

LA COUR DE DISCIPLINE BUDGÉTAIRE ET FINANCIÈRE ET LES
IRRÉGULARITÉS FINANCIÈRES DANS LE DOMAINE DES MARCHÉS PUBLICS

Mémoire de recherche pour l'obtention du diplôme de Master Droit public
parcours Finances et fiscalité publiques

Présenté et soutenu par

Alpha DIAKITÉ

Sous la direction de Madame **Stéphanie DAMAREY**, Professeure des
Universités

Année universitaire 2021-2022

REMERCIEMENTS

La concrétisation de ce travail de recherche n'a été possible qu'avec le concours de certaines autorités et personnes.

Ainsi, je remercie la professeure Stéphanie Damarey qui, en plus de diriger ce travail, a toujours fait montre de disponibilité.

Je remercie ensuite messieurs Hugo Devillers* et Thierry Savy*, et le Conseil de discipline budgétaire et financière de Madagascar, pour avoir répondu favorablement à mes interrogations.

Mes remerciements vont également au service Prêt entre Bibliothèques (PEB) de l'Université de Lille, qui m'a assisté dans mes recherches documentaires.

Qu'il me soit aussi permis de remercier toutes les personnes qui, de près ou de loin, m'ont aidé à un endroit précis de ce mémoire.

Enfin, j'exprime ma gratitude à mes parents pour leur soutien indéfectible.

* Maître de conférences en droit public, Université Sorbonne Paris Nord.

* Conseiller maître, Secrétaire général de la Cour de discipline budgétaire et financière.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire de recherche ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

TABLES DES ABRÉVIATIONS

REVUES ET ÉDITEURS

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics
AJCT	Actualité juridique des collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AJFP	Actualité juridique de la fonction publique
Arch. Phil droit.	Archive de philosophie du droit
BJCL	Bulletin juridique des collectivités territoriales
BJS	Bulletin Joly Sociétés
CJLP – JDCP	Comparative law journal of the Pacific
Gest. Fin. Pub.	Gestion & Finances publiques
JCP A	La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
PUF	Presses universitaires de France
PUAM	Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses universitaires de Rennes
Rev. admin	Revue administrative
RDP	Revue de droit public
RDS	Revue droit des sociétés
RFAP	Revue française d’administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFFP	Revue française de finances publiques
RJEP	Revue juridique de l’économie publique
Rev. Trésor.	Revue du Trésor
RLC	Revue Lamy concurrence
RSLF	Revue de science et de législation financière
RLCT	Revue Lamy collectivités territoriales
RPS	Revue pénale suisse
Rép. pén. Dalloz.	Répertoire de droit pénal Dalloz
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTDCiv.	Revue trimestrielle en droit civil

TEXTES

C. pén.	Code pénal
CCP	Code de la commande publique
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme
CGFP	Code général de la fonction publique
CJF	Code des juridictions financières
CMP	Code des marchés publics

JURIDICTIONS

C. comptes	Cour des comptes
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CDBF (France)	Cour de discipline budgétaire et financière
CDBF (Madagascar)	Conseil de discipline budgétaire et financière
CE	Conseil d'État
CE, ass.	Conseil d'État, Assemblée plénière
CE, Sec.	Conseil d'État, Section
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Ch. DBF (Maroc)	Chambre de discipline budgétaire et financière
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CRC	Chambre régionale des comptes
CRTC	Chambre régionale et territoriale des comptes
TA	Tribunal administratif

ABRÉVIATIONS USUELLES

Art.	Article
BOAMP	Bulletin officiel des annonces des marchés publics
BOCP	Bulletin officiel de la comptabilité publique
Circ.	Circulaire
Conclu.	Conclusion
<i>c/</i>	contre
DAJ	Direction des affaires juridiques
DC	Décision de conformité
dir.	sous la direction
Doc. Fr.	La Documentation française
éd.	édition
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
in	dans
infra	ci-dessous
JO	Journal officiel
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
MAPA	Marchés publics à procédure à adaptée
n°	numéro
obs.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité
Rec. Cour des comptes	Recueil Cour des comptes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
ROD	Rapport d'observations définitives
s.	suivants

t.
UEMOA
v.
vol.

tome
Union économique et monétaire ouest-africaine
voir
volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	2
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE :

LE CARACTÈRE PROTÉIFORME DES IRRÉGULARITÉS FINANCIÈRES

CHAPITRE 1 : UNE COMPÉTENCE MATÉRIELLE REPOSANT SUR LA RÉGULARITÉ FINANCIÈRE ET LES RÈGLES DE GESTION	10
--	----

CHAPITRE 2 : UNE INTERCONNEXION INÉVITABLE DES FINANCES PUBLIQUES ET DES MARCHÉS PUBLICS	23
---	----

DEUXIÈME PARTIE :

DE LA RESPONSABILITÉ FINANCIÈRE À LA POSSIBLE MISE EN ŒUVRE D'AUTRES RESPONSABILITÉS

CHAPITRE 1 : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ FINANCIÈRE DES GESTIONNAIRES PUBLICS.....	51
--	----

CHAPITRE 2 : LA POSSIBLE MISE EN ŒUVRE D'AUTRES RESPONSABILITÉS DES GESTIONNAIRES PUBLICS.	73
---	----

CONCLUSION.....	101
-----------------	-----

BIBLIOGRAPHIE	107
---------------------	-----

TABLE DES JURISPRUDENCES ET DÉCISIONS CITÉES.....	117
---	-----

TABLE DES MATIÈRES	123
--------------------------	-----

INTRODUCTION

« La Cour de discipline budgétaire et financière a construit, depuis ses premiers arrêts, une vaste jurisprudence relative aux contrats et marchés publics [...] »¹. Elle forme avec les marchés publics « un couple passionnel »². Son existence se justifie par le fait qu'il manquait un système de responsabilité qui n'est ni politique, ni civil, ni disciplinaire *lato sensu* encore moins pénal. En outre, dans une large mesure, il fallait sonner le glas de l'irresponsabilité financière dont ont trop longtemps bénéficié les ordonnateurs. En effet, responsabiliser financièrement, étant comme le souligne monsieur Thébault³, l'un des principes de la bonne gouvernance financière publique.

Un système de responsabilité « *sui generis* » sera donc créé à travers la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948. La consécration d'une telle responsabilité apparaît comme un rempart contre la mauvaise gestion⁴. Les infractions et les sanctions pour lesquelles la Cour est compétente sont consacrées aux articles L. 313-1 à L. 313-7-1 et L. 313-12 du code des juridictions financières (CJF).

Adulée par les uns dès sa création, qui la considéraient comme « une institution parfaitement viable qui par le seul fait de son existence et la crainte qu'elle inspire prévient beaucoup d'infractions »⁵, elle fait dorénavant l'objet de commentaires peu amènes par d'autres qui la qualifient de « tigre de papier »⁶, la Cour de discipline budgétaire, dénommée Cour de

¹ SITBON Patrick, « La CDBF et les contrats publics : de la sanction au rappel de la norme », *ACCP*, n° 116, 2011, p. 25-29.

² FROMONT Simon, *Le droit des marchés publics à l'épreuve du droit public financier*, Thèse de doctorat, Droit public, Lille 2, p. 155.

³ THÉBAULT Stéphane, « La responsabilité des gestionnaires : responsabilité managériale et responsabilité juridictionnelle, approche comparée », in BOUVIER Michel (dir.), *La bonne gouvernance des finances publiques dans le monde*, LGDJ, 2009, p. 283-289.

⁴ FLIZOT Stéphanie, « La création de la Cour de discipline budgétaire et financière », in BEZES Philippe, DESCAMPS Florence, KOTT Sébastien et al. (dir.), *L'invention de la gestion des finances publiques. Vol. II : Du contrôle de la dépense à la gestion des services publics (1914-1967)*, IGPDE, 2013, p. 347-380.

⁵ BERTRAND Léon, « La Cour de discipline budgétaire : bilan d'une première décennie et perspectives d'avenir », *Bulletin de l'Économie et des Finances*, vol. 13, 1961, p. 6-22 cité par PEYEN Loïc, « Pour une véritable éthique financière : Le renforcement de la Cour de discipline budgétaire et financière », *Gest. Fin. Pub.*, n° 6, 2017, p. 25-34.

⁶ POUJADE Bernard, « La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux », *AJDA*, 2005, p. 703-708 ; v. aussi VEDEL Georges, « La responsabilité des administrateurs devant la Cour de discipline budgétaire et financière », *RSLF* 1949, p. 115.

discipline budgétaire et financière depuis la loi de finances rectificative n° 63-778 du 31 juillet 1963 est la « gardienne des règles qui régissent l'utilisation de l'argent public et des principes de bonne gestion⁷ ». Elle est une juridiction administrative spécialisée de nature répressive⁸ créée dans l'objectif de répondre « au souci de ne pas laisser impunies les fautes de gestion des ordonnateurs⁹ ».

En réalité, la Cour a juridiction sur tous les agents intervenant dans la gestion publique et non sur les seuls ordonnateurs. Ce propos se vérifie notamment par le fait qu'elle peut aussi juger les comptables publics, mais dans un régime distinct de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public. Depuis sa création, dix-sept de ses décisions impliquent les comptables publics. Parmi ces différentes affaires, 3/5^e ont fait l'objet d'une condamnation et 2/5^e ont fait l'objet d'une relaxe¹⁰. L'une des récentes décisions en la matière est celle du 10 janvier 2022, dans laquelle la CDBF¹¹ condamne le comptable public sur le fondement de l'article L. 313-4 du CJF. En effet, elle a jugé que « s'il ne revenait pas au comptable public de payer de sa propre initiative les charges sociales, il lui appartenait, au titre de la vérification de la bonne tenue de la comptabilité des EHPAD Saint-Luc et Sainte-Marie, de constater une absence de reversement des cotisations salariales et de paiement des charges sociales patronales, afférentes aux rémunérations des personnels, ou un mandatement manifestement insuffisant, de le signaler à l'ordonnateur et le cas échéant à sa hiérarchie ». Par cet arrêt, la CDBF a eu l'occasion de préciser le devoir professionnel du comptable public¹².

Qu'il s'agisse du comptable public ou de l'ordonnateur, tous ont des rôles bien déterminés, notamment dans le domaine des marchés publics. Ces derniers sont un moyen par lequel les États vont mettre en œuvre leur politique de développement¹³. Les marchés publics

⁷ CDBF, rapp. d'activité, 2015, p. 9.

⁸ CDBF, rapp. d'activité 2019, p. 7.

⁹ BREYTON Marc, VIEILLEVILLE Jacques, *Guide de l'élu local, présentation des risques de gestion*, Dalloz, 1995, p. 83 cité par DAMAREY Stéphanie, *Droit public financier : finances publiques, droit budgétaire, comptabilité publique et contentieux financier*, 2^e éd, 2021, p. 1131.

¹⁰ SAVY Thierry, *La responsabilité des gestionnaires publics dans le domaine des marchés publics* [entretien], mené par DIAKITÉ Alpha, visioconférence, 18 mai 2022.

¹¹ CDBF, 10 janv. 2022, n° 255-827, *Établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) Saint-Luc de Castelnau-Montratier et Sainte-Marie de Montcuq*.

¹² CHOQUET Maud et PÉHAU Nicolas, « La CDBF précise le devoir professionnel du comptable », *AJDA*, 2022, p. 628-637.

¹³ DJILA Rose, « Libres propos sur la sanction pénale de la violation des procédures de passation des marchés publics au Cameroun », *RSC*, 2014, p. 461.

sont une dépense¹⁴ dans leur dimension financière, alors que dans leur dimension administrative, ils constituent des contrats¹⁵. De par leur dimension financière, il y aurait une interconnexion entre les finances publiques et les marchés publics. D'ailleurs, le professeur Linditch¹⁶ soulignait à cet égard que « pas de crédits, pas d'achat public ».

D'un autre côté, une partie de la doctrine rappelait que « les marchés publics et les milliards qu'ils draineraient chaque année ont été au cœur des “affaires” qui ont éclaboussé le monde politique et économique. L'évolution législative a conduit à l'émergence et à la répression des comportements qui, jusque-là, bien que connus pour la plupart, échappaient au contrôle et à la sanction [...]»¹⁷.

Outre le juge administratif de droit commun et le juge pénal, le juge financier, à l'instar du juge de la discipline budgétaire et financière intervient dans le domaine des marchés publics. Le code des juridictions financières (CJF) qui fonde les infractions sur lesquelles la Cour a compétence ne comporte pas, à proprement parler, la terminologie « irrégularités financières », encore moins les mots « marchés publics ».

Le législateur français a fait le choix d'une formulation plutôt générique tel qu'il ressort des dispositions de l'article L. 313-4 du CJF. Celui-ci dispose que « toute personne visée à l'article L. 312-1 qui, en dehors des cas prévus aux articles précédents, aura enfreint les règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'État ou des collectivités, établissements et organismes mentionnés à ce même article ou à la gestion des biens leur appartenant ou qui, chargée de la tutelle desdites collectivités, desdits établissements ou organismes, aura donné son approbation aux décisions incriminées sera passible de l'amende prévue à l'article L. 313-1 ».

¹⁴ NDINGA Crépin, *Le contrôle du juge financier sur les marchés publics locaux*, Thèse de doctorat, Droit public, Nanterre, 2017, p. 127.

¹⁵ CABALLERO Horace, *Le contrôle des marchés publics*, Thèse de doctorat, Droit public, Paris 2, 1989, p. 37.

¹⁶ LINDITCH Florian, « Finances publiques et Commande publique, dialogue et dépassements », in BAUDU Aurélien, CLIQUENNOIS Martine, DUSSART Vincent et al. (dir.), *Écrits de droit public, financier et constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Michel LASCOTTE*, Paris, Dalloz, 2020, p. 223-232.

¹⁷ FENECH Georges et PETIT Philippe, *La moralisation des marchés publics*, PUF, 1998, p. 9.

Toutefois, force est de constater que certains pays, comme le Maroc, ont plutôt opté pour des formulations précises, visant très clairement les marchés publics. En effet, l'article 54 de la loi n° 62-99 formant code des juridictions financières (Maroc) énumère une série de douze infractions, à savoir « tout ordonnateur, sous-ordonnateur ou responsable ainsi que tout fonctionnaire ou agent placé sous leurs ordres ou agissant pour leur compte, et ce dans l'exercice de leur profession, a enfreint la réglementation relative aux marchés publics¹⁸ ».

Cependant, rappelons qu'en France, malgré cette absence de renvoi direct aux marchés publics ou de manière générale, au droit de la commande publique par le code des juridictions financières, le juge du Palais Royal¹⁹ a indiqué dans un arrêt que les règles figurant à l'article L. 313-4 du CJF ne sont pas détachables d'une procédure d'exécution de dépenses publiques, telle que celle du code des marchés publics. Par conséquent, l'inobservation d'une règle en matière de marchés publics entraînera la condamnation du gestionnaire public sur le fondement de l'article L. 313-4 du CJF. Ainsi, la stipulation contractuelle constitue la « règle d'exécution des recettes ou des dépenses²⁰ ». C'est sur le fondement de cet article que la CBDF prononce l'essentiel des sanctions en cas d'irrégularités financières.

Étymologiquement, l'irrégularité dérive du latin « *irregularitas* ». Selon le Larousse, il s'agit d'une action contraire à la loi ou au règlement. Autrement dit, le constat d'une irrégularité est la conséquence de l'existence d'actes non conformes aux règles²¹. Elle revêt le qualificatif « financière » lorsqu'elle va porter atteinte aux règles protégeant les finances publiques. Au vu de la complexité de la commande publique et de l'instabilité des textes qui en découlent, de nombreuses irrégularités sont susceptibles d'être commises. On entend par marchés publics, « les contrats conclus à titre onéreux par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution des travaux, la fourniture de produit ou la prestation de service²² ».

¹⁸ Sous réserve de l'article 52 dudit code.

¹⁹ CE, Sec., 7 juill. 1978, n°94837, *Massip*.

²⁰ DEVILLERS Hugo, « Responsabilité des gestionnaires publics devant la Cour de discipline budgétaire et financière et contrats publics », *Gest. Fin. Pub.*, 2018, p. 83-93.

²¹ VEZINAT Nadège, « Catégorisation des irrégularités et différenciation des sanctions », *Terrains Trav.*, 2013, p. 77-94.

²² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

À la lecture de ces dispositions, il ressort trois grandes catégories de marchés, à savoir les marchés publics de travaux²³, les marchés publics de fournitures²⁴ et les marchés publics de prestations de services²⁵. Notre étude sera donc focalisée sur ces trois types de marchés publics.

Par ailleurs, le lecteur qui suit l'actualité relative au droit des finances publiques sait qu'avec la mise en place du régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics²⁶, la CDBF vit ses derniers moments. Ainsi, l'intitulé du présent travail de recherche peut susciter des interrogations.

De manière prosaïque, l'idée est de faire connaître l'activité de la Cour, mal connue, selon monsieur Didier Migaud²⁷, ancien Premier président de la Cour des comptes. Certes, si le juge administratif de droit commun sanctionne les irrégularités constatées dans le domaine des marchés, il ne faut pas occulter le rôle non négligeable du juge financier, notamment celui de la CDBF dans ce domaine.

De surcroît, bien que factuel, outre le fait d'étudier la jurisprudence classique de la Cour, ce travail inclut de nombreux éléments d'actualité. Raisonnant de manière hypothétique tout en s'appuyant sur la doctrine financière, il livre une analyse sur ce à quoi pourrait ressembler le nouveau contentieux financier.

Si les procédures de passation et d'exécution des marchés publics obéissent logiquement aux prescriptions du code de la commande publique, il faut avoir à l'esprit que certaines règles relatives aux finances publiques vont également trouver à s'appliquer. La méconnaissance de celles-ci peut entraîner des poursuites devant la Cour. Si les faits sont insuffisamment caractérisés, cela peut donner lieu à des décisions de classement sans suite. Dans le cas inverse, selon les circonstances de l'espèce, la personne est alors renvoyée devant la Cour. Elle peut toutefois faire l'objet de relaxe ou être dispensée de peine. Concrètement, la méconnaissance

²³ CCP art. L1111-2.

²⁴ CCP art. L1111-3.

²⁵ CCP art. L1111-4.

²⁶ V. Ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics.

²⁷ MIGAUD Didier, « Audience solennelle de rentrée », Cour des comptes, [en ligne], 22 janv. 2018, [Consulté le 17 juill. 2022], disponible sur <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-01/20180122-DM-Audience-solennelle.pdf>.

des règles relatives à l'exécution des dépenses et des recettes n'entraîne pas automatiquement la condamnation de la personne poursuivie. Ainsi que dispose l'article L. 313-9 du CJF « les personnes visées à l'article L. 312-1 ne sont passibles d'aucune sanction si elles peuvent exciper d'un ordre écrit de leur supérieur hiérarchique ou de la personne légalement habilitée à donner un tel ordre, dont la responsabilité se substituera dans ce cas à la leur, ou donné personnellement par le ministre compétent, dès lors que ces autorités ont été dûment informées sur l'affaire ». L'ordre écrit doit toutefois être explicite, manifeste et certain²⁸.

En l'absence d'un ordre écrit, si les circonstances le justifient, le gestionnaire public engage sa responsabilité financière devant la Cour. La mise en œuvre de cette responsabilité peut notamment être due, comme dans le cas d'espèce, à la fois au non-respect des prescriptions de la commande publique et la législation financière. Ainsi, appréhendé *stricto sensu*, le droit de la commande publique étant différent du droit des finances publiques, se pose la question de savoir en quoi la violation des règles applicables en matière de marchés publics peut être constitutive d'irrégularités financières, entraînant des poursuites et éventuellement des sanctions notamment devant la Cour de discipline budgétaire et financière ?

Au vu de l'intitulé du sujet, la première méthode a consisté à collecter quasiment toute la jurisprudence de la Cour, notamment dans le domaine des marchés publics. Il s'est agi dans un deuxième temps de rassembler les travaux non juridictionnels du juge des comptes (CRTC, Cour des comptes) dédiés à la commande publique.

Enfin, la méthode comparative a été mise en œuvre, celle-ci étant « un instrument sûr et solide pour la recherche scientifique », écrivait le professeur Eugène Gaudemet²⁹. Dans le même ordre d'idées, en mettant en avant le fait que la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sont composées de juges venant d'autres pays et que leur jurisprudence influence le droit national, monsieur Bouloc³⁰ a souligné le rôle éminent que le droit comparé a acquis ces trente dernières années.

²⁸ CHOQUET Maud et PÉHAU Nicolas, « Exercice de l'État et état de nécessité », *AJDA*, 2022, p. 1325.

²⁹ V. en ce sens PLESSIX Benoît, « Eugène Gaudemet, le comparatiste », in Association Henri Capitant (dir.), *Hommage à Eugène Gaudemet*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 35-48.

³⁰ BOULOC Bernard, « Droit comparé, Bruxelles, Paris, Strasbourg », in *Mélanges en l'honneur de Camille-Jauffret Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 181-190.

Le recours à la méthode comparative dans la présente étude n'est pas anodin dans la mesure où la Cour se prête également à cet exercice. Il suffit de consulter la rubrique « activité internationale » de ses rapports d'activité pour s'en apercevoir. À titre d'illustration, dans son rapport d'activité de 2021, la Cour³¹ indiquait que la France est désormais le seul État à disposer d'un régime de responsabilité duale. Elle met en relief notamment la Tunisie où, depuis 2019, les compétences de la Cour de discipline financière sont désormais transférées à la Cour des comptes. D'autres pays d'Afrique subsaharienne disposent d'une chambre de discipline budgétaire comme c'est le cas du Burkina Faso, de la Guinée, du Sénégal ou d'un Conseil de discipline budgétaire et financière, à l'instar du Cameroun³².

La méthodologie retenue dans le cas d'espèce devrait par conséquent permettre de répondre à la problématique soulevée. Ce qui passe au préalable par l'étude du caractère protéiforme des irrégularités financières (Première partie) pour ensuite aborder la responsabilité financière devant la Cour, laquelle n'exclue pas le déclenchement d'autres types de responsabilités (Deuxième partie).

³¹ CDBF, rapp. d'activité, 2021, p. 68.

³² DJEYA KAMDOM Yves Gabriel, *La responsabilité des ordonnateurs des crédits publics dans le système financier contemporain : étude des droits camerounais et français*, L'Harmattan, Collection « Logiques juridiques », 2021, 632 p.

Première partie

Le caractère protéiforme des irrégularités financières

La compétence matérielle de la Cour repose sur la régularité financière et les règles de gestion (Chapitre 1). Partant de ce postulat, les irrégularités constatées dans le domaine des marchés portent à la fois sur le non-respect des prescriptions de la commande publique et sur le non-respect des règles protégeant les finances publiques. L'interconnexion des finances publiques et des marchés publics semble par conséquent inévitable (Chapitre 2).

Chapitre 1

Une compétence matérielle reposant sur la régularité financière et les règles de gestion

Les irrégularités ne concernent pas un domaine précis. En effet, elles sont susceptibles de concerner le droit de la comptabilité publique, le droit de la commande publique, etc. C'est la raison pour laquelle il est opportun d'étudier la notion d'irrégularités financières qui, dans la plupart des cas, n'est autre que la conséquence de la méconnaissance des règles budgétaires (Section 1). En outre, parallèlement aux irrégularités financières, force est de constater que la position jurisprudentielle récente de la Cour fait de plus en plus expressément référence à la faute de gestion notamment dans le domaine des marchés publics (Section 2). Cela n'est pas sans rappeler qu'il y aurait une véritable imbrication entre les fonctions de direction et les prescriptions des marchés publics (Section 3).

Section 1. Le constat de l'irrégularité financière, conséquence d'une méconnaissance des règles budgétaires

Un tel constat ne peut être fait sans l'étude préalable de la notion de règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses (§1) afin d'envisager ensuite la délicate distinction des notions d'irrégularités financières et de fautes de gestion (§2) d'autant plus qu'au regard de l'intitulé de la loi portant création de la Cour, celle-ci a été créée pour sanctionner les fautes de gestion des ordonnateurs.

§ 1. La notion de règles d'exécution des recettes et des dépenses

Il n'existe pas à proprement parler de définition légale de la notion de règles d'exécution des recettes et des dépenses. La jurisprudence de la Cour démontre que c'est une notion qui couvre un large périmètre³³. Vu le large champ qu'elles couvrent, les professeurs Lascombe et Vandendriessche³⁴ ont qualifié cette notion « d'attrape-tout ».

Le juge du Palais Royal³⁵ fait le même constat, lorsqu'il indique que les règles relatives à l'exécution des dépenses de l'État « couvrent non seulement celles qui régissent les actes d'engagement, de liquidation et d'ordonnancement des dépenses, mais également les dispositions législatives ou réglementaires édictant des prescriptions qui ne sont pas détachables d'une procédure d'exécution des dépenses publiques ». Dans le même sens, la CDBF³⁶ a précisé que « la notion de recette et de dépense doit être entendue en dehors de toute référence aux règles de la comptabilité publique, en fonction des activités propres de cet organisme ». L'arrêt rendu par la Cour le 26 juillet 2018³⁷ donne un aperçu général de ce qu'est une « règle ». En l'espèce, l'association MP2013 s'était dotée d'un vade-mecum « achat » en septembre 2011, qui comportait des obligations pesant sur l'association en matière de marchés publics, issues de

³³ DESCHEEMAEKER Christian, « La responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales », *RFFP*, n° 43, 1993, p. 49-62.

