'inverse, certains manquements ne causent, en principe, pas de préjudice financier, comme par exemple les manquements à des règles purement formelles.

Le troisième cas de figure envisagé comprend des manquements qui se prêtent moins à systématisation et requièrent donc une appréciation casuistique du juge des comptes : ils concernent en particulier le contrôle de la qualité de l'ordonnateur, de la disponibilité des crédits, de la production des pièces justificatives et du service fait. Vous avez, pour cette catégorie qui n'appelle pas de solution de principe, dégagé les critères qui doivent guider l'appréciation au cas par cas du juge des comptes et qui compose le triptyque suivant : les fondements juridiques de la dépense doivent être assurés, l'ordonnateur doit avoir voulu exposer cette dépense et le service doit avoir été fait.

C'est ce dernier cas de figure dont il est question dans chacune des affaires appelées, les manquements en cause concernant le défaut de vérification de la production d'une pièce justificative requise par la nomenclature.

2. Nous vous proposons de commencer d'abord par les affaires 428887 et 428888.

Il s'agit dans les deux affaires d'agents comptables de chambres d'agriculture, la première, Mme L..., de la chambre départementale du Var et la seconde, Mme C..., de la chambre régionale de Bourgogne. La charge retenue à leur encontre et qui fait l'objet d'une contestation concerne l'indemnité de rémunération de service au titre de fonctions

accessoires, dites « en adjonction de service », qu'elles se sont versé entre 2011 et 2015. Ce paiement a toutefois été effectué alors que l'organe délibérant de ces organismes publics n'avait, à la date des faits, pas pris de délibération fixant le montant de cette indemnité, pièce dont la production est pourtant exigée pour que le comptable puisse procéder au versement. Par deux arrêts du 24 janvier 2019, la Cour des comptes les a mis en débet d'un montant total de 52 216 euros. Le ministre de l'action et des comptes publics se pourvoit en cassation contre ces deux arrêts.

Conformément au mode d'emploi posé par vos décisions de Section, il appartient au juge des comptes de vérifier s'il ressort des pièces du dossier, y compris d'éléments postérieurs aux manquements en cause, que la dépense repose sur les fondements juridiques dont il appartenait au comptable de vérifier l'existence au regard de la nomenclature, que l'ordonnateur a voulu l'exposer, et, le cas échéant, que le service a été fait. Si tel est le cas, il faut en déduire que l'organisme public n'a pas subi de préjudice financier.

C'est la question du fondement juridique de la dépense qui est aussi au cœur de ces dossiers, celle de la volonté de l'ordonnateur y étant en l'espèce fortement liée. Il n'est par ailleurs pas contesté que le service a été fait.

2.1. Il nous faut, à ce stade, vous présenter brièvement le système de rémunération en cause. Le code rural et de la pêche maritime, en son article D. 511-80, dispose que les agents comptables des chambres d'agriculture perçoivent une rémunération qui est fixée par ces chambres dans des limites posées par des arrêtés conjoints des ministres de l'agriculture et du budget. Un arrêté des ministres concernés en date du 20 juin 1985 fixe l'indemnité pour rémunération de services allouée aux agents-comptables des chambres régionales ou départementales d'agriculture. Il est heureux qu'une version dactylographiée de ce texte soit produite au dossier puisqu'en dépit de nos recherches, nous n'en avons pas trouvé de version numérique dans les bases de données les plus usitées. Les parties s'accordent toutefois sur l'applicabilité de ce texte, ce que nous vous proposons de faire également. Le juge des comptes a également jugé que l'instruction comptable M92 indique comme pièce justificative de la dépense afférente à l'indemnité pour rémunération de services la nécessité de l'existence d'une délibération de la session, qui est une formation délibérante de la chambre d'agriculture, et ce point n'est pas plus contesté.

Dans ce cadre, il appartient donc à l'agent comptable de s'assurer, au titre des obligations qui lui incombent s'agissant du contrôle des pièces justificatives de cette dépense, de l'existence d'une délibération votée par la session de cette chambre en arrêtant le montant.

Il semble toutefois que cette exigence a été perdue de vue par les chambres d'agriculture et par les agents comptables puisque dans les deux affaires qui vous sont soumises, aucune délibération n'avait été prise à la date à laquelle ont été versées ces indemnités. Il ne faut sans doute pas y voir à mal, dans la mesure où il s'agit vraisemblablement ici d'une mauvaise habitude qui s'est perpétuée. Mais il est clair qu'un manquement a été commis.