³⁴ LASCOMBE Michel, VANDENDRIESSCHE Xavier, « Responsabilité des dirigeants devant la CDBF – défaillances des entreprises publiques : responsabilité des dirigeants ou de l'État ? », *RJEP*, n° 660, 2009, comm. 3.

³⁵ CE, 7 juill. 1978, *Massip*, préc.

³⁶ CDBF, 11 déc. 1980, n°41-114, *Caisse centrale de crédit coopératif*; v. aussi LASCOMBE Michel et VANDENDRIESSCHE Xavier, « La responsabilité financière des entreprises publiques », obs. sous CDBF, 24 févr. 2006, Société Altus Finance, 2^e arrêt, *RFDA*, 2006, p. 624.

³⁷ CDBF, 26 juill. 2018, n° 221-776, *Association Provence 2013-Capitale européenne de la culture (MP2013)*; v. aussi CDBF, rapp. d'activité, 2019, p. 39.

l'ordonnance du 6 juin 2005 (désormais abrogée) et de son décret d'application. Malgré le fait que le vade-mecum n'a pas fait l'objet d'adoption formelle par les instances de l'association, mais qu'il a néanmoins été soumis à son comité d'audit, la Cour a considéré « qu'il doit être ainsi regardé comme comportant des règles internes s'imposant aux dirigeants et aux agents de l'association ». Toutefois, la Cour indique « [...] que si la commission permanente des programmes et de la prospective a débattu le 24 mars 2009 des cas dans lesquels ces prêts pouvaient être attribués, les orientations retenues n'ont pas le caractère de règles de nature à encadrer le pouvoir de décision du conseil d'administration sur avis conforme de la commission [...] ».

Pour constater le non-respect de l'article L. 313-4 du CJF, la Cour vérifie le caractère exécutoire. C'est ainsi que critiquant l'approche de la juridiction financière dans cette espèce, la professeure Damarey³⁸ relève que la vérification du caractère exécutoire semble faire défaut puisque le vade-mecum n'a pas été adopté formellement, avant de conclure qu'il ne pouvait servir de fondement pour constater la violation des règles d'exécution des dépenses de l'association MP2013.

Au vu de l'interprétation extensive que la Cour a l'habitude de faire, il y a eu quelques tentatives de restreindre le champ d'application de l'article L. 313-4 du CJF. L'espèce « CCI de La Rochelle³⁹ » illustre ce constat. Dans cette affaire, concernant les irrégularités relatives à certains marchés, la Cour a jugé que « le commencement d'exécution de ces marchés avant leur notification en violation de l'article 81 du CMP, constitue une infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses nonobstant le fait que cette irrégularité serait sans conséquence sur la licéité du contrat et sans effet à l'égard des personnes non-parties au contrat ».

Ce considérant de la Cour fait suite à l'argument de la défense, qui arguait que si la Cour peut se prononcer sur les marchés en cause, il faut toutefois que l'irrégularité constatée ait une conséquence sur la licéité du contrat ou des effets à l'égard des parties. La Cour a rejeté cet argument, confirmant ainsi sa position classique à savoir, au stade de l'exécution des marchés

³⁸ DAMAREY Stéphanie et VANDENDRIESSCHE Xavier, « Chronique de jurisprudence financière », *Gest. Fin. Pub.*, n° 6, 2018, p. 147-160.

³⁹ CDBF, 4 févr. 2021, n° 247-779 II, *Chambre de commerce et d'industrie de la Rochelle* – 2^e arrêt.

publics, l'article L. 313-4 du CJF s'applique. Par conséquent, quand on parle de cet article, on ne vise pas uniquement les conditions de passation, il est question d'une interprétation large.

Cette interprétation de la Cour se vérifie encore dans d'autres espèces⁴⁰, où elle a considéré une stipulation conventionnelle comme une règle d'exécution des dépenses dont la méconnaissance tombe sous le coup de l'article L. 313-4 du CJF. À titre d'illustration, dans l'espèce « CCI Nice-Côte d'Azur⁴¹ » où sept employés avaient été licenciés moyennant une « indemnité transactionnelle », la Cour indique « que dès lors, la durée totale de ses services au sein de la CCINCA étant inférieure à cinq années, M. A... pouvait prétendre à une indemnité égale à six mois de traitement soit 88 404 € ; que le versement de 176 808,17 € dont il a bénéficié excède le montant maximum autorisé ; qu'il en résulte que ce versement fondé sur des stipulations conventionnelles contraires au statut est lui-même irrégulier ».

Dans le même ordre d'idées, elle a jugé dans une autre espèce que les établissements publics étant soumis au principe de spécialité⁴², qu'une convention conclue en violation du principe de spécialité est constitutive d'une infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses. Il en est de même d'un mandat établi sur le fondement de pièces justificatives, qui ne correspondent pas aux termes de la convention⁴³. Cette dernière portait sur l'imputation des frais de déplacement et de secrétariat « dans la limite de 20 % du coût du temps passé par les chargés de mission ». Ce considérant vient confirmer l'idée selon laquelle, la notion de règles d'exécution des recettes et des dépenses ne fait pas uniquement référence au droit de la comptabilité publique.

Au vu de l'intitulé de la loi portant création de la CDBF, le président Descheemaeker⁴⁴ écrivait que celui-ci est trompeur puisque « les principales infractions définies par la loi consistent, pour l'essentiel, en violations des prescriptions législatives, réglementaires ou contractuelles ». Ce faisant, qu'en est-il de la réalité ? On constate pourtant que la Cour

⁴⁰ CDBF, 30 nov. 1988, n° 77-224, *Office national de la navigation*.

⁴¹ CDBF, 23 juill. 2009, n° 168-622, *Chambre de commerce et d'industrie (CCI) de Nice-Côte d'Azur*.

⁴² Le principe de spécialité renvoie au fait qu'un établissement public ne peut se livrer à des activités excédant le cadre des missions qui lui ont été assignées par les textes qui l'ont institué, nous dit la Cour.

⁴³ CDBF, 22 déc. 2010, n° 173-666, *Chambre régionale d'agriculture de Midi-Pyrénées*.

⁴⁴ DESCHEEMAEKER Christian, « La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion », *Rev. Trésor*, n°4, 1994, p. 319-327.

sanctionne de plus en plus les irrégularités financières formelles. La faute de gestion et l'irrégularité financière semblent ainsi délicates à distinguer.

§ 2. La délicate distinction des notions d'irrégularités financières et de faute de gestion

Du point de vue du droit public financier, la faute de gestion peut être définie comme « un manquement aux obligations professionnelles des agents engageant les finances publiques⁴⁵ ».

La faute de gestion est l'une des notions qui, non seulement fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales⁴⁶, mais aussi celle qui pose le plus de difficultés à la Cour, écrivait le professeur Saïdj⁴⁷. Par ailleurs, il faut aussi rappeler que la faute de gestion n'existe pas à proprement parler dans les textes, elle a été forgée par la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière⁴⁸.

La Cour dans l'espèce « Bureau de recherches minières en Algérie⁴⁹ » a eu l'occasion de distinguer la faute de gestion de l'irrégularité. Concrètement, d'une part, elle évoque le caractère irrégulier de certaines décisions des personnes renvoyées, et d'autre part, l'insuffisance grave et prolongée du contrôle qui leur incombait.

Certains commentateurs de l'activité de la CDBF ont aussi tenté de distinguer les deux notions. Ainsi, l'irrégularité peut être appréhendée, selon le président Descheemaeker⁵⁰, comme « le non-respect d'une disposition législative, réglementaire ou une clause contractuelle » alors que la faute de gestion correspond à « une abstention ou une omission contraire aux principes

⁴⁵ SAUNIER Philippe, « La faute de la gestion dans la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière », *RFDA*, 1992, p. 1055.

⁴⁶ V. GROPER Nicolas et MICHAUT Christian, « Faute de gestion : La CDBF précise l'articulation entre l'amendement Crédit Lyonnais et sa jurisprudence classique », *AJDA*, 2008, p. 2435.

⁴⁷ SAÏDJ Luc, « La responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière », *RLCT*, n° 275, 2009, p. 40.

⁴⁸ DESCHEEMAEKER Christian, « La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion », préc., p. 319-327.

⁴⁹ CDBF, 6 févr. 1962, n°11-34, *Bureau de recherches minières en Algérie (BRMA)*.

⁵⁰ DESCHEEMAEKER Christian, « La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion de gestion », préc., p. 319-327.

constants d'une saine gestion⁵¹ ». Toutefois, comme le soulignent MM. Guilbaud et Péhau⁵², la faute de gestion peut entraîner des irrégularités.

Il faut donc relativiser la portée de la distinction entre ces deux notions. Comme le soulignent certains commentateurs, les règles qui protègent les finances publiques visent dans une large mesure à garantir une bonne gestion⁵³. Monsieur Groper⁵⁴, avocat général à la Cour des comptes, abonde dans le même sens en écrivant que depuis toujours, « la jurisprudence de la Cour est caractérisée par la recherche du lien entre règle et gestion ».

Cette relativisation se constate également à l'international. En effet, des pays comme le Cameroun⁵⁵, la Côte d'Ivoire⁵⁶, le Niger⁵⁷, la Tunisie⁵⁸ utilisent l'expression « faute de gestion » pour évoquer les infractions à la discipline budgétaire et financière⁵⁹. Concrètement, les irrégularités financières sont qualifiées de fautes de gestion. En France, certains auteurs ont pu écrire que la faute de gestion englobe toutes les infractions punissables par la Cour⁶⁰.

Depuis 2018, la Cour fait de plus en plus expressément référence à la faute de gestion. Cette dernière se trouve donc consacrée par la jurisprudence de la Cour.

⁵¹ GUILBAUD David et PÉHAU Nicolas, « Vers une obligation de transparence ? », *AJDA*, 2021, p. 616.

⁵² *Ibid.*

⁵³ GROPER Nicolas et MICHAUT Christian, « La CDBF, juge des gestionnaires publics peut sanctionner les fautes de gestion à certaines conditions », *AJDA*, 2006, p. 1249.

⁵⁴ GROPER Nicolas, « De l'utilité de la CDBF ou De la modernité des sanctions juridictionnelles en matière de finances publiques », in RASÉRA Michel, *La responsabilité du gestionnaire public local*, colloque organisé à Rennes, PUR, 2008, p. 227- 233.

⁵⁵ V. art. 3 de la loi n° 74/18 du 5 déc. 1974 relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants des crédits publics et des entreprises d'État telle que modifiée par la loi n° 76/4 du 8 juill. 1976.

⁵⁶ L'article 90 de loi organique n° 2018-979 du 27 déc. 2018 déterminant les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes dispose que « constitue une faute de gestion toute atteinte à toute loi ou règlement régissant les finances publiques ou toute atteinte à toute loi et à un règlement particulier régissant les autres organismes sous contrôle de la Cour des comptes [...] ».

⁵⁷ L'article 75 de la loi organique n° 2020-035 du 30 juill. 2020 déterminant les attributions, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes dispose que « constitue une faute de gestion, toute violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'État, des collectivités et des autres organismes publics ». Ledit article va plus loin en visant spécifiquement le non-respect des règles du code des marchés publics.

⁵⁸ L'article 1^{er} de loi n° 85-74 du 20 juill. 1985, modifiée par la loi n° 87- 34 du 6 juill. 1987 et complétée par la loi n° 88-54 du 2 juill. 1988 dispose notamment, qu'est considéré comme faute de gestion commise à l'égard de l'État, des établissements publics administratifs ou des collectivités publiques locales « tout acte de gestion passé en infraction à des lois, décrets et règlements applicables en matière d'exécution des recettes et des dépenses de l'État [...] »

⁵⁹ V. en ce sens GROPER Nicolas et MICHAUT Christian, « Faute de gestion : la CDBF précise l'articulation entre 'l'amendement Crédit Lyonnais' et sa jurisprudence classique », *préc.*, p. 2435.

⁶⁰ CHARZAT Jean-Michel, *op cit.*, p. 315.

Section 2. La consécration jurisprudentielle de la faute de gestion

Le fait pour la Cour d'être attentive sur les règles de gestion ou de manière générale, de sanctionner les fautes survenues en matière de gestion est tout sauf une pratique nouvelle. Elle l'a fait dès le lendemain de sa création, comme l'illustrent certains arrêts, sans forcément utiliser la terminologie « faute de gestion⁶¹ ». Ainsi, depuis 2018, force est de constater que la Cour fait de plus en plus expressément référence à cette notion de faute de gestion. À titre d'illustration, dans l'espèce « ENFA⁶² » du 12 octobre 2018, la Cour constate qu'il y a eu une analyse insuffisante des besoins, et que le projet de financement s'est avéré surdimensionné. Plus précisément, elle relève que « pour faire face aux engagements pris pour la construction de la plateforme de recherche, et compte tenu de la situation financière générale de l'école, l'ENFA avait été dans l'obligation de souscrire un emprunt de 1,3 M€. [...] que l'ensemble de ces faits constituaient des manquements multiples et réitérés aux principes de bonne gestion et de préservation des intérêts patrimoniaux de l'ENFA ». La Cour retient ainsi la responsabilité de la directrice d'alors, pour faute de gestion sur le fondement classique de l'article L. 313-4 du CJF. Ce faisant, la Cour reconnaît la faute de gestion dans le domaine de la commande publique. Toutefois, il faut noter que c'est un ensemble d'opérations qui est visé. Autrement dit, c'est le fait de regrouper toutes les opérations en une seule, en l'absence de financements disponibles, qui est sanctionné.

À première vue, les arrêts de la Cour sur la faute de gestion traitent rarement de la commande publique. Quand bien même ils en traitent, ce n'est pas tant la procédure de passation qui est visée, mais plutôt la manière dont le marché a été exécuté et surtout les conséquences de la faute sur l'organisme, comme nous le montre l'espèce « ENFA ».

L'arrêt du 25 janvier 2019⁶³ vient conforter cette position dans laquelle s'est inscrite la Cour depuis 2018. En effet, la Cour a retenu à la fois la responsabilité des trois personnes renvoyées (le président-directeur général, le directeur général délégué et enfin le directeur général adjoint chargé des techniques et des technologies nouvelles) pour agissements directs

⁶¹ CDB, 22 mai 1957, n° 5-22, *Société nationale de constructions aéronautiques du Nord (SNCAN)* ; v. aussi CDB, 17 févr. 1959, *Secrétariat d'État aux forces armées (DCMAT)*.

⁶² CDBF, 12 oct. 2018, n° 223-786, *École nationale de formation agronomique (ENFA)*.

⁶³ CDBF, 25 janv. 2019, n° 228-762, *Radio France : les achats de biens et de services*.

(non-respect des règles de la commande publique), mais aussi pour agissements indirects (manquement au devoir d'organisation, de contrôle et de surveillance). La responsabilité pour agissements directs renvoie à la situation selon laquelle la personne renvoyée a matériellement commis les faits⁶⁴. Parmi les trois personnes renvoyées figurait le président-directeur général, alors que ce dernier avait délégué ses pouvoirs à ses adjoints. La Cour retient néanmoins sa responsabilité au motif « qu'il avait une responsabilité générale de direction de la société impliquant un devoir général d'organisation, de contrôle et de surveillance ».

Dans la continuité de l'élargissement de son office, la Cour a jugé dans deux arrêts⁶⁵ rendus en 2020 que « les manquements aux principes de bonne gestion et à la préservation des intérêts patrimoniaux de l'organisme en cause étaient constitutifs d'une faute de gestion ».

Comme il est mentionné dans le rapport d'activité (2021) de la Cour, ces deux décisions marquent une évolution jurisprudentielle importante, en considérant la faute de gestion comme infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses au sens de l'article L. 313-4 du CJF⁶⁶.

Avec une telle position, il est possible de se demander si la Cour ne va pas loin dans son office. En effet, alors qu'aucune règle légale ou statutaire n'a été enfreinte, elle retient néanmoins la faute de gestion⁶⁷. Ainsi, confortant sa jurisprudence récente, dans l'arrêt « CDC Entreprises⁶⁸ », la Cour a jugé « qu'il ne résulte en aucune manière de l'instruction que le montant des sommes versées au président et au directeur [...] pouvait trouver la moindre justification dans l'objectif général de "fidéliser" les cadres de l'entreprise. Une telle affectation [...] s'est ainsi faite en fonction des intérêts de ses seuls salariés [...] au détriment de son actionnaire public qui a été lésé [...] ». La Cour, poursuivant son raisonnement, a jugé que « ce défaut de préservation des intérêts matériels et patrimoniaux de la Caisse des dépôts et de consignations est constitutif d'une faute de gestion ».

⁶⁴ Certains arrêts de la Cour nous permettent de mieux cerner les contours de ces deux notions. CDBF, 25 mars 1987, n° 64-212, *Mission laïque française et la fondation scolaire et culturelle à vocation internationale* (agissement indirect) ; CDBF, 16 déc. 2003, n° 141-441-497, *Institut national polytechnique de Grenoble (INPG)* (agissement direct).

⁶⁵ CDBF, 9 oct. 2020, n° 243-818, *Fonds de solidarité* ; CDBF, 10 déc. 2020, n° 245-801, *Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des infections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM)*.

⁶⁶ CDBF, rapp. 2021, préc., p. 7.

⁶⁷ V. par exemple SITBON Patrick et MICHAUT Christian, « La faute de gestion, même sans violation d'un texte », *AJDA*, 2013, p. 1625.

⁶⁸ CDBF, 09 mars 2021, n°248-767, *CDC Entreprises – Plans d'attributions gratuites d'actions*.

La conception traditionnelle de la faute de gestion semble aujourd'hui dépassée. Concrètement, la faute de gestion ne concerne plus uniquement le non-respect des règles budgétaires, mais plutôt « le fonctionnement défectueux des services publics⁶⁹ ». Cela se vérifie notamment à travers les cas de négligence que la Cour sanctionne dès lors qu'ils ont engendrés des irrégularités. La décision de la Cour, sur les contrats de vente des sous-marins au Pakistan, constitue une illustration. En effet, dans cette espèce, la Cour⁷⁰ relève d'abord que « le montage financier de l'opération de sous-marins au Pakistan a présenté des défaillances » pour ensuite évoquer les incertitudes liées « au coût prévisionnel de fabrication des sous-marins », mais aussi à « la valeur des prestations liées à l'engagement de transfert de technologie ». La Cour a jugé que ces éléments font peser un risque de déséquilibre important dans l'exécution du contrat. Elle retiendra la responsabilité du directeur pour avoir fait preuve de négligence.

Comme le précisent MM. Groper et Michaut⁷¹, la faute de négligence s'inscrit dans le continuum des « règles » au sens de l'article L. 313-4 ou « obligations » au sens de l'article L. 313-6 du CJF.

Si la négligence est appréhendée prosaïquement comme une faute de gestion en matière de contentieux financier répressif, en droit commercial, le juge judiciaire semble avoir une approche nuancée sur le sujet. Concrètement, dans une affaire portant sur la liquidation d'une entreprise, la cour d'appel d'Angers⁷² a jugé que « la déclaration tardive de l'état de cessation des paiements est une faute de gestion et ne résulte pas seulement d'une simple négligence dès lors qu'est caractérisée la volonté du gérant de poursuivre une activité déficitaire ».

Le principal débat autour de la faute de gestion est qu'elle ne figure pas à proprement parler dans les textes. Concrètement, dans la plupart des cas, elle est uniquement dans les textes de l'organisme en cause. Cela pose par conséquent la question de la légalité des infractions. Le

⁶⁹ SAUNIER Philippe, « La faute de gestion dans la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière », préc., p. 1055 ; v. aussi TOGOLO Odile, *Les fautes de gestion dans le secteur public au Cameroun*, Mare & Martin, 2019, 384 p.

⁷⁰ CDBF, 05 déc. 2008, n°163-493 II, *Ministère de la défense, Direction des constructions navales, contrat de vente des sous-marins Agosta 90 au Pakistan*, 2^e arrêt.

⁷¹ GROPER Nicolas et MICHAUT Christian, « Irrégularités commises lors de la vente de sous-marins par un service de l'État : responsabilité pour négligence », *AJDA*, p. 1261 ; MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « La CDBF sanctionne la faute de gestion de trois directeurs de cabinet de ministre », obs. sous CDBF, 13 juill. 2013, n° 177-684, Rectorat de l'académie de Paris, IAP, *AJDA*, 2011, p. 2462.

⁷² JULLIAN Nadège, « Éclairages sur la distinction entre la faute de gestion et simple négligence (C. com, art. L. 651-2) », obs. sous CA Angers, 18 janv. 2022, n° 17/02316, *BJS*, n° 3, 2022, p. 48-50.

Conseil d'État⁷³ a toutefois rejeté cet argument dans un arrêt du 16 janvier 2008, en considérant que « [...] lorsqu'il est appliqué à des sanctions qui n'ont pas le caractère de sanctions pénales, le principe de légalité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève [...] ».

En tout état de cause, l'approche de la Cour sur la faute de gestion est critiquable dans le sens où comme il est des agissements « inadmissibles » qu'elle n'arrive pas rattacher à un article, notamment l'article L. 313-7-1⁷⁴ du CJF, qui sanctionne la faute grave de gestion commise par les dirigeants d'entreprises publiques, la Cour, partant du postulat selon lequel, il faut prononcer une sanction, va rattacher les agissements en cause à l'article L. 313-4 du CJF — alors que ce dernier vise les infractions relatives aux règles budgétaires⁷⁵. Néanmoins, cet article permet de sanctionner tous les agissements qui apparaissent au regard de la Cour comme « inadmissibles⁷⁶ ». Madame Biscaïno⁷⁷ voit dans la position de la Cour par rapport à la faute de gestion, une approche pragmatique. MM. Michaut et Sitbon⁷⁸ écrivaient à ce sujet que « cette infraction conserve une place de choix dans un univers loïfien où la gestion publique, plus jamais confrontée à l'impératif de performance, s'apparente parfois à une “difficile liberté” ». La professeure Damarey⁷⁹ a quant à elle parlé d'une volonté du juge de la discipline budgétaire et financière d'améliorer son office. L'arrêt du 5 juillet 2022⁸⁰ confirme cette analyse. En effet,

⁷³ CE, 16 janv. 2008, n° 292790.

⁷⁴ Cet article a été introduit dans le CJF par la loi n° 95-1251 du 28 nov. 1995 relative à l'action de l'État dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs. Pour que cet article trouve à s'appliquer il faut l'existence d'un lien de causalité entre les manquements des personnes renvoyées devant la Cour (carences, omissions etc.) et le préjudice subi. Ce qui n'est pas aisé parfois à établir. Pour ne pas rester néanmoins impuni, la Cour va rattacher les faits à l'infraction générique prévue à l'article L. 313-4 du CJF. Les professeurs Lascombe et Vandendriessche ont pu écrire que l'article L. 313-4 du CJF perd graduellement sa force du fait de son extension continue. v. LASCOMBE Michel, VANDENDRIESSCHE Xavier, « Responsabilité des dirigeants devant la CDBF –défaillances des entreprises publiques : responsabilité des dirigeants ou de l'État ? », préc., comm. 3. Par ailleurs, dans l'arrêt France Télécom de 2008, la Cour a préféré rattacher les faits commis à l'article L. 313-4 du CJF en lieu et place de l'article L. 313-7-1 du CJF. v. DEGOFFE Michel, « La Cour de discipline budgétaire et financière réprime les infractions aux règles d'exécution des dépenses par le président de France Télécom », obs. sous CDBF, 25 juill. 2008, France Télécom, *RDS*, 2008, p. 858.

⁷⁵ BASSÈRES Jean et PACAUD Muriel, Responsabilisation des gestionnaires publics, rapport, juill. 2020, p. 75.

⁷⁶ V. PHILIP Loïc, « La Cour de discipline budgétaire et financière », *RSLF*, 1964, p. 757.

⁷⁷ BISCAÏNO Cécile, « Du pragmatisme de la CDBF en matière de faute de gestion », *AJDA*, 2006, p. 697.

⁷⁸ MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « La faute de gestion, même sans violation d'un texte », préc., p. 1625.

⁷⁹ DAMAREY Stéphanie, « Cour de discipline budgétaire et financière, le chant du cygne ? », obs. sous CDBF, 9 oct. 2020, n° 243-828, *Fonds de solidarité* ; CDBF, 10 déc. 2020, n° 245-801, ONIAM, *JCP A*, n° 5, 2021, p. 2041.

⁸⁰ CDBF, 5 juill. 2022, n° 259-816, *Société publique locale de Mayotte (SPL Mayotte 976)*.

la Cour a sanctionné les anciens présidents et directeur général de la « SPL Mayotte 976 » non seulement pour des paiements en l'absence de service fait dans le cadre de quatre marchés, pour avantage injustifié accordé à autrui, mais aussi pour fautes graves dans la gestion de la société.