Lorsque vous statuez sur le préjudice financier, il convient toutefois de tenir compte y compris d'éléments postérieurs au manquement pour l'établir. Cette solution, que vous avez appliquée en 2017² en cas de règlement de prestations réalisées postérieurement à l'arrivée à son terme d'un marché public ayant révélé la fourniture des prestations, a été confirmée par vos décisions de Section.

Or en l'espèce, les chambres d'agriculture ont produit, en 2018, des délibérations visant à régulariser les versements opérés au cours des années concernées. La cour des comptes, dans les arrêts attaqués, a toutefois refusé de regarder ces dispositions comme pouvant avoir un effet rétroactif de nature à permettre de regarder qu'aucun préjudice n'aurait été commis.

2.2. Même si l'hésitation est permise, nous ne partageons pas cette analyse. Deux raisons principales nous conduisent à la conclusion inverse.

D'abord, nous n'ignorons certes pas les rigueurs du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, désormais consacré par l'article L. 221-4 du code des relations entre le public et l'administration. Mais comme vous le savez également, ce principe supporte « diverses exceptions qui en atténuent sensiblement la portée »³. Pour reprendre les mots du président Massot, vous recherchez parfois à justifier cette rétroactivité « au prix d'un certain effort »⁴, et certaines décisions récentes confirment ce point⁵.

Outre les exceptions tenant à l'existence d'un texte législatif⁶ ou aux conséquences des annulations contentieuses, vous recherchez, en particulier en matière de fonction publique, s'il

² CE, 22 février 2017, *Ministre de l'économie et des finances c. Mme X...*, n° 397924, aux Tables.

³ B. Seiller, « Acte administratif : régime », *Répertoire Dalloz Contentieux administratif*, octobre 2015, n°403.

⁴ Dans ses conclusions sur une décision CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, n° 08003, au Recueil.

⁵ Par exemple CE, 12 novembre 2020, *Association Anticor*, n°425340, aux Tables.

était permis à l'administration de déroger à cette règle générale dans la mesure nécessaire pour régulariser la situation statutaire ou pécuniaire d'un agent public⁷. Nous croyons que, comme le pensait le professeur Marcel W..., la rationalité des solutions adoptées dans ce dernier cas, bien que juridiquement moins incontestable que dans d'autres exceptions au principe, est simple : la non-rétroactivité est mise de côté au motif qu'elle conduirait à des situations incohérentes ou inenvisageables en pratique, en particulier dans des cas où c'est l'administration elle-même qui dysfonctionne, par exemple en tardant à prendre les textes en cause⁸. C'est ainsi, par exemple, que dans une décision *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques* (7 février 1979, n°08003, au Recueil), vous avez admis la rétroactivité dans un cas où l'absence de textes réglementaires définissant les obligations horaires de service empêchait de calculer le montant d'une partie de la rémunération des fonctionnaires concernés, laquelle était pourtant due en présence d'un service fait.

Cette première raison de vous écarter de la solution du juge des comptes se conjugue avec une seconde, qui tient au fait que vous n'êtes pas aujourd'hui dans un cas dans lequel une prime ou une indemnité a été versée sans aucune base juridique. L'indemnité pour rémunération de services nous paraît en effet due en raison des articles réglementaires dont nous avons fait état. Certes, il convient qu'une délibération précise, dans les limites définies par l'arrêté, le montant en cause. Mais à nos yeux vous n'êtes ici pas dans le cas, classiquement sanctionné par votre jurisprudence, dans lequel l'indemnité payée n'aurait été instituée par aucun texte législatif ou réglementaire, situation dans laquelle vous considérez à raison que la comptable public commet alors un manquement qui préjudicie à l'organisme public⁹. Ce n'est ici qu'en raison d'une carence de l'organisme public qu'une rémunération ne peut être versée alors qu'elle est due réglementairement.

Nous en déduisons, contrairement aux arrêts attaqués, que les dépenses en cause peuvent être regardées comme ayant un fondement juridique et comme manifestant une claire volonté de l'organisme public de procéder au paiement. Il ne nous apparaît donc pas possible de dire que cet organisme a subi un préjudice financier.

Deux considérations pourraient toutefois vous arrêter dans ce raisonnement. Vous pourriez d'abord, dans le domaine sensible des primes et indemnités accessoires, ne pas vouloir vous

⁶ Voir par exemple CE, 14 décembre 1998, *Frère*, n°192114, aux Tables ou CE, 10 février 2020, *M. P...*, n°424245, aux Tables.

⁷ Voir par exemple CE, 17 mars 2004, *M. H...*, n°225426, aux Tables.