En pareilles circonstances, deux principales remarques peuvent être formulées. Soit l'activité juridictionnelle du juge financier répressif a inspiré le législateur dans le cadre de la réforme du régime de responsabilité financière des gestionnaires publics, soit le climat général de la réforme de la responsabilité des gestionnaires publics a fait que la CDBF s'est davantage orientée vers cette idée de faute grave couplée au préjudice financier significatif. Soit, à titre subsidiaire, il y a eu une influence réciproque⁸¹. Le rapport public de la Cour (2021) nous fournit quelques éléments de réponse. En effet, au titre des décisions de classement sans suite de la procureure générale, au sujet d'un centre hospitalier, il ressort qu'il y a eu irrégularité formelle, mais que celle-ci n'a entraîné aucun préjudice pour l'établissement⁸². Dans le même ordre d'idées, dans sa décision « INPI » du 27 juillet 2022⁸³, vu la modicité des sommes en cause, la Cour dispensera de peine la personne renvoyée, alors qu'elle reconnaît qu'il y a eu une méconnaissance des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses (L. 313-4) et l'octroi d'avantage injustifié (L. 313-6) du CJF.

En tout état de cause, avec une analyse des règles de gestion combinée à celle des prescriptions de la commande publique, le juge de la discipline budgétaire et financière a rappelé à plusieurs reprises par sa jurisprudence que les fonctions de direction et les prescriptions des marchés publics sont des notions qui s'imbriquent.

⁸¹ Pour plus de détails, v. conclusion.

⁸² CDBF, rapp. d'activité 2021, préc., p. 29.

⁸³ CDBF, 27 juill. 2022, n° 260-802 II, *Institut national de la propriété industrielle (INPI)*, 2^e arrêt.

Section 3. Une imbrication avérée des fonctions de direction et les prescriptions des marchés publics

Très tôt, le juge administratif de droit commun⁸⁴ indiquait qu'il appartient aux chefs de service de prendre « les mesures nécessaires au fonctionnement de leurs services ». Ainsi, les gestionnaires publics, lorsqu'ils interviennent notamment en matière de marchés publics, ne doivent pas conclure de contrats dont les stipulations seraient contraires aux intérêts patrimoniaux de l'organisme dont ils ont la charge. La Cour va sanctionner tout gestionnaire public qui, en n'utilisant pas notamment ses pouvoirs d'organisation, commet une faute de gestion lorsque cela a des incidences sur les deniers publics⁸⁵. Certes, la Cour se refuse à juger de l'opportunité des décisions de gestion, cependant, comme elle le souligne « sa jurisprudence peut l'amener à retenir que des manquements aux principes de bonne gestion et de préservation des intérêts patrimoniaux d'un organisme⁸⁶ ».

En matière de commande publique et de contentieux financier répressif, la Cour, sans ambiguïté aucune, n'hésite pas à rappeler les règles de gestion. Dans un arrêt du 22 novembre 1989⁸⁷, elle a jugé « qu'il appartenait aux représentants d'une société de veiller aux intérêts matériels de l'organisme dont ils assurent la gestion ». Dans une autre affaire, elle a jugé « qu'il appartenait à la personne responsable du marché de veiller à la bonne exécution du marché⁸⁸ ».

De surcroît, dans sa décision Port autonome de Marseille⁸⁹ elle met d'abord en relief « l'absence d'édition de règles ou de procédures internes suffisantes applicables à l'exécution des marchés, de même que l'absence de mise en place d'un dispositif fiable de suivi administratif et financier [...] » avant de poursuivre « que les carences dans les contrôles qui incombaient à la direction des conditions dans lesquelles le marché susmentionné a été exécuté constituent une infraction aux règles d'exécution des dépenses du Port réprimée par l'article L. 313-4 du code des juridictions financières ». De manière comparable, dans l'affaire

⁸⁴ CE, sect., 7 févr. 1936, n°43321, *Jamart*.

⁸⁵ SAUNIER Philippe, « La faute de gestion dans la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière », préc., p. 1055.

⁸⁶ CDBF, 09 mars 2021, préc.

⁸⁷ CDBF, 22 nov. 1989, n°83-238, *Société anonyme "La Signalisation"*.

⁸⁸ CDBF, 26 juin 1992, n°95-248, *Ministère des Postes et télécommunications et de la télédiffusion (PTT)*.

⁸⁹ CDBF, 22 oct. 2012, n°185-692, *Port autonome de Marseille*.

« CHU de Caen⁹⁰ », la Cour nous indique « [...] que le respect des règles du code des marchés publics s'impose aux agents publics [...] » avant de poursuivre, qu'« il appartient aux responsables d'un établissement public de veiller à la mise en place d'une organisation et de procédures garantissant le respect de ces règles ».

Au vu de cette position de la Cour, les fonctions de direction et les prescriptions de la commande publique apparaissent indissociables. L'ordonnateur doit par conséquent s'assurer du respect de la commande publique, quand bien même il aurait délégué notamment sa signature.

En outre, compte tenu de la dimension financière d'un marché public, son interconnexion avec les finances publiques semble inévitable.

⁹⁰ CDBF, 6 oct. 2014, n° 195-686/704, *Centre hospitalier de Caen*.

Chapitre 2

Une interconnexion inévitable des finances publiques et des marchés publics

L'analyse minutieuse de la jurisprudence de la Cour témoigne de l'existence de deux grandes catégories d'irrégularités, celles qui concernent *lato sensu*, la méconnaissance des prescriptions des marchés publics (Section 2) et celles qui sont de nature financière *stricto sensu* (Section 3). Toutefois, avant d'arriver à l'étape consistant à caractériser les irrégularités, il est des cas, aussi rarissimes soient-ils, où la Cour se prononce d'abord sur l'éventuelle applicabilité des prescriptions des marchés publics à l'organisme en cause (Section 1).

Section 1. L'applicabilité des prescriptions des marchés publics à l'organisme en cause

L'article L. 1211-1 du CCP indique que les pouvoirs adjudicateurs sont :

1° les personnes morales de droit public ;

2° les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial :

a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur...

À la lumière de ces critères, ayant été saisie d'une affaire relative à la SOVAFIM, la Cour⁹¹ indique tout d'abord que celle-ci dispose de la personnalité juridique, avant de juger que compte tenu du fait que l'actionnaire unique de la société est l'État, celle-ci se trouvait dès lors dans « une relation de dépendance étroite à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ». Si les deux premiers critères ont été facilement caractérisés, la caractérisation du dernier critère, celui relatif à la satisfaction du besoin d'intérêt général, s'est avérée en réalité délicate, ainsi que le souligne la Cour.

La Cour va d'abord vérifier les statuts de la société, laquelle est, selon elle, un instrument de politique immobilière de l'État. Elle constate que :

- les modalités de transfert des biens vers cette société dérogeaient au droit commun ;
- l'activité de la SOVAFIM (2006-2007) portait sur des biens déterminés par l'État ;

⁹¹ CDBF, rapp. d'activité, 2015, p. 31-35 ; v. aussi MICHAUT Christian et PICARD Jean-Eudes, « L'applicabilité des règles de la commande publique à une société anonyme », obs. sous CDBF, 17 juin 2014, n° 195-69, *Société de valorisation foncière et immobilière (SOVAFIM)*, AJDA, 2014, p. 1603 ; v. aussi BRAMERET Sébastien, « La valorisation ne peut pas se faire au détriment de la concurrence », obs. sous CDBF, 17 juin 2014, n° 193-696, *Société de valorisation foncière et immobilière (SOVAFIM)*, RLC, 2014, p. 32-34

- l'objectif poursuivi était, entre autres, la valorisation et la cession des biens, mais aussi de générer des profits significatifs pour l'État.

Tenant compte de ces critères, la Cour⁹² va conclure sur le fait que la SOVAFIM poursuivait la satisfaction des besoins présentant un caractère autre que commercial, considérant celle-ci dès lors comme un pouvoir adjudicateur.

Il s'agit d'une position classique de la Cour⁹³ puisqu'elle avait retenu la même approche dans d'autres arrêts relatifs aux sociétés d'économie mixte locale.

Si, de par sa jurisprudence, nous constatons que la Cour fait une appréciation rigoureuse des critères posés par l'article L1211-1 du CCP pour qualifier les sociétés d'économie mixte locale (SEML) de pouvoir adjudicateur, il n'en demeure pas moins qu'elles ne sont pas toujours des pouvoirs adjudicateurs. Concrètement, un examen des conditions d'exercice de leur activité peut leur permettre d'échapper aux prescriptions du code de la commande publique (CCP)⁹⁴. On comprend mieux la raison pour laquelle, le juge de la discipline budgétaire et financière, en procédant à la qualification juridique, analyse minutieusement les critères permettant de qualifier une SEML de pouvoir adjudicateur.

De toute manière, dans l'hypothèse où les règles de la commande publique seraient applicables à l'organisme en cause, la Cour procède à un exercice de qualification juridique des faits, qui consiste notamment à caractériser les irrégularités financières *lato sensu*, c'est-à-dire la méconnaissance des prescriptions des marchés publics.

⁹² Monsieur Durand parle à cet effet d'une double peine pour les SEML qui, d'une part sont des entreprises privées et échappent donc à la quasi-régie mais d'autre part sont des pouvoirs adjudicateurs. V. DURAND Guy, « Fin du suspense : une société d'économie mixte locale est (presque) toujours un pouvoir adjudicateur », obs. sous CDBF, 03 déc. 2021, n°254-861, Société anonyme d'économiste locale « TERACTEM », *AJCT*, 2022, p. 216 ; DEVES Claude, « Société d'économie mixte et pouvoir adjudicateur : mode d'emploi. À propos de l'arrêt TERACTEM de la CDBF du 3 déc. 2021 », *JCP A*, n° 16, 2022, p. 2133. Pour un arrêt plus ancien sur la qualification d'une SEM de pouvoir adjudicateur, v. BRAMERET Sébastien, « Gestion d'une société d'économie mixte locale et responsabilité financière des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire et financière », obs. CDBF, 25 nov. 2010, *Société immobilière d'économie mixte de la Ville de Paris (SIEMP)*, *JCP A*, n° 20-21, 2011, p. 2188.

⁹³ CDBF, 3 déc. 2021, n° 254-861, *Société d'économie mixte locale « TERACTEM »*.

⁹⁴ KARPENSCHIF Michaël et SALAMAND Walter, « Économie mixte – Non les SEML ne sont pas toujours des pouvoirs adjudicateurs ! », *Le Moniteur*, 2021.

Section 2. Les irrégularités financières lato sensu : la méconnaissance des prescriptions des marchés publics

Qu'il s'agisse de la phase préparatoire (§1), des procédures de passation (§2) et d'exécution (§3) des marchés publics, la jurisprudence de la Cour relève de nombreuses irrégularités à ces différentes étapes.

§ 1. Les irrégularités constatées lors de l'étape préparatoire du marché

Les principales irrégularités consistent en la définition imprécise du besoin par l'acheteur public (A) ou dans la détermination du prix et à la durée du marché (B). Il faut toutefois préciser que ces dernières découlent de la définition du besoin. Cependant, comme nous le verrons, il arrive que la Cour sépare ces deux éléments.

A. La définition imprécise des besoins

« Le souci d'aboutir rapidement incite parfois les collectivités à négliger les études techniques et financières⁹⁵ ». Ce constat est d'autant réel qu'au regard de la pratique actuelle, nombreux sont les marchés où les besoins sont insuffisamment définis. En effet, un marché public comporte plusieurs phases dont la phase préparatoire consistant à définir préalablement et précisément le besoin.

Une imprécision dans la définition des besoins peut avoir plusieurs conséquences pour l'acheteur public. En matière de contentieux administratif, cela peut conduire à l'annulation d'un marché public. C'est ce qu'a jugé la cour administrative d'appel de Douai⁹⁶ dans son arrêt du 17 janvier 2013. Selon elle « l'imprécision quant à la définition et à l'étendue des besoins à couvrir ainsi qu'à la technique de vidéosurveillance souhaitée, a été de nature à affecter le choix même du cocontractant et à constituer un vice suffisamment grave pour justifier l'annulation du marché ».

⁹⁵ FABRE Francis-Jacques, *Les marchés des collectivités locales*, 2^e éd., Berger-Levrault coll. *L'administration nouvelle*, 1965, p. 23.

⁹⁶ CAA de DOUAI, 1^{re} chambre, 17 janv. 2013, n°12DA00780.

En revenant au contentieux financier répressif, il faut rappeler que la CDBF dispose d'un pouvoir de requalification et non d'un pouvoir d'annulation du marché public. Ainsi, par sa jurisprudence, elle a requalifié certains contrats de « *cost killing*⁹⁷ » et subventions en marchés publics. S'agissant du premier type de contrat, dans un arrêt du 11 octobre 2013⁹⁸, le directeur d'une maison de retraite avait signé des conventions afin de diminuer les charges sociales et fiscales de l'établissement. Selon les termes du contrat, le cocontractant devait être rémunéré à hauteur de 40 %. Cette convention sera requalifiée par la Cour de marché public. Concrètement, il apparaît que préalablement au choix du cocontractant, il n'y a eu ni définition des besoins de la maison de retraite, ni aucune formalité de publicité et de mise en concurrence. La Cour a jugé que le directeur de l'établissement aurait dû respecter les règles de la commande publique.

Pour ce qui est des subventions, dans certaines espèces relatives aux chambres départementales d'agriculture, lesquelles sont soumises au principe de spécialité, comme tous les établissements publics, la Cour⁹⁹ a eu à requalifier les subventions versées par ces dernières, de marchés publics de prestations de services.

Notons que l'un des principaux éléments de distinction entre une subvention et un marché public est le fait que contrairement à ce dernier, une subvention suppose notamment l'absence d'une contrepartie directe pour la personne publique. Toutefois, l'absence de contrepartie ne signifie pas l'absence totale de contrepartie, nuance la professeure Hoepffner¹⁰⁰. Concrètement, poursuit-elle, « la subvention réalise l'intérêt général dont la personne publique versante a la charge d'assurer la réalisation ».

En raisonnant par analogie, les juridictions des comptes, par le truchement de leurs activités non juridictionnelles, critiquent la définition lacunaire des besoins par le pouvoir adjudicateur. Dans son rapport d'observations définitives sur la commune de Mamoudzou, la

⁹⁷ Contrats de réduction des coûts.

⁹⁸ MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « *Le cost killing* n'échappe pas au code la commande publique », *AJDA*, 2013, p. 2547 ; v. aussi POUPEAU Diane, « Les contrats de réduction de coût sont des marchés publics », obs. sous CDBF, 11 oct. 2013, *Dalloz.fr* ; v. aussi CAA Lyon, 22 mars 2022, n° 11LY01452.

⁹⁹ CDBF, 22 mars 2019, n° 231-770, *Chambre départementale d'agriculture de la Gironde* ; CDBF, 14 nov. 2019, n° 237-772, *Chambre départementale d'agriculture du Finistère*. Le juge administratif requalifie aussi la subvention en marchés publics lorsqu'il existe une contrepartie directe visant à satisfaire les besoins de la collectivité. CE, 26 mars 2008, n° 284-412, *Région de La Réunion* ; v. aussi CAA Bordeaux, 21 juin 2011, n° 10BX01717.

¹⁰⁰ HOEPPFNER Hélène, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, p. 287.

CRC de La Réunion¹⁰¹ constate l'absence de définition des besoins de cette collectivité en amont des procédures avant de souligner que « la commune ne fait pas l'effort d'évaluer ses besoins ».

Au demeurant, il faut préciser qu'en cas de difficultés dans la définition du besoin, l'acheteur public a la possibilité de recourir à des accords-cadres, lesquels peuvent déboucher soit à la conclusion d'un marché subséquent, soit à des marchés à bons de commande¹⁰².

Toujours est-il que le besoin est une étape du marché qui ne peut être négligée. En effet, évoquant son importance, le Conseil constitutionnel¹⁰³ a considéré que « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins [...] ».

Cette décision du juge constitutionnel se comprend puisque la définition précise et préalable du besoin permet à l'acheteur de déterminer le type de marché auquel il souhaite recourir et permet également d'estimer le prix. Il se trouve que cette étape comporte des irrégularités.

B. Les irrégularités constatées lors de la détermination du prix du marché

Le prix est un élément non négligeable dans le domaine des contrats. De surcroît, il est « la pierre philosophale des marchés publics [...]»¹⁰⁴. Il revêt deux formes, unitaire¹⁰⁵ et forfaitaire¹⁰⁶. Ainsi, selon le code de la commande publique (CCP), « le prix ou ses modalités

¹⁰¹ CRC Mayotte, ROD, *commune de Mamoudzou, exercice 2014 et suivants, cahier n°2 : la commande publique*, 2018, p. 21 ; v. aussi CRC Centre-Val de Loire, ROD, *Société publique locale Chartes aménagement (Département d'Eure-et-Loir), exercices 2014 et suivants*, 2022, p. 76.

¹⁰² DAJ, « La définition du besoin », [en ligne], 2019, [Consulté le 18 juill. 2022], disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/daj/definition-besoin-2019>.

¹⁰³ Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

¹⁰⁴ Ministère de l'économie et des finances, Direction des affaires juridiques, « Le prix dans les marchés publics », Guide et recommandations, 2013, p. 2.

¹⁰⁵ Selon l'article R.2112-6 du CCP, le prix est unitaire lorsqu'il est multiplié par la quantité effectivement livrée ou exécutée pour déterminer le montant du règlement.

¹⁰⁶ *Ibid.* Le prix forfaitaire ou global est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, indépendamment des quantités mises en œuvre pour leur réalisation. Pour que le prix soit considéré comme forfaitaire, il faut qu'il soit indiqué comme tel dans le marché.

de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définis par le marché dans les conditions prévues par voie réglementaire¹⁰⁷ ».

Partant de ce postulat, la signature d'un marché public en l'absence de stipulation relative au prix est constitutive d'une irrégularité financière. C'est ce qu'a jugé la CDBF dans un arrêt du 22 octobre 2012¹⁰⁸. Dans cette espèce, le marché avait été signé sans aucune mention du prix, en méconnaissance de l'article 12 du code des marchés publics (CMP) d'alors, lequel dispose que « le prix ou les modalités de détermination doivent être stipulés dans les pièces constitutives ».

Par ailleurs, précisons qu'en ce qui concerne le prix, il peut être ferme¹⁰⁹ ou révisable, selon l'article L. 2112-8 du CCP. Concrètement, il n'est pas interdit qu'un marché puisse comporter une clause de modification des prix. En l'absence d'une telle clause, ainsi que le souligne la CDBF¹¹⁰, « le fait pour le pouvoir adjudicateur d'avoir obtenu une baisse du prix du marché postérieurement à sa conclusion en méconnaissance des articles 17 et 18 code des marchés publics, constitue une infraction aux règles relatives à l'exécution des dépenses, au sens de l'article L.313-4 du CJF ».

Consécutivement à la phase préparatoire du marché, laquelle consiste pour l'acheteur à définir son besoin et le prix, vient la phase de la passation, étape qui constitue le terreau de nombreuses irrégularités.

§ 2. La procédure de passation des marchés publics, terreau de nombreuses irrégularités

¹⁰⁷ CCP art L.2112-6.

¹⁰⁸ CDBF, 22 octobre 2012, n° 185-692, *Port autonome de Marseille*.

¹⁰⁹ Vu le contexte actuel, une récente circulaire ministérielle préconisait aux acheteurs publics de ne pas recourir au prix ferme lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs, notamment ceux liés aux conditions économiques. V. en ce sens Circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières.

¹¹⁰ CDBF, 06 mai 2022, n°257-835, *21^e conférence des parties à la convention-cadre des nations des Nations-unies sur les changements climatiques de 2015 à Paris (COP21)*

C'est certainement la phase du marché où il y a le plus d'irrégularités tant la jurisprudence de la Cour est abondante en la matière, qu'il agisse de la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique (A) ou du non-respect des obligations de publicité et de mise en concurrence (B).

A. La méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique

Tous les marchés publics sont régis par des principes fondamentaux, ainsi que le souligne le Conseil d'État¹¹¹.

En droit européen, ces principes sont : la transparence, l'égalité et la non-discrimination. Ils furent dégagés par la CJCE dans l'arrêt *Teleaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH*¹¹².

En droit interne, l'article L. 3 du CCP reprend les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence de procédure. Le juge constitutionnel¹¹³ a reconnu la valeur constitutionnelle de ces principes dans une décision du 26 juin 2003.

Ces principes participent notamment à la protection des finances publiques. C'est ainsi que la CDBF en tant que l'une des juridictions gardiennes de la bonne gestion des deniers publics veille à son respect. Ce faisant, le non-respect desdits principes est susceptible de tomber sous le coup de l'article L. 313-4 du CJF.

En guise d'illustration, la Cour a jugé dans un arrêt¹¹⁴ que « du fait de cette méconnaissance des prescriptions des articles 5 et 40 du CMP (abrogé), les modalités de choix du cocontractant ont contrevenu aux principes de libre accès à la commande publique, d'égalité des candidats et de transparence des procédures qui fondent le code des marchés publics ».

¹¹¹ CE, sect. avis du 29 juillet 2002, n°246921, *société MAJ Blanchisserie de Pantin*.

¹¹² CJCE 7 déc. 2000, C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH*.

¹¹³ C. cons 26 juin 2003, *loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

¹¹⁴ CDBF, 23 avril 2012, n° 182-682, *Conseil économique et social* ; v. aussi CDBF, 03 déc. 2021, préc.

Le respect des principes fondamentaux de la commande publique et l'obligation de publicité et de mise en concurrence étant liés, le non-respect de l'un peut conduire à la méconnaissance de l'autre.

B. La méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence

Selon la jurisprudence classique de la Cour, le fait pour l'acheteur de méconnaître une règle de la commande publique est constitutif d'une irrégularité financière. En effet, celui-ci est soumis à des exigences qui varient selon la nature de la procédure et les spécificités de son besoin. Rappelons qu'il existe des seuils de publicité, mais aussi des seuils de procédure. Ces derniers changent tous les deux ans à l'échelle européenne, selon le type de marché.

Pour les marchés publics de fournitures et de services, passés par les autorités publiques centrales (pouvoir adjudicateur), le seuil européen en vigueur jusqu'au 31 décembre 2023 est de 140 000 € ; pour les marchés publics de travaux, le seuil européen est de 5 382 000 €¹¹⁵.

L'étape de la passation d'un marché public est marquée par l'existence de différents types de procédure, à savoir la procédure adaptée (1) et les procédures formalisées (2).

1. Marchés publics à procédure adaptée (MAPA)

Il faut au préalable rappeler que certains marchés publics d'un faible montant, c'est-à-dire inférieur à 40 000 €, peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence. Cependant, lorsque le marché est passé selon une procédure adaptée et qu'il est compris entre 40 000 € et 90 000 €, le pouvoir adjudicateur doit procéder à une publicité et mise en concurrence¹¹⁶. Il en est de même lorsque le montant du marché est compris entre 90 000 € et plus¹¹⁷. Par conséquent, la Cour n'hésite pas à sanctionner l'absence de publicité et de mise en

¹¹⁵ Règlement délégué (UE) 2021/1952 de la Commission du 10 nov. 2021 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils applicables pour les marchés publics de fournitures, de services et de travaux et pour les concours.

¹¹⁶ En l'espèce, il dispose d'une certaine marge de manœuvre, c'est-à-dire qu'il détermine lui-même les modalités de publicité et de mise en concurrence.

¹¹⁷ Les marges de manœuvre sont limitées dans le cas d'espèce d'autant plus qu'il doit recourir au BOAMP ou tout autre journal d'annonce légale.

concurrence¹¹⁸. De surcroît, elle sanctionne le faible délai de publicité en matière de MAPA. Concrètement, la Cour¹¹⁹ a jugé que « l'importance et la complexité du besoin à satisfaire justifiaient de laisser aux opérateurs économiques intéressés un délai suffisant afin de leur permettre d'élaborer leur dossier de candidature et d'établir leur offre dans le respect du libre jeu de la concurrence », avant de poursuivre que « eu égard aux caractéristiques du marché en cause bien que la situation présentait un caractère d'urgence, un délai de 18 jours entre la date de publication de l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de remise des offres était insuffisant et n'a pas permis de respecter les principes de transparence de la commande publique ». La Cour va réitérer le même raisonnement dans l'espèce « ENSLL¹²⁰ », où le délai de publicité en MAPA était de 20 jours.

Dans l'hypothèse où la valeur estimée du besoin serait égale ou supérieure au seuil européen, l'acheteur public doit recourir aux procédures formalisées¹²¹.

2. Procédures formalisées

Concernant cette procédure, l'acheteur peut recourir soit à l'appel d'offres¹²², soit à la procédure avec négociation¹²³, soit au dialogue compétitif¹²⁴. Ce dernier fut introduit en droit européen de la commande publique en 2004¹²⁵. Par conséquent, le fait que le nombre minimum de personnes admises à la procédure de dialogue est fixé à 2 et le nombre maximal à 3 par le règlement de consultation, est constitutif d'une irrégularité financière, juge la Cour¹²⁶. En effet, le code des marchés publics d'alors, en son article 67 dans sa version issue du décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010 dispose que ce nombre ne peut être inférieur à 3. Dans la même espèce, la Cour a jugé que l'avis d'appel à la concurrence incomplet constitue une méconnaissance des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses. En effet, l'avis

¹¹⁸ CDBF, 3 mai 2018, n° 220-783, *Office national des anciens combattants et victimes de guerre (ONAC-VG)*.

¹¹⁹ CDBF, 14 juin 2016, n° 208-737, *Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) de Durtal*.

¹²⁰ CDBF, 26 juin 2017, n° 214-758, *École nationale supérieure Louis Lumière (ENSL)*.

¹²¹ CCP art. L2124-1.

¹²² CCP art. L2124-2.

¹²³ CCP art. L2124-3.

¹²⁴ CCP art. L2124-4.

¹²⁵ Directive 2004/18/CEE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

¹²⁶ CDBF, 26 juin 2017, préc.

avait été publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) à l'exclusion de toute publication au journal officiel de l'Union européenne (JOUE), alors que les trois lots notifiés étaient supérieurs au seuil européen.

Par ailleurs, l'acheteur doit calculer les seuils des marchés afin d'éviter tout fractionnement artificiel, dans l'objectif de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Rappelons que si le pouvoir adjudicateur peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande¹²⁷, le code de la commande publique interdit tout fractionnement artificiel du marché¹²⁸. Cette pratique est sanctionnée tant par le juge administratif, par le juge pénal, que par le juge de la discipline budgétaire et financière. Ce dernier a récemment sanctionné cette pratique dans l'affaire « ONAC¹²⁹ ».

Cependant, la CDBF n'admet pas aussi facilement le fractionnement artificiel comme en témoigne l'espèce « INSEP¹³⁰ » où elle a jugé que les marchés ne formaient pas un tout « indissociable ». Si le fractionnement n'est donc pas interdit, tout fractionnement visant à s'affranchir des obligations de publicité et de mise en concurrence est susceptible de constituer une irrégularité au sens de l'article L. 313-4 du CJF.

Consécutivement à la passation vient la dernière étape du marché, qui est celle de l'exécution, où des irrégularités sont également constatées.

§ 3. Les irrégularités constatées lors de l'exécution des marchés publics

Il faut aussitôt retenir qu'une partie du marché peut faire l'objet de sous-traitance. La jurisprudence de la Cour démontre l'existence d'irrégularités liées à la sous-traitance d'une partie du marché public (A). En outre, les manquements aux règles relatives à la formation du marché (B) puis la modification substantielle du marché (C) et enfin la méconnaissance de la

¹²⁷ CE, 10 mai 2006, n°288435, *Société Schiocchet*.

¹²⁸ V. en ce sens CCP art. 2121-4.

¹²⁹ CDBF, 3 mai 2018, préc. ; v. aussi CDBF, 22 mai 1990, n° 86-241, *Centre hospitalier spécialisé de Saint Venant* ; CDBF, 29 sept. 1999, n° 131-363, *Ministère de l'Intérieur – Grand débat sur l'aménagement du territoire*.

¹³⁰ CDBF, 20 juin 2022, n° 258-849, *Institut national du sport, de l'expertise et de la performance (INSEP)*.

règle du service fait (D) sont des étapes de l'exécution du marché, susceptibles de constituer une irrégularité au sens de l'article L. 313-4 du CJF.

A. Les irrégularités liées à la sous-traitance d'une partie du marché

Rappelons qu'au stade de l'exécution, il est des obligations à respecter notamment par le cocontractant de l'administration, c'est l'exécution personnelle du marché¹³¹. Tout principe souffrant des exceptions, une partie du marché peut être exécuté par un tiers¹³², il s'agit alors de la sous-traitance. C'est une « opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur¹³³ ».

Si la sous-traitance est donc possible, le code de la commande publique reste muet sur le pourcentage maximal des prestations susceptibles d'être sous-traitées. En effet, il nous dit simplement « l'exécution d'une partie des prestations du marché¹³⁴ ». Comparativement à d'autres textes comme la directive n° 04/2005/CM/UEMOA¹³⁵ portant procédures de passation, d'exécution des marchés publics et délégations de service public, celle-ci interdit en son article 26, la sous-traitance de plus de 40 % de la valeur globale d'un marché.

De plus, dans le cadre de la sous-traitance, une attention est portée sur les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats aux marchés¹³⁶. Par conséquent, « le fait pour le pouvoir adjudicateur de faire un choix alors qu'il ne disposait pas de tous les éléments juridiquement requis pour apprécier les capacités techniques, professionnelles et financières de la société Z¹³⁷... » est constitutif d'une irrégularité au sens de l'article L. 313-4 du CJF. Dans le même ordre d'idées, le fait d'accepter un sous-traitant dans un montage

¹³¹ CCP art. L. 2191-1.

¹³² Si une partie du marché peut être sous-traitée, l'acheteur peut néanmoins exiger que le titulaire exécute lui-même certaines minimales du marché.

¹³³ CCP art. L. 2193-2 ; v. aussi Loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance.

¹³⁴ CCP. Art. L. 2193-2

¹³⁵ Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine.

¹³⁶ L'arrêté du 22 mars 2019 liste les renseignements et les documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

¹³⁷ CDBF, 14 juin 2021, n° 251-826, *Direction générale de la cohésion sociale (DGCS)*.

contractuel qui méconnaît les prescriptions du code des marchés publics (abrogé) est aussi une irrégularité au sens de l'article L. 313-4 du CJF¹³⁸.

Cependant, comme nous l'avons observé, le constat d'une irrégularité n'entraîne pas automatiquement la sanction de l'auteur de l'irrégularité. En effet, dans un arrêt relatif à la sous-traitance des marchés de prestations informatiques, alors que la Cour¹³⁹ reconnaît qu'il y a eu irrégularité, elle va toutefois prononcer la relaxe des personnes renvoyées. Elle justifie cette décision notamment par la spécificité des logiciels souhaités et l'urgence.

En dehors de la sous-traitance, la signature et la notification d'un marché postérieurement à son commencement d'exécution sont des irrégularités constatées par la Cour. Concrètement, il s'agit des manquements aux règles relatives à la formation du marché.

B. Les manquements aux règles relatives à la formation du marché

Un marché public doit être notifié avant tout commencement d'exécution. Le Conseil d'État a rappelé cette exigence dans un arrêt du 22 mai 2015¹⁴⁰. La cour administrative d'Aix-Marseille¹⁴¹, trois années auparavant, précisait que « la notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire par tout moyen permettant de donner une date certaine. La date de notification est la réception du marché par le titulaire. Le marché prend effet à cette date ».

Il n'est pas rare de constater à travers la jurisprudence de la CDBF, que de nombreux marchés publics connaissent un commencement d'exécution avant toute notification. Dans un arrêt portant sur les contrats de prestations de services aéroportuaires et les contrats de services marketing, la Cour¹⁴² a jugé que « le fait d'avoir signé des marchés alors qu'ils avaient déjà connu un commencement d'exécution constitue une infraction aux règles relatives à l'exécution des dépenses au sens de l'article L.313-4 du CJF ». Pour deux marchés de maîtrise d'œuvre, la Cour avait opéré le même raisonnement¹⁴³.

¹³⁸ CDBF, 6 mai 2022, préc.

¹³⁹ CDBF, 18 mai 1994, n° 104-281, *Caisse nationale d'assurance des travailleurs salariés (CNAMTS)*.

¹⁴⁰ CE, 22 mai 2015, n°383596, *SITURV c/ AXA Corporate Solutions Assurances*.

¹⁴¹ CAA de Marseille, 12 nov. 2012, n°10MA01702, *Société Securitas France*.

¹⁴² CDBF, 4 juill. 2019, n°235-779, *Chambre de commerce et de l'industrie de la Rochelle*.

¹⁴³ CDBF, 3 déc. 2021, préc.

Par ailleurs, bien que n'existant pratiquement pas dans la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics comme constitutive d'une violation des règles d'exécution des recettes et des dépenses, les défaillances dans le suivi de l'exécution des marchés seraient aussi une irrégularité au sens de l'article L. 313-4 du CJF. En effet, les CRC sont attentives à cette question, à l'instar de la CRC Normandie¹⁴⁴ qui, au sujet des marchés passés par la Commune de Saint-Valéry-en-Caux, a dénoncé le caractère lacunaire du suivi de l'exécution des marchés. La CRC PACA¹⁴⁵, dans son rapport d'observations définitives au sujet de la Commune de Saint-Victoret dénonçait également le fait que celle-ci ne suivait pas avec « toute la rigueur nécessaire l'exécution du marché ».

En pareilles circonstances, alors que les CRC dénoncent les défaillances dans le suivi de l'exécution, pourquoi la CDBF n'en fait-elle pratiquement aucune mention — sachant que l'article L. 313-4 du CJF permet d'englober pratiquement toutes les irrégularités. L'avocat général à la Cour des comptes, Nicolas Groper¹⁴⁶, laudatif à l'égard de cet article, le qualifie « d'intelligent ».

Toutefois, il faut nuancer le constat relatif à l'absence de mention du suivi de l'exécution dans la jurisprudence de la Cour puisque de manière occasionnelle, elle a jugé qu'est constitutif d'une irrégularité, un « MAPA » exécuté pour un montant très supérieur au seuil de cette procédure¹⁴⁷ ou encore la poursuite d'un marché au-delà de la date limite prévue pour son exécution¹⁴⁸.

Finalement, les marchés publics sont un domaine très sensible aux irrégularités, comme en témoigne la modification substantielle.

¹⁴⁴ CRC Normandie, ROD, *Cne de Saint-Valery-en-Caux pour les exercices 2015 à 2020*, 2022, p. 23 ; v. aussi CRC Hauts-de-France, *Office public de l'habitat de l'Aisne 2017 et s.*, 2022, p. 36.

¹⁴⁵ CRC PACA, ROD, 2022, *Cne de Saint-Victoret*, p. 25.

¹⁴⁶ GROPER Nicolas, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, Dalloz, Paris, 2009, p. 172.

¹⁴⁷ CDBF, 22 oct. 2012, préc.

¹⁴⁸ *Ibid.*

C. La modification substantielle du marché

Si la modification d'un marché public n'est pas interdite, elle demeure toutefois encadrée afin d'éviter, entre autres, toute atteinte aux conditions initiales de mise en concurrence. Concrètement, la modification ne doit pas être substantielle. L'article L. 2194-1 du CCP nous dit qu'une modification est substantielle lorsqu'au moins l'une des conditions suivantes est remplie :

1° elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

2° elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;

3° elle modifie considérablement l'objet du marché ;

4° elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6 du CCP¹⁴⁹.

La directive 2014/24/UE en son article 81¹⁵⁰, plutôt que d'énumérer les hypothèses de modifications substantielles, considère qu'il y a modifications substantielles « lorsque ces dernières rendent le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui défini au départ dans les documents du marché ».

La CDBF¹⁵¹ retient quasiment la même approche en considérant qu'il y a modification substantielle « lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des prestations non

¹⁴⁹ V. HOEPFFNER Hélène « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, p. 280.

¹⁵⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

¹⁵¹ CDBF, 28 juill. 2020, n° 242-798, *France Télévisions : les achats hors programmes* ; v. aussi CJCE, 19 juin 2008, Aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* ; v. aussi CJUE, 29 avril 2010, Aff. C-160/08, *Commission c/ Rép.fédérale d'Allemagne*.

initialement prévues, ou lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché ».

La modification, unilatérale¹⁵² ou conventionnelle, prend, dans bien des cas, la forme d'un avenant. De manière générale, celui-ci est défini comme étant « un acte qui modifie une convention en l'adaptant ou en la complétant par de nouvelles clauses¹⁵³ ». En d'autres termes, l'avenant n'est pas en soi un contrat, il vient se greffer à un contrat initial (un marché public notamment) qu'il a pour objet de modifier¹⁵⁴. Ainsi, il doit respecter les stipulations prévues dans le contrat initial. Dès lors, les avenants ne doivent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet, sauf en cas de circonstances imprévues ou de sujétions techniques.

La jurisprudence administrative nous est d'une grande utilité sur ce point puisqu'elle a tenté de distinguer ces deux notions. Ainsi, « les sujétions techniques imprévues mentionnées à l'article 20 du code des marchés publics (abrogé) correspondent à des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties¹⁵⁵ » alors que « les circonstances imprévues sont celles qui excèdent les vicissitudes de la vie économique¹⁵⁶ ». La CDBF¹⁵⁷, comme elle le souligne elle-même, a une approche spécifique, tout comme les juridictions administratives de droit commun, quand il s'agit d'examiner les avenants.

En ce qui concerne la nature de l'avenant, le juge administratif a considéré qu'il avait une nature contractuelle équivalente à celle du contrat initial et revêt la même force obligatoire aussi bien à l'égard de l'acheteur public¹⁵⁸ qu'à l'égard de son cocontractant¹⁵⁹.

Le recours à l'avenant, bien que faisant l'objet d'encadrement n'empêche pas qu'il soit entaché d'irrégularités dans certaines circonstances. Concrètement, un avenant est irrégulier

¹⁵² Consacrée de manière implicite CE, 11 mars 1910, n° 16178, *Compagnie générale française des tramways*, explicitement dans l'arrêt CE, 02 févr. 1983, n° 34027, *Union des transports publics généraux et urbains*.

¹⁵³ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, CORNU Gérard (dir.), 14^e éd., PUF, 2022, p. 110

¹⁵⁴ COSSALTER Patrice, *La gestion administrative et financière des marchés publics*, Territorial Éditions, 2021, p. 28.

¹⁵⁵ CE, 02 juill. 1982, *Société Colas* ; CE, 30 juill. 2003, n° 223445, *Cne de Lens* ; CE, 25 mars 2020, n° 427085, *Société Guintoli*.

¹⁵⁶ CAA Marseille, 2 oct. 2008, n° 07MA00016.

¹⁵⁷ CDBF, rapp. d'activité, 2016, p. 28.

¹⁵⁸ CE, 05 avril 2006, n°275445, *Société Socae*.

¹⁵⁹ CE, 17 mars 1976, n°96368, *Vuillemin*.

lorsque, entre autres, il bouleverse l'économie du contrat (1) ou encore lorsqu'il est contraire à l'objet du marché (2).

1. Le bouleversement de l'économie du contrat

La question du bouleversement de l'économie du marché est une œuvre purement jurisprudentielle. En droit administratif, c'est le Conseil d'État¹⁶⁰ qui l'a dégagée au fil de sa jurisprudence.

À partir de quand peut-on parler d'un avenant qui vient bouleverser l'économie du marché ? La détermination en soi n'est pas aisée. Le juge administratif de droit commun procède à une analyse, qualitative ou quantitative¹⁶¹. La première consiste à déterminer si l'avenant est contraire à l'objet du contrat initial ou pas. Si tel est le cas, le juge sanctionne une telle pratique¹⁶². Tandis que dans la seconde hypothèse, le juge va vérifier si l'avenant vient augmenter considérablement le prix du marché¹⁶³.

Le juge de la discipline budgétaire et financière va quasiment adopter le même *modus operandi* que son juge de cassation. Selon lui, une « augmentation par avenant de 15 à 20 % du prix d'un marché n'est pas suffisante pour emporter à elle seule le bouleversement de son économie, au contraire d'une des préconisations d'une circulaire ministérielle¹⁶⁴ ».

En réalité, il n'y a pas de seuil à proprement parler pour évoquer la question du bouleversement de l'économie du contrat. Les juges en font une appréciation au cas par cas. Toutefois, l'on a tendance à penser qu'une augmentation de plus de 15 % du prix du marché par l'avenant est susceptible d'être considérée par le juge comme bouleversant l'économie du contrat¹⁶⁵.

¹⁶⁰ CE, 8 mars 1996, n° 165075, *Cne de Petit Bourg*.

¹⁶¹ CHARVERON Sophie, Marchés publics, « Les conditions de passation d'un avenant », *Le Moniteur*, 27 juin 1997.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ CDBF, rapp. d'activité, 2016, préc., p. 28.

¹⁶⁵ CRC Île-de-France, ROD, 8 oct. 2014, exercices 2008 et suivants, *Commune de Bougival*, p. 31.

Dans un arrêt, la CDBF¹⁶⁶ a jugé que l'économie du marché a été bouleversée au motif « [...] que deux avenants ont porté ce marché à 68 763,21 € HT, l'estimation prévisionnelle des travaux passant de 284 200 € HT à 625 120,12 € HT [...] ». Dans cette espèce, l'avenant a eu pour effet d'augmenter quatre fois le prix du marché.

Par ailleurs, il faut rappeler qu'il est des situations où la Cour va plus loin dans son interprétation relative aux avenants. Concrètement, elle va d'abord reconnaître que l'avenant n'a pas bouleversé l'économie du contrat, mais compte tenu du fait qu'il a été conclu en langue étrangère au même titre que le contrat initial, ce qu'interdit l'article 5 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, il y a irrégularité au sens de l'article L. 313-4¹⁶⁷ du CJF. Cette décision, critiquable au vu de l'interprétation extensive que fait la Cour de cet article, a fait l'objet de pourvoi, conduisant ainsi le Conseil d'État à se prononcer par un arrêt du 7 octobre 2020¹⁶⁸. Le Conseil d'État s'est toutefois prononcé non sur ce moyen, mais sur d'autres moyens, à savoir « si les contrats de prestation de services marketing conclus par la chambre de commerce et d'industrie de La Rochelle avec deux sociétés de transport aérien et la filiale de l'une d'entre elles étaient autonomes ou non de ceux conclus avec les mêmes sociétés pour la prestation de service aéroportuaire ». Le juge du Palais Royal¹⁶⁹ va définir ce qu'il entend par ensemble contractuel puis casser l'arrêt rendu à cet effet par la CDBF. Cette dernière reviendra sur sa position par un arrêt du 11 février 2021¹⁷⁰, pour considérer que « la circonstance que des contrats soient rédigés en langue étrangère est, par elle-même, sans incidence sur la régularité de la dépense, l'exigence d'une rédaction des contrats en langue française n'étant pas au nombre des prescriptions susceptibles d'être rattachées à la procédure d'exécution des dépenses publiques ».

¹⁶⁶ CDBF, 06 oct. 2014, n°195-686/704, *Centre hospitalier universitaire de Caen*.

¹⁶⁷ CDBF, 04 juill. 2019, n°235-779, *Chambre de commerce et d'industrie de la Rochelle*, préc. ; v. aussi DAMAREY Stéphanie et VANDENDRIESSCHE Xavier, « Chronique de jurisprudence financière – Mars à juin 2019 », *Gest. Fin. Pub.*, n°4, 2019, p. 118-132. Pour la signature du contrat en langue étrangère, v. aussi CDBF, 22 nov. 1989, préc.

¹⁶⁸ CE, 07 oct. 2020, n°433986, *M. B.*

¹⁶⁹ Pour une définition de cette notion, v. les conclusions du rapporteur public concernant cette affaire. Selon lui, « un ensemble contractuel est un groupe de contrat concourant à la réalisation d'une même opération ». FUCHS Olivier, conclu. sur CE, 6e et 5e chambres réunies, n° 433986, 7 oct. 2020, *M. B.* Pour son identification, « le juge recherche si la conclusion de l'une des conventions est subordonnée à celle de l'autre ou si les prestations de l'une ne sont possibles qu'au regard de l'autre ». V. en ce sens HOEPFFNER Hélène, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, p. 71.

¹⁷⁰ CDBF, 11 février 2021, préc.

De surcroît, la conclusion de plusieurs avenants est également une pratique qui n'échappe pas à la vigilance de la Cour,¹⁷¹ car pour elle, cela bouleverse également dans certains des cas l'économie du contrat. Concrètement, elle a constaté dans un arrêt du 16 novembre 2012¹⁷² que « cinq avenants ont eu un impact, tant sur le coût du marché que sur son délai d'exécution ». En d'autres termes, dans cet arrêt, il ressort qu'« au cours de l'année 2004, le délai d'exécution était passé de 19 à 53 mois et que le coût, initialement de 14,5 M€ à 140 M€ ». Dans ce considérant, nous constatons que la Cour, pour constater qu'il y a eu bouleversement de l'économie du marché, met en avant, outre l'augmentation du prix, l'allongement du délai d'exécution des prestations.

Partant de ce postulat, le bouleversement de l'économie n'est pas nécessairement lié à l'augmentation du prix du marché. Monsieur Peyrical¹⁷³ indiquait à juste titre que le bouleversement de l'économie du marché est une « notion complexe ». Il le justifie par le fait qu'en plus de l'augmentation du prix, ou de l'allongement du délai d'exécution des prestations, d'autres éléments peuvent également être constitutifs d'un bouleversement de l'économie du marché, c'est le cas notamment de la « modification de la répartition des lots dans un marché unique », conclut-il.

Certains arrêts de la Cour viennent confirmer ce point de vue. En effet, rappelons qu'il est des cas où l'avenant n'est ni contraire à l'objet du contrat initial ni ne bouleverse son économie, mais il est irrégulier parce que le marché initial a été conclu dans des conditions irrégulières. C'est ce qu'a jugé la Cour dans un arrêt du 25 janvier 2019¹⁷⁴. En effet, « [...] l'avenant au marché complémentaire n° 1 qui avait pour support un marché complémentaire conclu dans des conditions irrégulières et dont il prolongeait l'objet de trois mois était également à ce titre entaché d'irrégularité [...] ». L'approche retenue par la Cour dans le cas d'espèce paraît compréhensible compte tenu de la définition de l'avenant.

¹⁷¹ CDBF, 23 avril 2012, préc.

¹⁷² CDBF, 16 nov. 2012, n°186-639, *Agence nationale pour l'emploi (ANPE)*.

¹⁷³ PEYRICAL Jean-Marc, « Les avenants source d'unification du droit des contrats publics », in Guylain CLAMOUR et Marion UBAUD-BERGERON (dir.), *op cit*, vol. 1, p. 825-846.

¹⁷⁴ CDBF, 25 janv. 2019, n°227-760, *Radio France : le chantier de réhabilitation*.

Un avenant ne faisant pas l'objet de publicité et de mise en concurrence selon l'esprit du code de la commande publique, y recourir de manière répétitive ne serait-il pas un moyen de s'affranchir des obligations de publicité et de concurrence — d'autant plus qu'on l'a vu, la Cour dans de nombreuses décisions nous dit qu'un nouveau marché aurait dû être passé en lieu et place de l'avenant. De manière générale, le recours répétitif aux avenants est une pratique critiquée par les juridictions des comptes, notamment la CRC PACA¹⁷⁵ qui souligne que cela est « la conséquence d'une mauvaise évaluation des besoins ».

Sans forcément bouleverser l'économie du contrat, il est des situations où l'avenant conclu est plutôt contraire à l'objet du marché.

2. La conclusion d'un avenant contraire à l'objet du marché

L'objet du marché désigne le besoin de l'acheteur public, il doit donc être clairement défini par celui-ci. Ainsi, l'objet étant l'un des éléments qui fondent le marché, la Cour va sanctionner tout avenant qui serait contraire à l'objet du marché. Ainsi, dans un arrêt, elle a jugé que « l'avenant n° 3 a pour objet de mettre en œuvre les moyens [...], les pièces justificatives, ainsi que les processus associés, en vue de la réalisation des nouveaux permis au format européen pour FAETON 1 » ; « [...] que cet objet est différent de celui du marché initial [...], que la passation de l'avenant relatif à FAETON 1 est contraire aux règles posées par l'article 20 du code des marchés publics (abrogé) et est constitutive de l'infraction visée à l'article L. 313-4 du code des juridictions financières¹⁷⁶ ».

Par analogie, dans un arrêt du 6 mai 2022¹⁷⁷, la Cour reconnaît d'abord que l'avenant comportait des prestations additionnelles, lesquelles se rattachent à l'objet du marché initial avant de juger que lesdites prestations « n'ont pas d'incidence financière sur un marché conclu sans maximum » pour ensuite rejeter le grief porté sur l'hypothèse d'un avenant contraire à

¹⁷⁵ CRC PACA, ROD, *La gestion de la communauté d'agglomération « Var Estérel Méditerranée » à compter de l'exercice 2010*, 24 févr. 2017, p. 48.

¹⁷⁶ CDBF, 22 avril 2016, n°207-745, *Agence nationale des titres sécurisés (ANTS)*.

¹⁷⁷ CDBF, 06 mai 2022, n° 257-835, *21^e conférence des parties à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques à Paris, (COP 21)*.

l'objet du marché. On pourrait donc conclure fort logiquement que l'un des éléments pris en compte lorsqu'il s'agit d'examiner les avenants, est, entre autres, leur incidence financière.

Par ailleurs, au stade de l'exécution, l'une des obligations pesant sur l'acheteur public est qu'il doit s'assurer du respect de la règle de service fait. Cependant, dans la pratique, la Cour constate à de nombreuses reprises la méconnaissance de ladite règle.