⁸ M. W..., note sur CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, n°08003, au Recueil, *RDP*, 1980, p. 523.

⁹ Notamment CE, 27 mai 2015, *Ministre délégué chargé du budget, dit TPG des Bouches-du-Rhône*, n° 374708, aux Tables.

engager dans cette voie. Vous pourriez également hésiter à vous écarter des exigences posées par la nomenclature.

Pour notre part, nous vous invitons à sauter le pas. D'abord, il nous semble que l'esprit de la réforme législative de 2011 était précisément de couvrir les situations du type de celles qui vous sont aujourd'hui soumises. La deuxième raison est que nous vous avons dit que nous croyons que ces textes réglementaires constituent une base juridique solide de la dépense. Enfin, la situation à laquelle conduit la solution retenue par le juge des comptes nous paraît en pratique déraisonnable. Dès lors que le service a été fait, il nous paraîtrait quelque peu excessif de reconnaître un préjudice financier pour l'organisme public qui reconnaît lui-même s'être fourvoyé en ne prenant pas la délibération en cause et qui manifeste la volonté non équivoque de régulariser la situation.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc annuler ces deux arrêts pour erreur de droit, dans la mesure où ils sont contestés, et renvoyer les affaires à la Cour des comptes.

3. Nous en venons maintenant à l'affaire n°431393. M. R..., comptable de la commune de Bar-le-Duc, a accepté d'engager au titre de l'exercice 2013, pour une somme totale de 14 300 euros, des dépenses correspondant au paiement d'une « prime de services partagés » rémunérant une activité accessoire réalisée par des agents au profit de la commune. La chambre régionale des comptes d'Alsace, Champagne-Ardenne, Lorraine a constitué M. R... débiteur envers cette commune de cette somme. Le ministre de l'action et des comptes publics se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 11 avril 2019 par lequel la Cour des comptes a rejeté l'appel formé par M. R... contre ce jugement.

Ce qui est en cause dans cette affaire est une délibération du conseil municipal de Bar-le-Duc du 14 février 2013 instituant une prime mensuelle dite de services partagés versée à des agents de la communauté de communes « Bar-le-Duc Meuse » exerçant une activité accessoire au profit de la commune de Bar-le-Duc. Le comptable s'est fondé sur cette délibération mais il lui est reproché de n'avoir pas demandé la production d'arrêtés d'engagement. En l'espèce toutefois, les postes mentionnés dans la délibération ne pouvaient avoir qu'un seul titulaire.

Il résulte de la combinaison des dispositions du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable public, de l'article D. 1617-19 du code général des collectivités territoriales et de la rubrique 2163 de l'annexe I à ce code, que le comptable, lorsqu'il procède au premier paiement d'une indemnité rémunérant une activité publique accessoire, doit exiger au titre des pièces justificatives la production de l'arrêté individuel d'engagement de l'agent concerné si la délibération de l'organisme public posant le principe ne le désigne pas

nommément. Ces pièces ne sont plus à produire, lors des paiements ultérieurs, si elles l'ont été lors du premier paiement.

Dès lors, la Cour des comptes ne nous semble pas avoir commis d'erreur de droit en retenant que le comptable avait effectivement manqué à ses obligations en ne vérifiant pas l'existence d'actes d'engagement. Même si cette position est formaliste, compte tenu de ce que les fonctions visées par la délibération ne peuvent être occupées par un seul agent, nous croyons que sur le terrain du manquement il est important de conserver une lecture stricte des pièces que le comptable doit vérifier.

En revanche, il en va différemment selon nous en ce qui concerne l'appréhension du préjudice financier subi par la personne publique. Au regard des critères déjà développés ci-dessus, il n'y a aucun doute, en l'espèce, sur le service fait ni sur l'intention de l'ordonnateur. Reste alors à savoir s'il existe un fondement juridique à la dépense.

Il nous semble que sur ce point, il y a moins lieu à hésitation que dans les affaires précédentes. La délibération du 14 février 2013 arrêta le principe du versement de la prime en cause, énumérait les fonctions rendant éligibles à cette prime et en fixait le montant. Dans la mesure où il est constant que chacune des fonctions énumérées par la délibération était occupée par un seul agent de la communauté d'agglomération, nous n'avons pas de mal à penser pour notre part que cette délibération pouvait bien être regardée comme fondant juridiquement les dépenses en litige. Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt de la Cour des comptes pour erreur de droit.

Et par ces motifs, nous concluons à l'annulation des arrêts, dans la mesure où ils sont contestés en ce qui concerne les deux premières affaires, et au renvoi des affaires à la Cour des comptes.