D. La méconnaissance de la règle du service fait

La règle du service fait est un principe du droit de la comptabilité publique dont l'origine remonte à l'ordonnance du 14 septembre 1822. Il s'agit de « l'une des pièces maîtresses de notre droit public financier », nous dit le professeur Amselek¹⁷⁸, dont l'existence est justifiée par le fait « qu'il s'agit d'une mesure de protection particulière des derniers publics ».

Dans le langage familier, le service fait se traduit par « l'administration ne paie jamais d'avance¹⁷⁹ » alors que juridiquement parlant, il est exprimé à l'article 31 du décret relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (GBCP).

De ces dispositions, la CDBF en fait une interprétation rigoureuse en matière de marchés publics, sanctionnant ainsi l'absence de certification du service fait¹⁸⁰, son défaut de vérification¹⁸¹, la fausse certification¹⁸², l'absence de vérification de sa bonne exécution¹⁸³, son caractère fallacieux¹⁸⁴.

¹⁷⁸ AMSELEK Paul, « Une institution financière en clair-obscur : la règle du service fait », in Bernard Beck et Georges Vedel (dir.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Marie Gaudemet : études de finances publiques*, Paris, Economica, 1984, p. 421-449 ; v. aussi MERLE Marcel, « La règle du paiement après service fait », *RSLF*, 1950, p. 431 et s.

¹⁷⁹ CATTEAU Damien, *Droit budgétaire, comptabilité publique, LOLF et GBCP*, 4^e éd., Hachette, 2017, p. 129.

¹⁸⁰ CDBF, 03 mai 2018, préc.

¹⁸¹ *Ibid.* La Cour souligne qu'en l'absence « d'élément concret et tangible permettant d'évaluer le service fait, l'acheteur a méconnu les règles relatives à la liquidation d'une opération de dépense ».

¹⁸² Dans l'arrêt CDBF, 02 déc. 2019, n°238-794, *Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Alsace*, « considérant que le 24 novembre 2014, M. X... a signé une attestation de service fait relative à la fourniture de deux tables de réunion par la société G..., pour un montant total de 10 800 € [...] ; qu'il ressort du dossier que les mobiliers n'ont jamais été livrés » avant de poursuivre « [...] fait d'avoir attesté la certification du service fait alors que les commandes passées n'avaient pas été livrées constitue une infraction aux règles d'exécution des dépenses prévues à l'article L. 313-4 du code des juridictions financières » ; v. aussi CDBF, 11 déc. 1991, *Centre hospitalier spécialisé de Saint-Étienne du Rouvray (Seine-Maritime)*.

¹⁸³ CDBF, 18 juin 1997, *Musée Rodin* : JO 3 déc. 1997, p. 17457.

¹⁸⁴ CDBF, 13 oct. 1993, *Carrefour international de la communication (CICOM)*, MM. Lorenzi et Longerin.

Tout principe souffrant des exceptions, la règle du service fait comporte plusieurs dérogations notamment en matière de marchés publics. En effet, le CCP¹⁸⁵ dispose que « les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L. 2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'avances, dans les conditions prévues par voie réglementaire ». Comme on pourrait logiquement le déduire, l'avance est versée avant tout commencement d'exécution, ce qui est contraire à la règle du service fait dont le fondement réside dans l'interdiction de payer avant tout commencement d'exécution de la prestation.

D'apparence similaire, l'avance ne doit pas être confondue à l'acompte. Comme l'indique la direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers¹⁸⁶, l'avance a pour objectif, entre autres, de faciliter l'exécution du marché. L'acompte se distingue de l'avance en ce sens qu'« il doit être justifié par un certificat du service fait émis par l'ordonnateur », souligne le professeur Douat¹⁸⁷. La pratique des acomptes, poursuit-il, constitue « une adaptation de la règle du service fait à la continuité de l'exécution du marché public ».

En dehors des irrégularités constatées par la Cour, qui concernent la méconnaissance des règles de la commande publique, force est de constater qu'il existe également des irrégularités financières (*stricto sensu*) dans le domaine des marchés publics, qui se traduisent par la méconnaissance des règles budgétaires.

¹⁸⁵ CCP art. L.2191-2.

¹⁸⁶ DAJ, Les avances, [en ligne], 2020, [Consulté le 4 juill. 2022], disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/daj/avances-2020> .

¹⁸⁷ DOUAT Étienne, « Marchés publics et Finances publiques », in Guylain CLAMOUR et Marion UBAUD-BERGERON (dir.), *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, vol.1, 2005, p. 595-608.

Section 3. Les irrégularités financières stricto sensu : la méconnaissance des règles budgétaires

Qu'il s'agisse de l'étape d'engagement et d'exécution de la dépense (§1) ou celle des recettes (§2), de nombreuses irrégularités sont constatées

§ 1. Les irrégularités liées à l'engagement et à l'exécution de la dépense

Sur le fondement de l'article 30 du décret « GBCP¹⁸⁸ », l'engagement est « l'acte par lequel un organisme public crée ou constate une obligation de laquelle résultera une charge ». Ainsi, seul l'ordonnateur ou ses délégués sont compétents pour procéder à l'engagement de la dépense. Cependant, une circulaire de 21 septembre 2005 offre la possibilité à l'ordonnateur de déléguer sa signature¹⁸⁹. De manière classique, l'engagement de la dépense par une personne juridiquement incompétente est constitutif d'une irrégularité financière (A). Il en est de même que le non-respect des règles applicables en matière de contrôle économique et financier (B).

A. L'incompétence juridique de l'auteur de l'engagement de la dépense

Les documents relatifs aux marchés publics doivent émaner de l'autorité habilitée à cet effet. Faute de quoi, cela est constitutif d'une irrégularité au sens de l'article L. 313-3 du CJF, lequel dispose que « toute personne visée à l'article L. 312-1 qui aura engagé des dépenses sans en avoir le pouvoir ou sans avoir reçu délégation de signature à cet effet sera passible de l'amende prévue à l'article L. 313-1 ».

Ainsi, dans sa décision « Fonds de solidarité¹⁹⁰ », la Cour a retenu l'infraction prévue à l'article L. 313-3 du CJF. En effet, elle a jugé que « le contrat de bail portant sur un engagement dépassant le seuil de compétence de l'ordonnateur fixé par une délibération du conseil d'administration n'avait pas été soumis à l'autorisation du conseil d'administration ».

¹⁸⁸ Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

¹⁸⁹ Circ. 21 sept. 2005 relative aux nouvelles dispositions régissant la délégation de signature des ministres (décret n° 2005-850 du 27 juill. 2005).

¹⁹⁰ CDBF, 9 oct. 2020, préc ; v. aussi CDBF, 17 juin 2011, n° 176-655, *Institut géographique national* ; v. aussi CDBF, 22 avr. 2016, préc.

La Cour a donc une approche très rigoureuse concernant la compétence juridique de l'autorité engageant la dépense. En guise d'illustration, dans un arrêt du 15 décembre 2017¹⁹¹, elle a retenu l'infraction prévue à l'article L. 313-3 du CJF à l'égard d'une secrétaire générale qui a engagé des dépenses sans avoir valablement reçu une délégation de signature. L'usage par la Cour de l'adverbe « valablement » n'est pas anodin dans le cas d'espèce. En effet, le problème n'était pas l'absence de délégation de signature, mais plutôt son absence de publication au bulletin officiel, comme l'exige la réglementation¹⁹².

Il faut préciser que la délégation de signature n'exonère pas l'autorité délégante de sa responsabilité en cas d'irrégularités. C'est ce qu'a jugé la Cour dans un arrêt du 17 juin 2011¹⁹³ relatif à un marché public de communication. En effet, elle a d'abord constaté que le marché a été signé par un chef de service disposant seulement d'une délégation de signature de 90 000 € HT avant d'imputer la responsabilité au directeur général, lequel n'était pas, selon la Cour, dessaisi de sa compétence et aurait dû assumer un contrôle sur l'exercice de la délégation.

En plus des questions relatives à l'autorité compétente pour engager la dépense, il arrive que la Cour constate la méconnaissance des règles applicables en matière de contrôle économique et financier.

B. La méconnaissance des règles applicables en matière de contrôle économique et financier

Historiquement, ce contrôle, autrefois appelé le « contrôle des dépenses engagées » trouve son origine dans la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées. Selon l'article 5 du décret n° 2005-436 du 9 mai 2005 portant statut particulier du corps du contrôle général économique et financier, « le contrôle économique et financier de l'État est un contrôle externe portant sur l'activité économique et la gestion financière des entreprises et organismes qui en relèvent ». De surcroît, il a pour objet « d'analyser les risques

¹⁹¹ CDBF, 15 déc. 2017, n° 217-730-II, *Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA)*.

¹⁹² v. HAUPTMANN Nicolas et PÉHAU Nicolas, « La gestion de l'ONEMA en eaux troubles ou l'art de l'interprétation », *AJDA*, 2018, p. 2493.

¹⁹³ CDBF, 17 juin 2011, préc.

et d'évaluer les performances de ces entreprises en veillant aux intérêts patrimoniaux de l'État¹⁹⁴ ». La Cour va donc sanctionner la méconnaissance des règles relatives au contrôle d'État.

Cependant, rappelons que le contrôle évoqué jusque-là est sensiblement différent du contrôle figurant à l'article L. 313-1 du CJF. L'une des différences est que le premier est un contrôle global, voire un contrôle de l'opportunité de la gestion alors que le second contrôle porte sur la régularité financière.

L'article L. 313-1 du CJF, qui vise le contrôle financier, prévoit la sanction de toute personne visée à l'article L. 312-1 dudit code qui aura engagé des dépenses sans avoir respecté les règles applicables en matière de contrôle économique et financier. Ce contrôle implique « que les contrats, conventions, baux, marchés ou commandes soient soumis à l'avis ou au visa¹⁹⁵ du contrôleur financier¹⁹⁶ ». Ainsi, dans un arrêt où « 14 bons de commande d'un montant supérieur à 100 000 € n'ont pas été soumis à l'avis ou au visa du contrôleur financier alors qu'il aurait dû l'être », la Cour¹⁹⁷ a considéré que l'infraction prévue par l'article L. 313-1 du CJF était constituée.

Curieusement, il est des situations où la Cour retient la méconnaissance des règles relatives au contrôle économique et financier non pas sur le fondement de l'article L. 313-1 du CJF, mais sur le fondement de l'article L. 313-4 dudit code, comme elle l'a fait dans un arrêt du 12 mai 2015¹⁹⁸. Dans cette espèce, la Cour souligne que « les dispositions de l'article L. 313-1 du CJF n'étaient pas applicables aux faits examinés dans la mesure où leur champ n'entraînait pas dans le strict respect des règles applicables en matière d'engagement des

¹⁹⁴ Décret n° 2005-437 du 9 mai 2005 modifiant le décret n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'État.

¹⁹⁵ Il faut préciser que le visa ou l'avis du contrôleur financier sont deux éléments différents. En effet, comme le soulignent MM. Groper et Michaut, leur différence tient au fait qu'ils ne produisent pas le même effet (v. article 5 de la loi du 10 août 1922 préc.). L'article 13 alinéa 1^{er} du décret n° 2005-54 du 27 janv. 2005, pour l'effet du visa et l'article 13 alinéa 2 dudit décret, pour l'effet de l'avis. GROPER Nicolas et MICHAUT Christian, « L'intervention du contrôleur financier dans le visa des pièces justificatives des dépenses des établissements publics », *AJDA*, 2010, p. 2484 ; v. aussi HAUPTMANN Nicolas et PÉHAU Nicolas, « Le contrôle préalable doit avoir une portée utile », *AJDA*, 2019, p. 577 ; v. aussi DUHAMEL Pierre-Mathieu, « Le contrôle financier et la loi organique relative aux lois de finances », *RFFP*, n° 91, 2005, p. 111-116 ; v. aussi GUILBAUD David et PÉHAU Nicolas, « Le visa préalable, une règle d'engagement des dépenses », *AJDA*, 2020, p. 2577.

¹⁹⁶ CDBF, rapp. d'activité., 2017, p. 34.

¹⁹⁷ CDBF, 22 avril 2016, préc.

¹⁹⁸ CDBF, 12 mai 2015, n°199-731, *Entreprise minière et chimique (EMC)*.

dépenses » avant de poursuivre que « les irrégularités constatées tenant au non-respect des règles applicables en matière de contrôle économique et financier relevaient de l’infraction définie à l’article L. 313-4 ». En pareilles circonstances, comme le souligne la Cour¹⁹⁹ dans son rapport d’activité (2015), le non-respect des règles en matière de contrôle d’État, relève de l’infraction générale définie à l’article L. 313-4 du CJF et non de l’infraction spéciale définie à l’article L.313-1, lequel ne vise que le contrôle financier.

Le contrôle d’État est parfois qualifié, quoique discuté, par la doctrine de « tutelle financière²⁰⁰ ». Le contrôle financier visé à l’article L. 313-1 du CJF s’intitule, depuis le décret « GBCP » du 7 novembre 2012 « contrôle budgétaire ». Si les deux contrôles sont a priori différents, il n’en demeure pas moins qu’il est des arrêts où les deux se confondent²⁰¹.

En plus des irrégularités se rapportant à ces contrôles, l’étude des travaux de la CDBF montre l’existence d’irrégularités relatives aux règles d’exécution des recettes.

§ 2. Les irrégularités relatives aux règles d’exécution des recettes

La jurisprudence de la Cour est peu abondante sur ce sujet²⁰², notamment dans le domaine des marchés publics. Le président Descheemaeker²⁰³ justifiait cela par le fait que « l’organisation de l’État sépare les administrations chargées de faire rentrer l’essentiel des recettes de celles qui sont dépensières ».

L’un des arrêts récents sur les règles d’exécution des recettes, bien que ne portant pas sur les marchés publics, est l’affaire « ONIAM²⁰⁴ » où la Cour²⁰⁵ a sanctionné l’encaissement de chèques ou de virements avant l’émission d’un titre.

¹⁹⁹ CDBF, rapp. d’activité, 2015, p. 37.

²⁰⁰ DELION André-George, *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, 2003 cité par HAUPTMANN Nicolas et PÉHAU Nicolas, « Le contrôle préalable doit avoir une portée utile », préc., p. 577.

²⁰¹ CDBF, 18 déc. 1991, n° 92-261, *Établissement public chargé de l’aménagement de la Ville de Vaudreuil*.

²⁰² CDBF, rapp. d’activité, 2021, p. 31.

²⁰³ DEESCHEEMAEKER Christian, « Cour de discipline budgétaire et financière », LexisNexis administratif, 2017, fasc. 1270, § 97.

²⁰⁴ HAUPTMANN Nicolas, « Les défaillances d’une chaîne de la dépense complexe », obs. sous CDBF, 22 févr. 2018, n° 218-749, *AJDA*, 2018, p. 1147.

²⁰⁵ CDBF, 10 déc. 2020, préc.

Cependant, l'arrêt rendu le 6 mai 2022 par la Cour²⁰⁶, qui porte notamment sur les marchés publics, nous donne une idée de ce qu'elle a pu considérer comme une méconnaissance des règles d'exécution des recettes. Dans cette espèce, après avoir rappelé les articles 11 et 13 du décret « GBCP », 2 et 3 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel puis le point IV de l'article 17 de la LOLF, la Cour a jugé qu'est constitutif d'une méconnaissance des règles d'exécution des recettes « le fait d'avoir liquidé des recettes sans que le recouvrement soit fondé sur un acte réglementaire ou conventionnel et celui de ne pas avoir émis de titres de perception pour recouvrer ces recettes, en méconnaissance des dispositions précitées ».

L'étude des irrégularités financières au sens large et strict amène ainsi à étudier notamment la responsabilité financière du gestionnaire public devant la Cour.

²⁰⁶ CDBF, 6 mai 2022, préc.

Deuxième partie

De la responsabilité financière à la possible mise en œuvre d'autres responsabilités

Comme nous le constaterons, les gestionnaires publics encourent plusieurs responsabilités. Concrètement, en cas d'irrégularités financières, ils peuvent voir leur responsabilité financière engagée devant la CDBF (Chapitre 3). En outre, si la nature des irrégularités le justifie, d'autres responsabilités sont susceptibles d'être mises en œuvre (Chapitre 4).

Chapitre 1

L'engagement de la responsabilité financière des gestionnaires publics

Lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, la Cour prononce des sanctions (Section 2). Avant d'arriver à cette étape, la Cour prend en compte certaines règles à coloration pénale (Section 1).

Section 1. La prise en compte de certaines règles à coloration pénale

Avec la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière, il appert que la question de la prescription revient le plus souvent (§1). Par ailleurs, l'engagement de la responsabilité pénale du gestionnaire public ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de sa responsabilité financière. Ce principe d'indépendance des poursuites peut amener la Cour à se prononcer sur la règle *non bis in idem* (§2).

§ 1. La prescription

La prescription est une règle qui n'est pas propre au contentieux financier répressif. On la retrouve notamment en droit civil ou encore en droit pénal. Il serait donc intéressant d'étudier la notion de prescription et ses fondements (A) pour ensuite aborder la manière dont elle est appréhendée dans le contentieux financier répressif (B).

A. La notion de prescription et ses fondements

Historiquement, la prescription, dérivant du latin *prescriptio* et renvoyant au temps, est un héritage du droit romain, apparue avec la *lex Julia*. Avec cette loi, est mise en place une prescription quinquennale pour les infractions qualifiées de *delicta carnalia*, soit l'adultère, l'inceste²⁰⁷. La prescription est d'ailleurs perçue par certains comme un symbole de civilisation dans la mesure où elle s'exerce dans toutes les nations²⁰⁸. Elle est aussi considérée comme la *patrona generis humani ad utilitatem publicam introducta*. Autrement dit, « la patronne du genre humain introduite pour l'utilité publique²⁰⁹ ». La question de la prescription n'est donc pas nouvelle. En effet, Samuel von Pufendorf²¹⁰ écrivait qu'il est de l'intérêt de la société que les querelles et les procès ne se multiplient pas à l'infini.

²⁰⁷ FENECH Georges et TOURRET Alain, *La prescription en matière pénale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, rapp. d'information, 2015, p. 7.

²⁰⁸ LAGARDE François de Paule, *Traité historique des droits du souverain en France*, 2 vol., Paris, Rozet, 1767, t. 1, p. 91 et s. cité par LEYTE Guillaume « Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l'ancien droit public français XVIe - XVIIIe siècle » in *Prescription et imprescriptibilité*, Paris, PUF, 2000, p. 3-18.

²⁰⁹ BRUNEAU Antoine, *Observations et maximes sur les matières criminelles*, Guillaume Cavelier, 1716, p. 283.

²¹⁰ PUFENDORF von Samuel, *Traité du droit de la nature et des gens*, t. 1, liv. Iv, xii, § 2, 1672 cité par BRUN DE VILLERET Edmond, *Traité théorique et pratique de la prescription en matière criminelle*, Auguste Durand, 1863, p. 19.

De manière générale, selon les disciplines, la prescription ne revêt pas forcément la même acception. Au sens civiliste du terme, elle s'entend comme « un mode d'acquisition (prescription acquisitive) ou d'extinction (prescription extinctive) d'un droit par l'écoulement d'un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi²¹¹ ». Tandis qu'au sens pénal du terme, d'après le Cornu, il s'agit d'un « mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration d'un délai fixé par la loi ».

Le rapport parlementaire Tourret et Fenech²¹² soulignait que la prescription est justifiée entre autres par : la « grande loi de l'oubli », laquelle appellerait la société à oublier « les infractions commises dans le passé » dans une logique de préservation de la paix et de la tranquillité sociales ; le temps qui passe « modifierait » le comportement de l'infracteur, qui pourrait sans doute faire un examen de conscience en considérant qu'il a mal agi.

Ainsi, la notion et les fondements de la prescription nous conduisent à étudier la manière dont elle est interprétée par la CDBF.

B. La prescription dans le contentieux financier répressif : Le degré de rigueur de son interprétation suspendu à la nature de l'infraction

Le code des juridictions financières, en son article L. 314-2 dispose que « la Cour ne peut être saisie par le ministère public après l'expiration d'un délai de cinq années révolues à compter du jour où a été commis le fait de nature à donner lieu à l'application des sanctions prévues par le présent titre²¹³ ».

Dans des disciplines comme le droit pénal, selon leur nature, on distingue généralement les infractions continues, qui sont celles dont les effets se prolongent dans le temps, des infractions instantanées, lesquelles se réalisent en un laps de temps.

²¹¹ Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, CORNU Gérard (dir.) 14 éd., PUF, 2022, p. 797.

²¹² FENECH Georges et TOURRET Alain, *La prescription en matière pénale*, préc., p. 7.

²¹³ Désormais art. L. 142-1-3 de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics

La CDBF mobilise également ces notions pour déterminer si les irrégularités commises notamment dans le domaine des marchés publics sont instantanées ou continues. Sa jurisprudence démontre qu'elle a une approche très rigoureuse de sa compétence *ratione temporis*, lorsqu'il s'agit des infractions continues²¹⁴. En effet, en présence des pratiques irrégulières se renouvelant sur une certaine période, la Cour nous dit que « le délai de prescription retenu est celui auquel l'irrégularité a pris fin²¹⁵ ».

Par ailleurs, la Cour a eu l'occasion de préciser les contours de sa compétence *ratione temporis*. L'approche qu'elle retient est que « les manquements ayant entaché une procédure de passation d'un marché qui s'est déroulé en période prescrite ne sont pas sanctionnables en tant que tels et ne sont pas nécessairement de nature à entacher d'irrégularités les actes d'exécution de ce marché intervenu en période non prescrite²¹⁶ ». Complétant et précisant sa jurisprudence en matière de marchés publics concernant la prescription, elle a retenu la même approche dans un arrêt du 3 mai 2018²¹⁷.

Les principaux enseignements à tirer de ces deux espèces sont que, ce n'est pas parce qu'un marché est irrégulier et désormais couvert par la prescription, que les vices affectant la conclusion dudit marché affectent à leur tour et de manière automatique les mesures d'exécution. Autrement dit, on ne peut pas regarder les marchés passés en période prescrite. Cependant, les avenants relatifs à ce marché sont regardés alors que le marché initial est irrégulier. Pour que les avenants soient aussi considérés comme irréguliers, il faut qu'ils comportent eux-mêmes des irrégularités. Concrètement, leur irrégularité ne se déduit pas de la seule irrégularité du marché initial.

²¹⁴ Pour les infractions continues, v. CDBF, 14 oct. 1998, n°127-350, *Service central de protection contre les rayonnements ionisants (SCPRI)*, v. aussi CDBF, 16 déc. 2003, n° 141-441-497, *Institut national polytechnique de Grenoble (INPG) et Université Joseph Fournier de Grenoble I*; v. CDBF, 8 déc. 2014, n° 196-718, *Maison de retraite publique Vertheuil*.

²¹⁵ CDBF, 16 mars 1988, n° 75-216, *Caisse de retraite et de prévoyance de la boucherie, boucherie charcuterie et boucherie hippophagique française (CARBOF)*.

Pour la prescription de manière générale; v. également CDBF, 04 avril 2001, n°133-880-I038010, *Office public intercommunal d'habitations à loyer modéré (OPHLM)*; CDBF, 10 avril 2015, préc.; Pour la date interruptive de la prescription, v. CDBF, 29 avril 2011, n°175-797, *Lycée Albert Schweitzer du Raincy et GRETA Tertiaire Sud 93.*, CE, 26 mai 1999, *Reynard*, Rec. Cour des comptes, p. 120; CDBF, 30 juin 2006, n° 154-551, *SIVOM de la région d'Etaples-sur-Mer*.

²¹⁶ CDBF, 15 déc. 2017, préc.

²¹⁷ CDBF, 3 mai 2018, préc.

Longtemps critiquée pour sa faible activité juridictionnelle, il est néanmoins possible de constater que la CDBF se montre de plus en plus audacieuse en faisant parfois des interprétations extensives. Preuve de son audace, ayant constaté qu'une décision prise en période prescrite avait poursuivi ses effets en période non prescrite, elle a considéré qu'elle pouvait examiner l'ensemble des opérations sans que soit méconnue la règle de prescription prévue par l'article L. 314-2 du CJF. Dans cette affaire²¹⁸, la Cour va plus loin dans son interprétation en décidant d'analyser les opérations qui sont couvertes par la prescription alors que dans l'arrêt « ONAC » précédemment cité, elle avait opéré un raisonnement contraire. En effet, dans l'espèce « ENFA²¹⁹ », la Cour, après avoir relevé que trois des treize marchés pour lesquels elle était saisie avaient été passés en période prescrite, a considéré que « les irrégularités ayant entaché la procédure de passation de ces trois marchés étaient, à les supposer établies, couvertes par la prescription » avant de poursuivre que « la règle de la prescription ne faisait pas obstacle à ce qu'elle procède à l'examen des conditions d'exécution de ces marchés publics, pour la période d'exécution postérieure à la date d'acquisition de la prescription ».

La lecture de cette espèce démontre que la Cour n'a pas véritablement analysé les conditions de passation du marché pour cause de prescription, mais a simplement analysé les conditions d'exécution. L'ensemble de l'opération (passation — exécution) ne fut donc pas analysé comparativement à l'espèce « ENFA ».

En dehors de la prescription, eu égard au principe d'indépendance des poursuites, il arrive que la Cour se prononce sur la règle *non bis in idem*.

§ 2. La règle non bis in idem

La question de la règle *non bis in idem* se pose devant la CDBF dans la mesure où, comme le souligne le président Descheemaeker²²⁰ « la notion de règles d'exécution des recettes et des dépenses puis celle d'avantage injustifié peuvent englober des infractions pénales ». Cela amène à étudier la règle *non bis in idem* et ses justifications (A) puis son interprétation dans le contentieux financier répressif (B).

²¹⁸ CDBF, 12 oct. 2018, préc.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ DESCHEEMAEKER Christian, « Cour de discipline budgétaire et financière », LexisNexis administratif, préc., § 159.

A. La règle non bis in idem et ses justifications

Bis de eadem re agere ne liceat, écrivait Julius Victor²²¹ dans son traité d'art de la rhétorique. Il voulait dire par là « qu'il ne soit pas permis de faire une action en justice deux fois sur la même affaire ».

La règle *non bis in idem* signifie que nul ne peut être poursuivi et jugé une deuxième fois à raison des mêmes faits. Il s'agit d'un principe ancien dont on retrouve les traces dans le droit romain. À l'époque, l'idée était qu'une personne acquittée pour un crime ne pouvait plus être accusée de ce crime²²². Le *non bis in idem* a pour objectif la protection de l'individu. Il constitue à cet effet un rempart contre la multiplication des poursuites à son égard²²³.

La règle *non bis in idem* est consacrée par les instruments juridiques nationaux et supranationaux. Sur le plan international, elle est exprimée à l'article 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. À l'échelle européenne, la règle est consacrée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en son article 50 ou encore par l'article 4 du protocole n° 7 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH). En droit interne, elle est garantie notamment par les articles 6, 368 et 692 du code de procédure pénale et l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC).

Par ailleurs, le juge administratif de droit commun a, dans une décision, élevé le *non bis in idem* au rang de principe général de droit²²⁴. Cependant, il faut noter que c'est une règle qui n'a toujours pas de valeur constitutionnelle, quoique le Conseil d'État²²⁵ le rattache à un principe à valeur constitutionnelle qui est celui de la nécessité des peines. Néanmoins et comme le

²²¹ VICTOR Julius, *Ars rethorica*, p. 15 cité par DUCOS Michèle, FRUYT Michèle, « Origine de l'adage juridique *Non bis in idem* », *Revue de Linguistique latine du Centre Alfred ERMOUT (De Lingua Latina)*, Université Paris Sorbonne, 2017, p. 24.

²²² Rescrit d'Antonin le Pieux cité par Ulpien (Digeste 48, 2, 7, 2) cité par VANDERMEEREN Roland, « La double peine : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », *AJDA*, 2003, p. 1854.

²²³ FUCINI Sébastien, « Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits » in *Les nouveaux problèmes actuels des sciences criminelles*, PUAM, n° 25, 2014, p. 147-176.

²²⁴ CE, 23 avril 1958, n° 1-436, *Commune du petit Quevilly* ; v. CE, 30 déc. 2016, n°395681, *Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA)*.

²²⁵ CE, avis, 29 févr. 1996, n°358597.

souligne monsieur Vandermeeren²²⁶, le Conseil constitutionnel, par sa jurisprudence, veille à ce qu'une double répression n'entraîne pas des conséquences incompatibles avec le principe de proportionnalité.

Ce faisant, vu le principe d'indépendance des poursuites²²⁷ et dans l'hypothèse où la responsabilité du gestionnaire public se trouverait engagée à plusieurs niveaux, la Cour avant de procéder à un exercice de qualification juridique des faits, peut être amenée à interpréter la règle *non bis in idem*.

B. L'interprétation de la règle non bis in idem dans le contentieux financier répressif

La Cour, depuis les décisions du Conseil constitutionnel qui ont eu pour effet d'assortir progressivement la règle de quelques réserves (1), a eu l'occasion d'interpréter le *non bis in idem* (2).

1. Une règle progressivement assortie de réserves

Saisi d'une QPC en 2014 sur la constitutionnalité, notamment des articles L. 311-2, L. 311-3 du CJF, le juge de la rue Montpensier²²⁸ avait alors souligné que « le principe de la nécessité des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne, puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou pénale en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions ». Dans cette décision, il avait toutefois émis une réserve. Il a considéré que « les autorités judiciaires et disciplinaires doivent veiller à ce que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ». La professeure Damarey²²⁹, rappelant brièvement l'échec de la réforme de 2009

²²⁶ Cons. const. 30 déc. 1997, n°97-395 DC.

²²⁷ V. CE, 15 nov. 2006, n° 253904.

²²⁸ V. en ce sens LE BOT Olivier, « Organisation et procédure devant la Cour de discipline budgétaire », obs. sous Cons. const., 24 oct. 2014, n°2014-423 QPC, *M. Stéphane R. et autres, Constitutions*, 2014, p. 492.

²²⁹ DAMAREY Stéphanie (obs.). Les articles L. 311-2, L. 311-3, L.311-5, L. 313-1, L. 313-4, L. 313-6, L. 313-7-1, L. 313-11, L. 314-3, L.314-4 et L. 314-18 du code des juridictions financières relatifs à la CDBF sont-ils contraires à la Constitution ? *BJCL*, n° 12, déc. 2014, p. 837-839.

concernant la responsabilité financière des gestionnaires publics, a souligné à juste titre que si les dispositions en cause avaient été déclarées inconstitutionnelles, une modification desdites dispositions et celles relatives à la CDBF elle-même s'imposaient.

Par ailleurs, une autre QPC relative à l'arrêt « Consortium de réalisation (CDR) et Établissement public de financement et de restructuration²³⁰ » sera également transmise au Conseil constitutionnel. Les requérants contestaient la constitutionnalité de l'article L. 314-18 du CJF et l'interprétation faite de la règle *non bis in idem*.

Le Conseil constitutionnel se prononça par une décision du 1^{er} février 2016, en déclarant conforme à la Constitution, l'article L. 314-18 tout en émettant deux réserves dont l'une est la reprise de celle formulée dans la QPC de 2014. Selon le Conseil constitutionnel²³¹ « si les dispositions contestées n'instituent pas par elles-mêmes un mécanisme de double poursuite et de double sanction (devant la juridiction pénale et devant la Cour de discipline budgétaire et financière), elles le rendent toutefois possible. Ces éventuels cumuls de poursuites et de sanctions doivent, en tout état de cause, respecter le principe de nécessité des délits et des peines, qui implique qu'une même personne ne puisse faire l'objet de poursuites différentes conduisant à des sanctions de même nature pour les mêmes faits, en application de corps de règles protégeant les mêmes intérêts sociaux ».

L'analyse de ce considérant conduit à distinguer le « *non bis in idem* » du « *non bis poena in idem* ». En effet, selon monsieur Vandermeeren²³², « le premier a une portée large et interdit l'exercice de deux actions répressives à l'encontre d'une même personne et à raison des mêmes faits, et, plus particulièrement, de faits identiques dans leur matérialité et leur qualification » alors que le second en plus d'être « l'une des composantes du premier a une portée restreinte, car limité entre autres aux conditions de l'infliction ou de l'exécution de deux sanctions à raison d'une même infraction ».

²³⁰ CDBF, 22 mai 2014, n° 192-694/695-I, *Consortium de réalisation (CDR) et Établissement public de financement et de restructuration (EPFR)*.

²³¹ Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n°2016-550 QPC, *M. Stéphane R. et autres*.

²³² VANDERMEEREN Roland, préc. p. 1854 ; v. aussi BERNARD Diane, « Les solides frontières du principe *non bis in idem* : fondements et objectifs en droit européen et international », in BERNARD Diane, GUILLAIN Christine, SCALIA Damien (dir.), *Fondements et objectifs des incriminations et peines en droit européen et international*, Anthémis, 2014, p. 389-408 ; v. aussi HENZELIN Marc, « *Non bis in idem*, un principe à géométrie variable », *RPS*, t. 123, fasc. 4, 2005, p. 345.

Eu égard à sa nature répressive et la pluralité de responsabilités qu'encourent les gestionnaires publics, la Cour est parfois amenée à se prononcer sur la règle *non bis in idem*.

2. Quelques illustrations de l'interprétation de la règle non bis in idem par la CDBF

Deux directeurs successifs ont été poursuivis et condamnés par le TGI de Paris le 4 décembre 2015. Ils furent condamnés à une amende délictuelle égale ou supérieure à 12 000 €, pour avoir passé des marchés de prestations sans publicité ni mise en concurrence. Les deux directeurs étant également renvoyés devant la Cour, celle-ci raisonne en utilisant un faisceau d'indices :

- les deux directeurs ont enfreint les règles d'exécution des recettes et des dépenses concernant la passation des marchés publics ;
- elle constate également que les personnes renvoyées avaient déjà été condamnées pour les mêmes faits par le TGI de Paris ;
- que les sanctions qu'ils encouraient étaient de même nature que celles préalablement prononcées par la juridiction pénale ;
- que les intérêts sociaux protégés par l'article L. 313-4 du CJF étaient au cas de l'espèce, les mêmes que ceux garantis par l'article 432-14 du code pénal.

Après une appréciation minutieuse des différents éléments de l'affaire, la Cour²³³ s'est bornée à ne pas prononcer de nouvelles sanctions. MM. Hauptmann et Péhau²³⁴ ont souligné que cette décision soulève des interrogations. Ils mettent notamment en relief le fait que la Cour procède à une interprétation très souple du critère relatif aux « intérêts sociaux ». Selon eux, « l'objet du délit de favoritisme vise à prémunir les citoyens des élus corrompus alors que la finalité du code des juridictions financières est et tend à protéger les deniers publics ». Ils s'interrogent également si dans les deux espèces les valeurs sont identiques, d'autant plus que, poursuivent-ils, d'un côté, il s'agit de l'ordre public général, et de l'autre côté, de l'ordre public

²³³ CDBF, 30 déc. 2016, n°212-735 II, *Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse (CIPAV)*.

²³⁴ HAUPTMANN Nicolas, PÉHAU Nicolas, « La Cour de discipline budgétaire et financière à l'épreuve du non bis in idem », *AJDA*, 2017, p. 1940.

financier²³⁵. En effet, « le droit pénal est intéressé par des comportements qui constituent une violation de l'ordre juridique et opposent leurs auteurs au corps social, tout entier, alors que le droit répressif disciplinaire applicable devant les juridictions financières poursuit des comportements attentatoires à un champ institutionnel plus restreint que celui de la société étatique dans sa globalité²³⁶ ».

Dans un arrêt rendu en 2017, la Cour²³⁷ va écarter la règle *non bis in idem* au motif qu'aucune des personnes renvoyées n'avait l'objet fait d'une condamnation définitive par le juge pénal. Deux années après, dans sa décision du 2 décembre 2019²³⁸ relative à des commandes de prestations informatiques passées sans aucune publicité adaptée, alors que le montant des marchés en imposait, la Cour aura l'occasion de se prononcer une nouvelle fois sur la règle *non bis in idem* et le cumul des sanctions disciplinaires et pénales.

Dans cette affaire, la défense de la personne renvoyée devant la CDBF soutenait que celle-ci avait fait l'objet de poursuite pénale (classée sans suite), et d'une procédure disciplinaire (exclusion temporaire de 18 mois). Le cumul de ces poursuites porte donc atteinte à la règle *non bis in idem*, selon la défense — appelant ainsi la Cour à dispenser leur client de sanction.

Dans son raisonnement, la Cour va au préalable s'appuyer sur un arrêt rendu par le Conseil d'État²³⁹, pour rappeler la réserve formulée par la France, qui accompagne l'instrument de ratification du protocole n° 7 annexé à la CESDH. En effet, la règle *non bis in idem* définie par l'article 4 dudit protocole ne trouve à s'appliquer que pour « les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale ».

La Cour²⁴⁰ a ainsi jugé que le protocole n° 7 était inapplicable en l'espèce. Subséquemment, en s'appuyant sur la Cour de cassation, elle va rappeler que le classement sans

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ PETIT Serge, « La nature des sanctions prononcées par la CDBF », *LPA* n° 131, 02 juillet 2007, p. 11.

²³⁷ CDBF, 15 déc. 2017, préc.

²³⁸ CDBF, rapp. d'activité 2020, p. 73.

²³⁹ CE, 12 oct. 2018, n° 408567, *SARL Super Coiffeur*.

²⁴⁰ La Cour a l'habitude de rejeter ce type d'argument. En effet, dans un arrêt du 20 avr. 1988, elle a jugé que les procédures disciplinaires engagées contre une personne ne sauraient priver la Cour du pouvoir de sanctionner les fautes de gestion commises par cet agent. CDBF, 20 avr., n° 76-202, *Caisse interprofessionnelle de retraite des commerçants détaillants de la région Parisienne (CIRCD)*.

suite d'une enquête préliminaire n'est pas un acte juridictionnel au sens de l'article 75 du code de procédure pénale et n'a pas l'autorité de la chose jugée. Elle rejette le moyen soulevé par la défense, tenant au non-respect du *non bis in idem*. In fine, la Cour²⁴¹ se basant sur les deux QPC relatives au principe de proportionnalité et de nécessité des peines (v. supra) a jugé que les sanctions encourues ou prononcées n'étaient pas de même nature avant de poursuivre que « le cumul est donc possible sans que la défense ne puisse invoquer la méconnaissance du principe *non bis in idem* ».

Malgré l'existence de la règle *non bis in idem*, on voit que les gestionnaires publics peuvent faire l'objet de plusieurs poursuites pour les mêmes faits devant différentes juridictions²⁴². En pareilles circonstances, on pourrait s'interroger sur ce qui reste de cette règle. Certains auteurs ont affirmé que « *non bis in idem* n'est pas français²⁴³ ». Cela se vérifie encore dans la décision rendue par la Cour le 5 juillet 2022²⁴⁴ dans laquelle le directeur général d'une SPL a été déclaré coupable suite à un jugement du tribunal correctionnel de Mamoudzou, pour délit de favoritisme. Le ministère public ayant exclu du champ les faits qui ont conduit à la condamnation du directeur par le juge pénal, la Cour n'a donc pas eu à statuer sur la règle *non bis in idem*. Après un exercice de qualification juridique des faits, la Cour a retenu la responsabilité de la personne renvoyée sur le fondement des articles L. 313-4 et L. 313-6 du CJF.

Les juridictions des comptes ont la même approche concernant la règle *non bis in idem*. En effet, une personne renvoyée devant la Cour des comptes pour gestion de fait avait, bien avant, vu sa responsabilité pénale engagée. Devant la Cour des comptes, elle soutenait que les poursuites pour gestion de fait portent sur le défaut d'encaissement des sommes, faits constitutifs d'un détournement de fonds publics, et pour lesquels il a été relaxé consécutivement à un jugement du tribunal correctionnel d'Amiens. La Cour des comptes²⁴⁵ rejette cet argument

²⁴¹ CDBF, 2 déc. 2019, n°238-794, *Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et du plein emploi (Directe) d'Alsace* ; v. aussi DAMAREY Stéphanie et VANDENDRIESSCHE Xavier, « Chronique de jurisprudence financière, Novembre 2019 à février 2020 », *Gest. Fin. Pub.*, n° 2, 2020, p. 153-164 ; v. aussi HAUPTMANN Nicolas, PÉHAU Nicolas, « La CDBF clarifie le *non bis in idem* », *AJDA*, 2020, p. 617.

²⁴² En réalité le *non bis in idem* ne vaut que pour les juridictions d'un même ordre.

²⁴³ VILLEMOT Dominique, « Le cumul des sanctions fiscales et pénales est constitutionnel, mais encadré Non bis in idem n'est pas français », obs. sous Cons. const., QPC 2016-545 et 2016-546 du 24 juin 2016, *Gest. Fin. Pub.*, n° 2, 2017, p. 101-107.

²⁴⁴ CDBF, 05 juill. 2022, préc.

²⁴⁵ C. comptes, 15 sept. 2020, n° S-2020-1404, *Gestion de fait des deniers du Collège William-Henri Classen à Ailly-sur-Noye (Somme)*.

en rappelant la réserve formulée par la France, contenue dans l'instrument de ratification du protocole additionnel n° 7 de la CESDH du 17 février 1986 avant de juger que « le principe *non bis in idem*, tel que le définit le requérant en se référant aux jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, n'est pas applicable à la présente affaire ».

On voit donc que, de manière générale, les juridictions financières ont une approche très rigoureuse de la règle *non bis in idem*.

La CDBF, après s'être prononcée sur cette règle, puis procédée à un exercice de qualification juridique des faits, et avoir situé le degré de responsabilité des personnes renvoyées, prononce des sanctions.

Section 2. Les sanctions susceptibles d'être prononcées

Le prononcé d'une sanction, du moins d'une amende par la Cour, n'est pas obligatoire quand bien même elle aurait constaté des irrégularités. L'espèce « Centre hospitalier d'Ajaccio²⁴⁶ » constitue une illustration parmi d'autres. En effet, la Cour a jugé que « le fait d'avoir poursuivi des achats sur bons de commande alors que le marché était arrivé à son terme constitue une infraction aux règles relatives à l'exécution des dépenses au sens de l'article L. 313-4 du code des juridictions financières ». Analysant minutieusement les circonstances de l'espèce comme elle le fait à l'accoutumée, la Cour rappelle que « [...] M. X... a passé avec la société Y... un marché particulier avant de quitter ses fonctions fin août 2015 ; qu'il a manifesté au total, dans des circonstances très difficiles, le souci de concilier le respect des impératifs de santé publique, l'adhésion à la recherche d'une solution régionale pour le traitement des DASRI et la préservation des intérêts de l'hôpital dont il avait la charge ; que l'ensemble de ces faits sont de nature à constituer des circonstances absolutoires de responsabilité pour M. X ». Ainsi, la reconnaissance des circonstances absolutoires par la Cour a pour effet de dispenser de peine la personne poursuivie.

Toutefois, comme le soulignent MM. Hauptmann et Péhau²⁴⁷, la dispense de sanction est différente de la relaxe. Concrètement, la dispense de sanction renvoie à la situation dans laquelle l'infraction se trouve caractérisée, mais compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour décide de ne pas prononcer de sanction. Tandis que le cadre de la relaxe, l'irrégularité n'a pas pu être caractérisée, et donc aucune charge n'est retenue contre la personne poursuivie. De manière analogue, l'espèce « Centre hospitalier de Givors²⁴⁸ » délimite les frontières entre ces deux notions. D'abord, la Cour n'a pas prononcé de sanction après avoir procédé à une analyse circonstanciée des faits. Ces circonstances concernaient notamment le fort investissement de la directrice dans ses missions premières. Ensuite, la Cour va refuser de prononcer la relaxe des personnes renvoyées, car « les circonstances prises en compte n'avaient pas pour effet de faire disparaître les infractions, mais conduisaient à ne pas prononcer de sanction ».

²⁴⁶ CDBF, 13 février 2019, n°230-805, *Centre hospitalier d'Ajaccio*.

²⁴⁷ HAUPTMANN Nicolas et PÉHAU Nicolas, « La CDBF et la dispense de sanction pécuniaire », obs. sous CDBF, 16 nov. 2016, n°211-739, *Centre hospitalier de Givors.*, *AJDA*, 2017, p. 932.

²⁴⁸ CDBF, rapp. d'activité, 2017, p. 49-50.

Avant le prononcé des sanctions dont l'échelle est limitée (§2), la Cour prend en compte les circonstances de l'espèce (§1).

§ 1. La prise en compte des circonstances de l'espèce, un office réellement subjectivisé

La prise en compte des circonstances de l'espèce devant la CDBF rappelle l'office du juge des comptes. Concrètement, selon un adage, le juge des comptes juge les comptes des comptables publics²⁴⁹. Cependant, au fil du temps l'office du juge des comptes s'est subjectivisé. L'arrêt CEDH, 12 avril 2005,²⁵⁰ *Martinie c/France* illustre ce constat. Par ailleurs, comme l'a rappelé le Conseil d'État²⁵¹ dans l'espèce « *Occansey* », les circonstances de l'espèce sont prises en compte à l'occasion du prononcé d'une sanction ayant le caractère d'une punition.

Ainsi, sur les sept arrêts rendus en 2020 par la CDBF, deux ont trait à la commande publique. Dans ces deux affaires, alors que l'infraction au regard de l'article L. 313-4 du CJF était caractérisée, la Cour va accorder des circonstances atténuantes aux personnes poursuivies²⁵².

En outre, l'analyse des arrêts rendus cette dernière décennie, surtout ceux relatifs aux marchés publics, démontre qu'elle retient plus de circonstances atténuantes que de circonstances aggravantes.

La prise en compte des circonstances de l'espèce par le juge de la discipline budgétaire et financière montre que son office est réellement subjectivisé, comme l'illustre son tout premier arrêt²⁵³. En outre, l'espèce « *EHPAD de Durtal*²⁵⁴ » constitue un exemple mettant en

²⁴⁹ CE, 12 juill. 1907, n° 29.933, *Nicolle, TPG de la Corse c/ Ministre des Finances*, Conclu. ROMIEU Jean ; v. aussi CJF art. L. 111-1.

²⁵⁰ Pour la subjectivisation de l'office du juge des comptes, v. BERNARDINIS Christophe, « Le juge des comptes et les conséquences de la nouvelle subjectivisation de son office », *Gest. Fin. Pub.*, n° 44, 2020, p. 93-112 ; v. aussi DAMAREY Stéphanie, « Les mythes du contentieux financier : place à la démystification », *préc.*, p. 75-83.

²⁵¹ CE, 21 oct. 2013, n° 367107, *Occansey*.

²⁵² CDBF, 19 nov. 2020, n° 244-818, *Agence pour l'enseignement français à l'étranger (AEFE)*.

²⁵³ CDBF, 28 juin 1954, n°1-111, *Maison centrale de Melun*.

²⁵⁴ CDBF, 14 juin 2016, n°208-737, *Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) de Durtal*.

relief la subjectivité de l'office de la Cour. En effet, dans cette affaire qui portait sur des marchés de travaux et plusieurs commandes, la Cour, dans la prise en compte des circonstances de l'espèce, surtout atténuantes, souligne que « la directrice a pu se sentir isolée dans l'exercice de ses fonctions ; n'a pas reçu de conseils ou d'alertes des comptables successifs ; a agi en informant le conseil d'administration ».

Dans une large mesure, la prise en compte des circonstances de l'espèce peut s'assimiler à un allègement de la responsabilité encourue par le gestionnaire public devant la CDBF. En effet, dans une affaire relative à un marché fractionné, alors que l'infraction prévue à l'article L. 313-4 du CJF était caractérisée, la Cour a retenu comme circonstances atténuantes à l'égard du gestionnaire public poursuivi « la taille de l'établissement, l'étendue de son réseau et la sensibilité de ses missions²⁵⁵ ».

D'autres arrêts de la Cour viennent corroborer le constat relatif à l'atténuation de la responsabilité des gestionnaires publics. Concrètement, dans un arrêt du 16 juin 2015,²⁵⁶ alors qu'elle avait caractérisé les infractions prévues aux articles L. 313-4 et L. 313-6 du CJF, la Cour a considéré que « les dirigeants du port avaient pu prendre des décisions irrégulières en raison de la crainte qu'ils éprouvaient d'une rupture de la continuité du service public portuaire » et leur a accordé des circonstances atténuantes, mais non absolutoires de responsabilité. Toujours dans la même espèce, la Cour a accordé des circonstances absolutoires au président du directoire, lequel « a réussi à mener à son terme le processus de renouvellement du prestataire à l'issue d'un troisième appel d'offres », et à « deux cadres subordonnés qui ne disposaient d'aucune marge de manœuvre en matière d'engagement et de contrôle des dépenses concernant ces prestations de nettoyage ».

Il est des cas où la Cour retient les circonstances aussi bien atténuantes qu'aggravantes, à l'égard d'une même personne. En effet, dans un arrêt du 3 mai 2018²⁵⁷, elle a retenu comme circonstances atténuantes « l'urgence et la pression de la tutelle pour régulariser la situation des anciens combattants, ainsi que le défaut d'alerte du contrôleur budgétaire et de l'agent comptable ». Toutefois, « le caractère répété et particulièrement caractérisé des manquements

²⁵⁵ CDBF, 19 nov. 2020, préc.

²⁵⁶ CDBF, 16 juin 2015, *Grand port Maritime de Nantes – Saint-Nazaire*.

²⁵⁷ CDBF, 03 mai 2018, préc.

aux règles de la commande publique » a été considéré par la Cour comme circonstances aggravantes.

Sur ce point, elle semble faire preuve de constance. Autrement dit, il faut des agissements répétés, mais aussi des manquements aux règles relatives au droit de la commande publique pour caractériser les circonstances aggravantes²⁵⁸.

Si la Cour fait souvent preuve de clémence en prenant en compte les circonstances de l'espèce, force est de constater que certaines circonstances sont inopérantes. C'est ce qu'elle a souligné dans un arrêt de 27 novembre 1996²⁵⁹ portant sur la gestion de marchés relatifs à la réalisation d'un plan d'informatisation du ministère. En effet, la Cour a jugé que « les difficultés de conception et de mise en œuvre, qui avaient été gravement sous-estimées, ne peuvent justifier les infractions à la réglementation des marchés publics ».

Dans le même registre, la notification tardive d'un marché du fait des problèmes d'ordre administratif²⁶⁰ ou encore le contexte particulier prévalant dans un pays²⁶¹ sont des circonstances inopérantes.

À titre subsidiaire, la prise en compte des circonstances de l'espèce est justifiée notamment par le fait que la CDBF a pour objectif de protéger l'ordre public financier et non de réprimer les atteintes à la probité²⁶², quoique dans certaines affaires elle fait référence à celle-ci (v. infra).

Après avoir analysé, les circonstances de l'espèce, c'est ainsi que la Cour prononce éventuellement des sanctions. Il s'avère au regard des textes et de la jurisprudence de la Cour, que l'échelle de sanctions est limitée²⁶³.

²⁵⁸ CDBF, 26 juin 1992, préc. ; v. aussi CDBF, 14 juin 2016, préc.

²⁵⁹ CDBF, 27 nov. 1996, n°113-336, *Ministère de la justice, marchés de prestations informatiques*.

²⁶⁰ CDBF, 08 avr. 1998, n°123-328, *Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles (FAS)*.

²⁶¹ CDBF, 23 déc. 2002, n° 139-405, *Mission de coopération et d'action culturelles (MCAC) de N'Djaména*.

²⁶² BERTUCCI Jean-Yves, FROMENT-MEURICE Anne, GROPER Nicolas et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence financière*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2019, p. 557.

²⁶³ Il est déplorable de constater que la Cour ne peut prononcer que des sanctions pécuniaires.

§ 2. Une échelle de sanctions limitée

Cela se traduit par le fait que la Cour ne peut prononcer qu'une amende, laquelle est de nature ambiguë et généralement modique (A). En outre, elle a la possibilité de publier l'arrêt au Journal officiel. La publicité de l'arrêt constitue à cet effet une sanction morale visant à renforcer l'exemplarité (B).

A. L'amende : De l'ambiguïté de sa nature à son caractère généralement modique

Amende à « caractère spécifique²⁶⁴ » ; amende qui s'apparente à une « réparation forfaitaire²⁶⁵ » ; « sanction professionnelle originale²⁶⁶ » ; « amende à caractère pénal au sens de l'article 6-1 de la CESDH²⁶⁷ » ; « sanctions *sui generis* susceptibles de s'ajouter aux mesures disciplinaires de droit commun²⁶⁸ », la nature de la sanction (amende) prononcée par la Cour a toujours fait l'objet de nombreux débats notamment au sein de la doctrine.

Cependant, la Cour des comptes indiquait dans un arrêt du 30 septembre 1992²⁶⁹ que « les amendes de la CDBF présentent les mêmes caractères que les amendes prononcées par la Cour des comptes en cas de gestion occulte ». En ce qui concerne le juge administratif de droit commun, celui-ci a indiqué que les amendes de la CDBF ne présentaient pas un caractère disciplinaire²⁷⁰ encore moins pénal au sens des lois d'amnistie²⁷¹. La CDBF a jugé dans certains arrêts que l'amende prononcée n'est ni de nature pénale, disciplinaire ou encore moins

²⁶⁴ BANDET Pierre, *Les obligations des fonctionnaires des trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 1999, p. 111.

²⁶⁵ COLLIARD Claude-Albert, « Les irrégularités budgétaires et leurs sanctions », Dalloz, 1949, p. 65.

²⁶⁶ PLANTEY Alain, *La fonction publique*, Litec, 1991, p. 661 cité par CHARZAT Jean-Michel, *op cit.*, p. 172.

²⁶⁷ ECKERT Gabriel, « Application de l'art. 6 de la Convention européenne au contentieux devant la CDBF, obs. sous CE, Sec., 30 oct. 1998, n°159444, *Lorenzi*, *RDP*, n° 2, 1999, p. 633-649.

²⁶⁸ TERCINET Marcel René, « Cour de discipline budgétaire et financière et responsabilité des élus locaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, PUG, 1995, p. 451-472.

²⁶⁹ C. comptes, 30 sept. 1992, *Nucci*, *Carrefour du développement*.

²⁷⁰ CE, ass., 30 juin 1961, *Procureur général près la Cour des comptes*.

²⁷¹ CE, 15 nov. 2006, n°253904, *M.G.*

professionnelle²⁷². En se référant à l'intitulé du chapitre III du titre III du CJF, on peut déduire le caractère répressif de l'amende, ce qui fait d'elle une sanction²⁷³.

L'ambiguïté de la nature de l'amende est probablement la conséquence du flou autour de la véritable nature de la Cour. En effet, tantôt « juridiction administrative spécialisée, de nature répressive », tantôt « juridiction administrative à vocation répressive²⁷⁴ », ou encore « juridiction pénale au sens de l'article 6 § 1 de la CESDH », « juridiction disciplinaire spéciale²⁷⁵ », voire « un ordre de juridiction²⁷⁶ ». Monsieur Philippe Séguin²⁷⁷, ancien Premier président de la Cour des comptes, soulignait aussi l'ambiguïté de la nature de la Cour avant de conclure « [...] qu'elle est un véritable tribunal financier [...] ».

En dehors du débat relatif aux caractéristiques de l'amende et celles de la Cour, cette dernière, après constatation et caractérisation des irrégularités, peut condamner le gestionnaire public au moyen d'une amende. En vertu de l'article L. 313-1 du CJF, le montant minimum de l'amende que peut prononcer la Cour est de 150 €. En présence d'un avantage injustifié, le montant est multiplié par deux. Dans la fixation du montant de l'amende, le traitement perçu par la personne poursuivie est pris en compte. Quid de l'hypothèse dans laquelle la personne poursuivie ne perçoit pas de traitement ? L'article 313-8 du CJF indique que « lorsque les personnes visées aux articles L. 313-1 à L. 313-7-1 ne perçoivent pas une rémunération ayant le caractère d'un traitement, le maximum de l'amende pourra atteindre le montant du traitement brut annuel correspondant à l'échelon le plus élevé afférent à l'emploi de directeur d'administration centrale ».

Par ailleurs, ce qui peut sembler relativement curieux est l'écart abyssal entre le montant de l'amende infligée et les conséquences financières engendrées par l'irrégularité. À titre

²⁷² CDBF, 28 juin 1954, préc. ; v. aussi CDBF, 12 avr. 1995, *Ambassade de France auprès des Émirats Arabes Unis (2^e arrêt)*.

²⁷³ DAMAREY Stéphanie, *Exécution et contrôle des finances publiques*, Gualino, 2007, p. 373.

²⁷⁴ WASERMAN Franck, « L'application du principe non bis in idem et les procédures devant la CDBF », *RDCA*, 2016, p. 456.

²⁷⁵ Cons. const., 24 oct. 2014, QPC n° 2014-423. Il faut toutefois préciser que ce qualificatif n'est plus d'actualité. v. MOUZET Pierre, « Responsabilité financière des gestionnaires publics : l'occasion gâchée », *AJDA*, 2017, p. 130.

²⁷⁶ Cons. const., 3 mars 2005, n° 2005-198.

²⁷⁷ SÉGUIN Philippe, allocution du 10 mars 2006, [en ligne], [Consulté le 10 juill. 2022], disponible sur <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/06receptionCdbf.pdf>

d'exemple, la Cour, après avoir retenu la responsabilité de l'ancien directeur de la Commission du film d'Île-de-France pour divers manquements, notamment le fait de s'être octroyé de nombreuses primes s'élevant à près de 67 000 €, alors que son contrat ne le prévoyait pas et en l'absence également de toute autorisation du conseil d'administration, sanctionne ledit directeur à une amende de 5 000 €²⁷⁸. Cet écart peut être justifié par le fait que la Cour n'est pas dans une logique de réparation intégrale du préjudice, logique qui appelle à établir un lien entre le montant de l'amende et l'évaluation faite du préjudice. Par conséquent, cela conduit à distinguer la sanction de la réparation. En effet, alors que la première est « l'ensemble des mesures frappant son destinataire sans proportion avec le dommage causé²⁷⁹ », la seconde n'est axée que sur le préjudice²⁸⁰.

En outre, il faut préciser le caractère personnel de l'amende et l'absence de condamnation *in solidum* devant la Cour. Autrement dit, quand bien même plusieurs personnes seraient impliquées dans une affaire, les responsabilités et les sanctions qui en découlent sont individualisées²⁸¹. Le montant de l'amende est déterminé après un contrôle de proportionnalité opéré entre les circonstances de l'espèce et le degré d'importance des irrégularités relevées²⁸². En cas de cumul des sanctions, le cumul des sanctions éventuellement prononcées ne doit pas dépasser le quantum le plus élevé de l'une des sanctions encourues²⁸³.

En complément de l'amende, s'offre à la Cour la possibilité de publier l'arrêt, notamment au Journal officiel. Cela vise à renforcer l'exemplarité.

²⁷⁸ CDBF, 15 nov. 2021, n° 253-834, *Commission du film d'Île-de-France*. Dans l'espèce « *Commune de Sarcelles – Société d'économie mixte (SEM) Sarcelles Chaleur*, alors que le préjudice subi par la SEM et le Trésor public s'élevait à 557 141€, son auteur ne sera condamné qu'à une amende de 7 000 €. v. CDBF, 13 juin 2003, n°141-385, *Cne de Sarcelles – Société d'économie mixte (SEM) Sarcelles Chaleur*.

²⁷⁹ DEGOFFE Michel, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, *op cit.*, p. 8.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ On retrouve le même principe dans le cadre du régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics. En effet, l'article 131-16 de l'ordonnance du 23 mars 2022 dispose que les amendes sont déterminées individuellement pour chaque personne sanctionnée ; v. aussi Cons. const. 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*.

²⁸² DAMAREY Stéphanie, « Faute de gestion – Administrateurs, attention aux sanctions ! », *Juris associations*, 2016, n° 542, p. 35.

²⁸³ Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*.

B. La publicité de l'arrêt : Une sanction morale visant à renforcer l'exemplarité

À l'origine, dans la loi portant création de la Cour, il n'existait aucune disposition relative à une éventuelle publication de l'arrêt. Ce n'est qu'à partir de la loi n° 56-1193 qu'il a été décidé de faire mention des arrêts de condamnation au Journal officiel²⁸⁴. Les lois du 31 juillet 1963 et celles du 13 juillet 1971²⁸⁵ marqueront une évolution législative quant aux modalités de publication des arrêts de la Cour. Cependant, le doyen Molinier²⁸⁶ soulignait déjà le fait que la quasi-totalité des arrêts de la Cour a fait l'objet de publication au Recueil Lebon à partir de l'exercice 1961. L'article L. 313-15 du CJF dispose que « la Cour peut décider de la publication de l'arrêt selon les modalités qu'elle fixe ».

Ces modalités de publication consistent pour la Cour, entre autres, à publier l'arrêt de manière intégrale au *JORF*, et en version anonymisée sur son site internet ou encore l'établissement d'un lien concernant l'arrêt, entre le site internet de la Cour et le Journal officiel, pour une durée d'un mois.

Comparativement à certains pays comme Madagascar, où les audiences sont privées²⁸⁷, alors que la décision du Conseil de discipline budgétaire et financière (CDBF) se borne à dire que la présente décision sera notifiée à l'intéressé, au ministère des Finances et du Budget (Direction générale de la gestion financière et du personnel de l'État) et l'autorité de saisine, il n'est nullement fait mention, comme en France dans les arrêts de la CDBF, que la décision sera publiée au Journal officiel. Cependant, cette absence de mention expresse dans la décision, d'une publication au Journal officiel, semble ne pas faire obstacle à sa publication, comme en témoignent certaines décisions du CDBF²⁸⁸.

²⁸⁴ Loi n°56-1193 du 26 nov. 1956, art. 3.

²⁸⁵ V. DAMAREY Stéphanie, « Le citoyen et le juge financier », in BOUDET Jean-François et CABANNES Xavier (dir.), *Finances publiques citoyennes*, LGDJ, 2017, p. 225-235.

²⁸⁶ MOLINIER Joël, « La jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière », in MAURY Jacques, *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université Toulouse 1 Capitole, 1978, p. 839-851.

²⁸⁷ Loi n° 2004-006 du 26 juill. 2004 portant réorganisation et fonctionnement du Conseil de discipline budgétaire et financière art. 22.

²⁸⁸ Sur le non-respect des conditions du choix de la procédure de passation d'un appel d'offres restreints, v. déc. n° 1/2018-CDBF, *JO* de la Rép. de Madagascar, 22 oct. 2018, p. 5467 ; sur le fractionnement artificiel du marché en vue de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence, v. déc. n° 02/2018-CDBF, *JO* de la Rép. de Madagascar, 22 oct. 2018, p. 5648.

La publication de l'arrêt au Journal officiel n'est qu'une sanction complémentaire dit-on²⁸⁹. Toutefois, il faut noter que l'absence du prononcé de l'amende ne fait pas obstacle à la publication de l'arrêt au Journal officiel²⁹⁰. En outre, il n'existe pas de conditions à partir desquelles la CDBF décide de la publication des arrêts²⁹¹. En d'autres termes, la publication de l'arrêt est sans rapport avec la gravité des faits. À cet effet, il faut distinguer la publication « normale », c'est-à-dire la désignation en toutes lettres du prénom suivi uniquement de la première lettre du nom de la personne poursuivie²⁹² de la « publication anonymisée » où elle est désignée par une lettre de l'alphabet (X, Y, Z²⁹³).

Si, à titre subsidiaire, la publication de l'arrêt au Journal officiel vise à renforcer l'exemplarité²⁹⁴, elle peut toutefois avoir un caractère infamant pour l'auteur des irrégularités et même briser des carrières²⁹⁵. Ainsi, eu égard à la responsabilité qu'il encourt, un gestionnaire public, dans l'exercice de ses fonctions, peut éviter de prendre tout risque. Le Conseil d'État²⁹⁶ soulignait que « lorsqu'il agit, le responsable public s'expose au risque de voir sa responsabilité personnelle engagée, sur le plan civil, disciplinaire, pénal et financier » avant de préciser que, « dans cet ensemble, le risque [...] est forcément ressenti et constitue sans doute un frein à l'action publique ».

Il faut toutefois rappeler l'article 26 de la loi n° 2004-006 du 26 juill. 2004, qui dispose que « les décisions du Conseil devenues définitives font l'objet d'une publication par extraits signés du Greffier insérés tous les six mois dans le Journal Officiel de la République ». Précisons qu'à la différence de la France, le Conseil de discipline budgétaire et financière n'est pas une juridiction au sens propre du terme. Concrètement, placé auprès du Premier ministre, il s'agit d'un organe doté d'un pouvoir de contrôle et de sanction.

²⁸⁹ Des parlementaires comme M. DAILLY Étienne ont pu s'interroger sur la possibilité de parler de sanction complémentaire, du fait qu'elle est laissée à la discrétion de la Cour ? Amendement n° 9, 27 mai 1971, p. 562 cité par CHARZAT Jean-Michel, *op cit.* p. 168.

²⁹⁰ CDBF, 26 mars 2021, n°249-837, *Société d'économie mixte de construction du département de l'Ain (SEMCOA)*.

²⁹¹ Si, auparavant il fallait que l'arrêt acquière un caractère définitif, force est de constater que depuis l'ordonnance n° 2016-1360 du 13 oct. 2016 modifiant la partie législative du code des juridictions financières, la Cour peut décider de publier ses arrêts alors ceux-ci n'ont pas encore acquis un caractère définitif.

²⁹² CDBF, 14 mars 2022, n°256-853, *Chambre de commerce et de l'industrie (CCI) Seine Estuaire*.

²⁹³ CDBF, 06 mai 2022, préc.

²⁹⁴ C. comptes, rapp. public, 1963 cité par CHARZAT Jean-Michel, *Les fonctions de la Cour de discipline budgétaire et financière*, Thèse de doctorat, Droit public, Paris 1, 2001, p. 167 ; v. aussi MARTIN Philippe, « La responsabilité des ordonnateurs vue par un membre de la Cour de discipline budgétaire et financière », *RFFP*, n° 92, 2005, p. 115-119. Cette publication de l'arrêt, qui vise à renforcer l'exemplarité vient également, dans une large mesure pallier le caractère rarissime des décisions de la Cour, nous dit Monsieur Vier. v. VIER Charles-Louis, « Les sanctions prononcées par les juridictions financières », *Revue Justice et Cassation*, 2005, p. 86-90.

²⁹⁵ FOUQUET Olivier, « La Cour de discipline budgétaire et financière et l'évolution de la gestion publique », *RFFP*, n° 92, 2005, p. 237-240.

²⁹⁶ Conseil d'État, *La prise en compte du risque dans la décision publique : Pour une action publique plus audacieuse*, La Doc. Fr., 2018, p. 59 ; v. DUHAMEL Pierre-Mathieu, « liberté et responsabilité des gestionnaires publics dans la nouvelle constitution budgétaire », *RFFP*, n° 92, 2005, p. 207-210.

Certes, la publication de l'arrêt est perçue par d'aucuns comme une sanction complémentaire. Cependant, une personne poursuivie devant la Cour, qui fait finalement l'objet de « relaxe » (cela signifiant qu'aucune charge n'a été retenue), mais l'arrêt est néanmoins publié, en version anonymisée ou pas, peut-on tout de même considérer qu'elle a été sanctionnée ? Une interprétation littérale du mot « relaxe » nous invite à répondre par la négative, puisqu'une personne ne peut être sanctionnée si aucune charge n'est retenue contre elle. Toutefois, si l'on décide de répondre par l'affirmative, cela nous conduit à déduire que le qualificatif « sanction ou peine complémentaire » pour désigner la publication de l'arrêt, est inapproprié, d'autant plus qu'aucune charge n'a été retenue. L'expression sanction morale semble plutôt acceptable en l'état.

Sans forcément se noyer dans les chiffres, sur les neuf arrêts rendus par la Cour en 2021 et les six arrêts rendus de janvier à juillet 2022, soit 15 arrêts au total, seulement 4 arrêts ont fait l'objet d'une publication anonymisée²⁹⁷.

Par ailleurs, en plus du Journal officiel et des autres canaux classiques de publication (Légifrance, site internet de la Cour), le rapport public annuel de la Cour, consultable en ligne, reprend chaque arrêt rendu dans l'année écoulée.

Pris dans un autre contexte, on peut considérer que l'arrêt est publié dans une logique didactique, c'est-à-dire empêcher à l'avenir la commission d'autres irrégularités²⁹⁸. Cette question de pédagogie s'entend et se justifie d'autant plus que si l'on n'a pas cessé de dénoncer l'activité juridictionnelle limitée de la CDBF, la qualité des arrêts rendus n'a jamais pratiquement été remise en cause²⁹⁹.

De toute manière, la sanction du gestionnaire public par la CDBF ne fait pas obstacle à la possible mise en œuvre d'autres responsabilités.

²⁹⁷ Chiffres au 30 juill. 2022.

²⁹⁸ V. C. comptes, Rapp., JO du mars 1963, p. 137.

²⁹⁹ GROPER Nicolas, « Disciplinaire », La Cour de discipline budgétaire et financière » in BAUDU Aurélien, DUSSART Vincent, CLIQUENNOIS Martine et al. (dir.), *Écrits de droit public, financier et constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Michel LASCOMBE*, Dalloz, 2020, p. 201-216.

Chapitre 2

La possible mise en œuvre d'autres responsabilités des gestionnaires publics

Il s'agit d'avoir une vision globale de la responsabilité des gestionnaires publics ; en appui de la responsabilité financière se trouve la responsabilité pénale, mais aussi la responsabilité disciplinaire (Section 1), managériale, politique, civile³⁰⁰. Pour reprendre les propos de monsieur Devillers,³⁰¹ « c'est un peu comme des satellites qui gravitent autour de la planète CDBF ».

Par conséquent, nous allons nous concentrer dans cette partie sur la responsabilité pénale et la responsabilité disciplinaire. Ce choix est justifié par le contenu de la jurisprudence de la Cour. En effet, en la parcourant, il n'est pas rare de constater que la personne poursuivie avait vu sa responsabilité pénale engagée au même titre que sa responsabilité financière³⁰², voire disciplinaire³⁰³. Parallèlement à cette pluralité de responsabilités, il faut avoir à l'esprit que le droit souple se développe de plus en plus et vient en appui de la responsabilité financière (Section 2).

³⁰⁰ Sur l'existence d'une pluralité de sanctions, v. GROPER Nicolas, « Les sanctions de droit public financier et la réforme de la gestion publique ou la CDBF et la LOLF », *Rev. Trésor*, n°2, 2008, p. 95-97.

³⁰¹ DEVILLERS Hugo, *La responsabilité financière des gestionnaires publics dans le domaine des marchés publics* [entretien], mené par DIAKITÉ Alpha, visioconférence, 8 juin 2022.

³⁰² POUJADE Bernard, « La Cour de discipline budgétaire et financière et la Polynésie française », obs. sous CDBF, 15 juill. 2013, n° 190-661, *Office des postes et télécommunications (OPT) de la Polynésie française, CJLP/JDCP*, vol. 20, 2014.

³⁰³ CDBF, 26 avril 1982, n° 44-103, *Institut universitaire de technologie de Belfort*.

Section 1. La responsabilité disciplinaire et pénale des gestionnaires publics

La responsabilité pénale (§1) et la responsabilité disciplinaire (§2) ont fait l'objet de nombreuses études qui tendent parfois à les différencier ou à les rapprocher³⁰⁴. En effet, la responsabilité disciplinaire emprunte certaines règles du droit pénal, à savoir la proportionnalité des peines, le *non bis in idem* (art. 8 de la DDHC), la légalité des infractions³⁰⁵.

§ 1. La responsabilité pénale des gestionnaires publics

Il existe plusieurs hypothèses d'engagement de la responsabilité du gestionnaire public pour atteinte à la probité (A). Cependant, nous nous focaliserons sur l'infraction d'avantage injustifié compte tenu du fait qu'on la retrouve à la fois dans le contentieux pénal et dans le contentieux financier répressif (B). Concrètement, il s'agit de voir comment le juge pénal et le juge financier répressif appréhendent cette infraction.

A. Les hypothèses d'engagement de la responsabilité pénale des gestionnaires publics pour atteinte à la probité

En matière de marchés publics, plusieurs délits sont susceptibles d'être commis. Ils sont regroupés au titre III « des atteintes à l'autorité de l'État » du chapitre II « des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique » de la section 3 « des manquements au devoir de probité » du code pénal. Il s'agit du délit de corruption active et passive³⁰⁶, du délit de prise illégale d'intérêts, également appelé le délit

³⁰⁴ LEFONDRE Michel, *Recherche sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, Thèse de doctorat, Droit public, Caen, 1973, p. 195 et s., p. 279 et s. ; v. aussi MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, Thèse de doctorat, *op cit.*, p. 58 ; FITTE DUVAL Annie, « Fonctionnaire et agent public – Répression pénale des infractions commises par les agents publics », *Rép. pén.* Dalloz, 2014, § 16 et s. ; MELLERAY Fabrice, *Droit de la fonction publique*, 4^e éd., Economica, 2020, p. 425 ; DELIIS Georges, *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, Collection « Bibliothèque de droit public », t. 184, 1997, 464 p. ; DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 99.

³⁰⁵ Il s'agit du principe « *nulla poena sine lege* ». Bien que s'appliquant dorénavant à la répression disciplinaire, le professeur Jacques PETIT souligne que, traditionnellement, ce principe était étranger à la répression disciplinaire et qu'il était l'élément qui permettait de distinguer cette répression de la répression pénale. PETIT Jacques « Le principe de légalité des infractions et la répression disciplinaire administrative », in *Long : Mélanges en l'honneur de Pierre BON*, Paris, Dalloz, 2014, Dalloz, p. 1041-1053

³⁰⁶ C. pén. art. 433-1.

d'ingérence³⁰⁷, du délit d'avantage injustifié³⁰⁸ autrement qualifié de délit de favoritisme par la doctrine. C'est ce dernier élément qui va nous intéresser dans ce qui suit, puisqu'il est souvent assimilé à l'infraction d'avantage injustifié consacrée à l'article L. 313-6 du code des juridictions financières. Il s'agit d'un délit dont les origines remontent à la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché³⁰⁹, laquelle fut complétée par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public³¹⁰.

Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics sont un champ propice aux atteintes à la probité. En guise d'illustration, au titre de l'exercice 2020, sur les 359 infractions relatives aux manquements à la probité, 11,4 % concernaient le délit de prise illégale d'intérêts et 10,3 % concernaient le délit de favoritisme³¹¹.

Les juridictions financières peuvent transmettre au juge pénal les faits susceptibles de revêtir une qualification pénale, selon les modalités définies par une circulaire du 10 décembre 2014³¹².

Ce faisant, pour l'exercice 2015, c'est environ 56 communications des juridictions des comptes qui ont été transmises à l'autorité judiciaire. Ces communications portaient notamment sur le délit de favoritisme, le délit de prise illégale d'intérêts³¹³. Monsieur Charzat³¹⁴ qualifiait de paradoxale cette communication entre les juridictions financières et l'autorité judiciaire. Il le

³⁰⁷ C. pén., art 432-12 et 13. Pour les jurisprudences en matière pénale relatives à ce délit : v. Cass. crim. 27 nov. 2002, n° 02-83.092., Cass. crim. 22 janv. 2014, n° 12-88.353.

³⁰⁸ C. pén., art. 432-14 ; v. Cass crim. 17 févr. 2016, n°15-85-863, *Bygmalion SAS*.

³⁰⁹ Cette loi est à l'origine de la création d'une mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics, laquelle n'est plus opérationnelle depuis 2006.

³¹⁰ Consulté le 19 juin 2022, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2002-5.pdf

³¹¹ AFA, rapp. d'activité, 2021, p. 15.

³¹² Circ. Min. just., 10 déc. 2014 relative aux relations entre l'autorité judiciaire et les juridictions financières. Pour une analyse détaillée des relations entre le juge financier et le juge pénal, v. MILLER Gilles, « La Cour des comptes et les juridictions financières : les garantes de plus en plus vigilantes de la probité des gestions publiques », *RFFP*, n° 147, 2019, p. 111.

³¹³ SCPC, rapp. d'activité, 2015, p. 37. Ce service a été créé par la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques « loi Sapin ». Cette loi a été abrogée par la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, créant par la même occasion l'Agence française anticorruption.

³¹⁴ CHARZAT Jean-Michel, *Les fonctions de la Cour de discipline budgétaire et financière*, Thèse de doctorat, *op cit.*, p. 390.

justifie par le fait que la CDBF a été créée dans l'objectif d'éviter la pénalisation croissante de la vie publique.

Plusieurs arrêts de la CDBF³¹⁵ mettent en exergue l'engagement de la responsabilité financière et pénale d'un même gestionnaire. Certains commentateurs des activités de la CDBF comme MM. Groper et Michaut³¹⁶ ont affirmé l'existence non d'une concurrence, mais d'une complémentarité entre la responsabilité financière devant la CDBF et la responsabilité pénale. Si monsieur Philippe Séguin³¹⁷, ancien Premier président de la Cour des comptes, affirme que les deux répressions n'ont pas les mêmes finalités — en effet, le droit public financier a notamment pour objet la protection des deniers publics et donc de garantir l'ordre public financier, le droit pénal vise à réprimer les comportements qui sont constitutifs d'un manquement au devoir de probité, qui incombe aux agents publics, il abonde dans le même sens que les précédents commentateurs, lorsqu'il souligne que « la discipline budgétaire est le complément naturel de la répression pénale ».

Les observations précédemment formulées se confirment notamment par la similarité entre l'avantage injustifié en droit pénal et celui existant dans le contentieux devant la CDBF. Ainsi, il est opportun de porter une analyse sur cette infraction.

B. Le cas spécifique de l'infraction d'avantage injustifié

L'étude de cette infraction passe d'abord par le fait de rappeler ses contours (1) pour ensuite envisager la manière dont elle est appréhendée par le contentieux pénal et financier (2).

1. Généralités

Le professeur Mescheriakoff³¹⁸ justifiait l'existence de cette infraction pour deux raisons, lointaine et directe. Lointaine, du fait de la corruption de la République ; directe du fait

³¹⁵ V. par ex. CDBF, 13 juin 2006, préc.

³¹⁶ GROPER Nicolas et MICHAUT Christian, « La complémentarité des sanctions CDBF et des sanctions pénales », *AJDA*, 2007, p. 2431.

³¹⁷ SÉGUIN Philippe, « Communication à l'occasion d'un séminaire des cadres de la Banque Mondiale consacré aux institutions supérieures de contrôle », [en ligne], p. 9-11, [Consulté le 12 juill. 2022], disponible sur <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/Cdbf2006.pdf>

³¹⁸ MESCHERIAKOFF Alain-Serge, « Le délit de favoritisme », obs. sous CA, juin 1989., COB, août 1989., CE, 17 oct. 1984., CE, 23 juill. 1993, TC, juin 1989, *LPA*, n° 20, 1995, p. 6.

de l'inapplication de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence des contrats administratifs.

En droit pénal, une infraction suppose la réunion de trois éléments, à savoir : l'élément légal, matériel et intentionnel. Ce dernier élément se définit comme celui faisant référence à « l'attitude psychologique de l'auteur vis-à-vis de la commission des faits réprimés par la loi pénale. L'auteur peut avoir agi avec intention (dol) ou par imprudence ou négligence. La faute est dite intentionnelle ou non intentionnelle³¹⁹ ».

Dans le contentieux financier, la CDBF n'exige pas nécessairement la présence de l'élément intentionnel pour la caractérisation de l'infraction d'avantage injustifié, comme en témoigne cet arrêt rendu le 30 septembre 2021³²⁰ où elle a considéré que « l'article L. 313-6 du CJF n'exigeait pas que l'agent mis en cause ait eu l'intention de procurer à autrui un avantage injustifié ayant causé un préjudice, mais seulement que les décisions prises par cet agent, en méconnaissance de ses obligations, aient abouti à un tel résultat ». Ainsi, le caractère intentionnel de l'avantage injustifié serait indépendant de la réalisation de l'infraction. Cela n'est pas sans rappeler l'article L. 121-3 du code pénal qui pose le principe selon lequel, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de la commettre ».

Par ailleurs, la Cour de cassation³²¹ a souligné dans un arrêt que « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire, implique, de par son auteur, l'intention coupable exigée par l'article L. 121-3 alinéa 1^{er} du code pénal ».

Malgré cette disposition et cette position jurisprudentielle, le caractère intentionnel de l'infraction d'avantage injustifié est apprécié de manière peu stricte par le juge pénal et le juge financier. Ainsi, cette infraction se trouve appréhendée par le contentieux pénal et financier.

2. Une infraction appréhendée par le contentieux pénal et financier

Comme nous le verrons plus loin, le juge pénal (a) et le juge financier répressif (b) n'ont pas forcément la même approche de l'infraction d'avantage injustifié.

³¹⁹ C. pén. art. 123-3.

³²⁰ CDBF, 30 sept. 2021, préc.

³²¹ Crim. 12 juill. 1994, n° 93-85.262 ; Crim. 22 mars 2016, n° 15-84.949.

a) L'approche du juge pénal

Non sans rappeler l'élément légal de l'infraction d'avantage injustifié, lequel est exprimé à l'article 432-14 du code pénal, il est aussi constitué d'un :

- Élément intentionnel, lequel se déduit à partir de la question de savoir si l'auteur avait conscience de sa méconnaissance et s'il avait pour objectif de favoriser un candidat³²². Le juge pénal fait une interprétation très souple du caractère intentionnel³²³. Concrètement, il semble en faire une présomption. En d'autres termes, dès lors que la personne poursuivie a la qualité de personne chargée d'une mission de service public ou est dépositaire de l'autorité publique, l'infraction se trouve caractérisée.

Au vu de l'interprétation extensive que fait le juge pénal³²⁴ comme en témoignent certains arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation³²⁵, on peut déduire qu'il s'agit d'une approche visant à apporter plus de transparence dans la gestion publique. L'obligation de transparence, nous indique la CJUE³²⁶ « a pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur ».

Conjointement à l'élément intentionnel de l'infraction d'avantage injustifié, il existe un élément matériel.

- Élément matériel, qui consiste à commettre un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires, que sont la liberté d'accès et l'égalité de traitement³²⁷. La chambre criminelle de la Cour de cassation porte une attention particulière sur ce critère.

³²² Cass. crim. 19 oct. 2005, n° 04-87.312.

³²³ Cass. crim. 19 mai 2021, n° 21-90.006. Si la responsabilité pénale peut être efficace en cas de fraude caractérisée, nous dit monsieur Le Clainche « elle ne saurait faire office de régulateur permanent ». Il prend l'exemple du délit de favoritisme, lequel est généralement caractérisé sans avoir eu à prouver son caractère intentionnel. LE CLAINCHE Michel, « Redevabilité financière et redevabilité managériale : séparation, concurrence ou complémentarité », *RFAP*, n° 160, 2016, p. 1093-1107 ;

Pour une analyse des liens entre le droit pénal et les finances publiques, v. MARIN Jean-Claude, « Gestion publique, droit public financier et droit pénal », *RFPP*, n° 92, 2005, p. 121-126.

³²⁴ V. STASIAK Frédéric, « Marchés publics (Affaire M. Gallet) : éléments constitutifs du délit de favoritisme », obs. sous TGI 9^e ch. corr., n° 15153000246, Dalloz, 2018, p. 243.

³²⁵ Cass. crim. 14 févr. 2007, n° 06-81.924., v. aussi Cass. crim. 07 nov. 2012, n° 11-82.961.

³²⁶ CJUE, 5 déc. 2013, Aff. C-561/12, *Nordecon AS*.

³²⁷ REIS Patrick, « Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, n° 133, juill. 2003, p. 4 ; v. aussi Cass. crim. 22 janv. 2014, n° 13-80-759.

En effet, la cour d'appel de Nouméa avait jugé dans un arrêt du 28 février 2017 « qu'aucune disposition de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics, et notamment l'article 39, qui dispose que "les marchés passés par application de la présente délibération sont soumis, en dehors des contrôles institués par celle-ci, aux textes généraux en matière de dépenses publiques" et qui figure sous le titre III intitulé "Contrôle et approbation des marchés" et non sous le titre I consacré à la "passation des marchés", ne fait expressément référence aux principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats, et ne peut donc davantage fonder des poursuites du chef de favoritisme ».

Cet arrêt ayant fait l'objet de pourvoi, la chambre criminelle de la Cour de cassation³²⁸ a cassé l'arrêt en jugeant que « les faits reprochés à M. C [...] constituent une violation des règles de publicité et de concurrence, prévues par la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics, qui met en œuvre les principes de liberté d'accès, d'égalité des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics, rappelés par l'article 22, 17°, de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et applicable sur ce territoire, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

L'octroi d'avantage injustifié est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende³²⁹, s'ajoutent à cela, éventuellement les peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal ou encore l'interdiction d'exercer une fonction publique³³⁰.

En dehors du droit pénal, l'octroi d'avantage injustifié est présent dans le contentieux financier répressif. Cependant, il faut préciser qu'on ne parle pas de délit, mais simplement d'avantage injustifié. Cela amène par conséquent à étudier l'approche du juge financier répressif.

b) L'approche du juge financier répressif

³²⁸ Cass crim. 20 mars 2019, n° 17-81.975.

³²⁹ C. pén. art., 432-14.

³³⁰ C. pén. art. 136-26.

Comme l'indiquait monsieur Pierucci³³¹ dans sa thèse « l'infraction d'avantage injustifié au-delà de protéger les finances publiques et le patrimoine des organismes relevant de la compétence de la Cour, a pour objectif de protéger la morale administrative ».

Cette infraction est rarement autonome, elle est généralement associée à l'infraction de base prévue à l'article L. 313-4 du CJF. De 2015 à ce jour, peu d'arrêts de la Cour font état de la seule caractérisation de l'article L. 313-6 du CJF³³². Le fait de ne pas associer les articles L. 313-4 et L. 313-6 du CJF est compréhensible, notamment dans des affaires où la personne poursuivie est un élu local (v. CDBF, 30 septembre 2021, n° 252-852, *Cne de Saint-Denis de la Réunion*). En effet, l'élu local peut voir sa responsabilité engagée à certaines conditions sur le fondement de l'article L. 313-6 du CJF, mais pas sur le fondement de l'article L. 313-4 dudit code³³³.

Par ailleurs, il n'existe pas de lien automatique entre les deux incriminations. C'est ce qu'a rappelé la Cour dans l'espèce « Centre hospitalier d'Ajaccio³³⁴ » alors que le ministère public souhaitait que la Cour applique l'article L. 313-6 du CJF en plus de l'article L. 313-4 dudit code.

Pour que l'article L. 313-6 du code des juridictions financières trouve à s'appliquer, il faut la méconnaissance de ses obligations (i), l'octroi d'un avantage injustifié (ii) et un préjudice établi (iii)

i) La méconnaissance de ses obligations

³³¹ PIERUCCI Christophe, *Une responsabilité à raison de la gestion publique, la responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière*, Thèse de doctorat, Droit public, Strasbourg 3, 2003, p. 129.

³³² CDBF, 16 nov. 2015, n° 203-720, *Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS)* ; CDBF, 25 janv. 2019, n° 229-766, *Radio France : visa du contrôleur général économique et financier en matière de rémunérations* ; CDBF, 30 sept. 2021, n°252-852, *Cne de Saint-Denis de la Réunion*. Pour une application des deux articles à des faits distincts dans le même arrêt, v. CDBF, 13 déc. 2018, n° 226-791, *Chambre départementale d'agriculture du Puy-de-Dôme*.

³³³ Un élu local engage sa responsabilité financière lorsqu'il commet une irrégularité dans le cadre des fonctions qui n'étaient pas l'accessoire obligé de sa fonction principale ; en cas de préjudice financier subi par l'organisme, suite à un ordre de réquisition ; en cas d'inexécution totale ou partielle ou l'exécution tardive d'une décision de justice. La décision CDBF, 30 sept. 2021, n° 252-852, *Cne de Saint-Denis de la Réunion* marque la première condamnation d'un élu local par la Cour. En effet, celui-ci avait adressé un ordre de réquisition au comptable public et enfreint les dispositions de l'article L. 313-6 du CJF. v. en ce sens CHOQUET Maud et PÉHAU Nicolas, « Première condamnation d'un élu local pour le paiement de primes irrégulières », *AJDA*, 2021, p. 2507.

³³⁴ CDBF, 13 févr. 2019, n° 230-805, préc.

La terminologie « méconnaissance de ses obligations » se présente sous plusieurs formes.

Néanmoins, cela concerne le plus souvent les règles formelles. Dans le domaine des marchés publics, la Cour a considéré dans un arrêt³³⁵ que « le fait d'avoir attribué un marché public en méconnaissance des articles 45 et 52 du code des marchés publics et de l'article 3 de l'arrêté du 28 août 2006 précité constitue donc une infraction aux règles d'exécution des dépenses prévue à l'article L. 313-4 du code des juridictions financières ». Ce qui est donc constitutif d'une méconnaissance de ses obligations, au regard de l'interprétation de la Cour.

En réalité, « la méconnaissance de ses obligations » peut aussi être caractérisée sans un quelconque renvoi à l'article L. 313-4 du CJF. En guise d'exemple, la Cour a jugé dans l'espèce « Commune de Saint-Denis de la Réunion³³⁶ » que « le versement d'un complément de rémunération aux agents non titulaires de permanence de catégorie C, sans respecter les règles applicables en matière de justification de la dépense, constituait une méconnaissance de ses obligations par l'ordonnateur ».

L'analyse de cette espèce démontre que la seule « méconnaissance de ses obligations » ne suffit pas pour caractériser l'infraction prévue à l'article L. 313-6 du CJF. En effet, il faut un avantage injustifié.

ii) Un avantage injustifié

Pour être injustifié, l'avantage octroyé doit être indu, c'est-à-dire sans contrepartie. L'avantage injustifié en matière de marchés publics se déduit assez facilement. À titre d'exemple, c'est le fait d'accorder un privilège à un architecte³³⁷.

L'avantage injustifié n'est pas nécessairement irrégulier³³⁸. En guise d'exemple, dans l'espèce « OPCALIA³³⁹ », la Cour a jugé que « le caractère injustifié de l'avantage octroyé au directeur général n'a dans les circonstances de l'espèce, pas été suffisamment établi par

³³⁵ CDBF, 14 juin 2021, n° 251- 826, *Direction générale de la cohésion sociale (DGCS)*.

³³⁶ CDBF, 30 sept. 2021, n°252-852, préc.

³³⁷ CDBF, 24 nov. 1986, n° 61-186, *Centre hospitalier de Sainte Anne à Paris – Marchés d'ingénierie*.

³³⁸ GROPER Nicolas, *La responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier, op cit.*, p. 247.

³³⁹ CDBF, 03 mai 2021, n° 250-845, *Association 'OPCALIA'* ; v. aussi CDBF, 09 mars 2021, préc. ; v. aussi CDBF, 15 déc. 2006, n° 156-532, *Centre hospitalier d'Ambert*.

l'accusation pour que les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article L. 313-6 du code des juridictions financières puissent être considérés comme réunis ».

Ainsi, la conclusion à tirer est qu'il n'y a pas d'automaticité entre l'irrégularité de l'avantage et son caractère injustifié.

Par ailleurs, la professeure Damarey³⁴⁰ soulignait un paradoxe qui est l'absence de sanction relative à l'avantage injustifié accordé à soi. Cependant, la CDBF retient, comme circonstances aggravantes, l'avantage injustifié accordé à soi. En effet, le législateur financier n'a pas pris le soin d'inscrire dans le code des juridictions financières cette infraction. Toutefois, ce « vide législatif » relève désormais de l'histoire puisque dans le cadre du nouveau régime de responsabilité financière des gestionnaires publics, est passible de sanction, selon l'article L. 131-12 de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 « tout justiciable au sens des articles L. 131-1 et L. 131-4 qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, en méconnaissance de ses obligations et par intérêt personnel direct ou indirect, procure à une personne morale, à autrui, ou à lui-même, un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature ».

En plus des critères susmentionnés, l'article L. 313-6 du code des juridictions financières exige que le préjudice soit établi. Toutefois, il apparaît que ce dernier critère est interprété de manière très rigoureuse dans le domaine des marchés publics.

iii) Le préjudice : Une notion d'interprétation rigoureuse dans le domaine des marchés publics

Tout avantage injustifié n'entraîne pas nécessairement un préjudice pour l'organisme concerné³⁴¹. Dans le domaine des marchés publics, on aurait pu considérer qu'à partir du moment où les règles de la commande publique ne sont pas respectées, le préjudice est supposé établi. Cependant, jusqu'à présent, la CDBF ne veut pas être dans une espèce d'automaticité qui consiste à juger qu'il y a préjudice à partir du moment où les règles de la commande publique ne sont pas respectées. Cette position de la Cour est compréhensible. En effet, il vaut mieux qu'elle fasse une appréciation au cas par cas plutôt que d'adopter une approche qui part

³⁴⁰ DAMAREY Stéphane, *Droit public financier : finances publiques, droit budgétaire, comptabilité publique et contentieux financier, op cit.*, p. 1149.

³⁴¹ CDBF, 22 mars 2019, n°232-792, *Chambre départementale d'agriculture de la Corrèze*.

du postulat selon lequel, dès l'instant qu'il y a violation des règles de la commande publique, il y a automatiquement préjudice.

L'arrêt « ONAC³⁴² » apporte quelques éclairages concernant l'interprétation du préjudice. En effet, la Cour a jugé tout d'abord que « le non-respect des règles de passation des marchés et le défaut de vérification du service fait constituent une infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses au sens de l'article L. 313-4 du code des juridictions financières » avant de poursuivre que « si la conclusion répétée de marchés publics avec la société Y... en l'absence de toute mise en concurrence et de publicité préalable peut être constitutive d'un avantage injustifié octroyé à cette société, l'infraction sanctionnée par l'article L. 313-6 du code des juridictions financières suppose également l'existence d'un préjudice subi par la personne publique ; que l'existence d'un tel préjudice n'est en l'espèce irréfutablement établie, de sorte que l'infraction n'est pas constituée ».

L'intérêt de l'étude de la jurisprudence de la CDBF au sujet du préjudice ou de l'avantage injustifié est que ces deux critères sont précédés du syntagme « faute d'établir » ou « irréfutablement établi³⁴³ ». Cela sous-entend qu'ils n'ont pas à être quantifiés ou encore évalués, mais simplement établis. C'est ce qu'a rappelé, le Conseil d'État dans son arrêt du 28 mars 1980³⁴⁴.

Dans une autre espèce, « Grand Port maritime de Nantes — Saint-Nazaire³⁴⁵ », la Cour a jugé que l'infraction prévue à l'article L. 313-6 du CJF était caractérisée dans la mesure où le port, alors que son marché de prestations de nettoyage était expiré, a continué à traiter avec l'entreprise en place pour des montants supérieurs à 900 000 € au total en 2009 et 2010. Ainsi, selon la Cour « en continuant à traiter avec la société en place, alors que celle-ci avait été classée respectivement troisième sur huit et cinquième sur six [...] le grand port maritime avait, d'une part accordé un avantage injustifié à cette société et d'autre part payé à ladite société des

³⁴² CDBF, 3 mai 2018, n°220-783, préc.

³⁴³ CDBF, 6 avr. 2018, préc.

³⁴⁴ CE, 28 mars 1980, n° 06937, *Deleau*.

³⁴⁵ CDBF, 16 juin 2015, n° 200-728, *Grand port maritime de Nantes-Saint-Nazaire* ; v. aussi CDBF, 6 oct. 2014, n° 195-686/704, *Centre hospitalier universitaire de Caen* ; v. aussi CDBF, 13 oct. 2015, n° 202-725, *Société d'aménagement du Val-de-Marne et de développement des villes et du département du Val-de-Marne (SADEV 94)* ; v. aussi CDBF, 23 avril 2012, n°182-682, *Conseil économique et social* ; v. aussi CDBF, 11 oct. 2013, n° 191, *Maison de retraite intercommunale de Champcevrains* ; v. aussi CDBF, 06 nov. 1992, n° 96-262, *Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de Seine et Marne*.

prestations à des conditions moins avantageuses que celles proposées par des candidats mieux classés qu'elle, s'occasionnant ainsi un préjudice financier ».

Comme il est possible de le constater, il n'y a pas d'automatisme du préjudice. Il faut arriver à le prouver, ce qui est très délicat. C'est la raison pour laquelle l'article L. 313-6 du CJF intervient rarement en matière de marchés publics, mais plus fréquemment dans le domaine des rémunérations³⁴⁶. Concrètement, cet article n'est appliqué qu'avec parcimonie par la Cour dans le domaine des marchés publics.

Le préjudice, « indicateur de gravité ou exhausteur de sanction », pour reprendre les propos de monsieur Mouzet³⁴⁷, est une notion qui apparaît également dans le nouveau régime, exprimé entre autres aux articles L. 131-9, L. 131-10 de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022, et qui est désormais suivi du mot « significatif » (v. infra).

En raisonnant par analogie, on sait qu'en ce qui concerne la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public, la Cour des comptes et son juge de cassation ont dégagé les critères permettant de déterminer si l'organisme a subi un préjudice financier ou non. Il s'agit du fondement juridique de la dépense, de la réalité du service fait et de la volonté de l'ordonnateur³⁴⁸. Ce faisant, au sujet d'un marché public, pour déterminer si le manquement du comptable a causé un préjudice financier ou non, la CRC de Bretagne, dans un jugement du 7 mars 2017³⁴⁹, indiqué que « le contrat qui a fondé les paiements en cause existe bien, que les dépenses correspondantes ont été engagées par l'autorité compétente, que le service a bien été fait et certifié et que les paiements étaient bien dus au niveau effectivement acquitté ; que, par la suite, les manquements ci-dessus relevés n'ont pas causé de préjudice financier ».

³⁴⁶ CDBF, 20 mai 2020, n° 240-809, *Chambre nationale de la batellerie artisanale (CNBA)* ; CDBF, 17 juin 2013, n° 189-683, *Centre hospitalier intercommunal de la Lauter à Wissembourg* ; CDBF, 20 juill. 2017, n° 215-765, *Institut Curie*.

³⁴⁷ MOUZET Pierre, « La responsabilité financière, rencontre du cinquième type », *JCP A*, n° 10-11, 2015, p. 34.

³⁴⁸ C. comptes 26 mai 2016, n° S 2016-1602, *Direction régionale des finances publiques (DRFIP) de Rhône Alpes* ; CE, 22 févr. 2017, n° 397924, *Grand Port maritime de Rouen* ; v. aussi CE, Sec., 6 déc. 2019, n° 418741, *Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)* ; CE. Sec., 6 déc. 2019, n° 425542, *DRFIP de Bretagne et d'Ille-et-Vilaine*.

³⁴⁹ GIRARDI Jean-Luc, HEINTZ Sébastien et ROCCA Pierre, « Chronique de jurisprudence financière. Les Chambres régionales et territoriales des comptes 2017 (1^{er} semestre) », obs. sous CRC Bretagne, 7 mars 2017, n° 2017-0001, *Syndicat intercommunal à vocation unique "Service public d'assainissement non collectif du canton de Châteauneuf d'Ille-et-Vilaine*, *Gest. Fin. Pub.*, n° 1, 2018, p. 149-158.

Dans le contentieux financier répressif, s'il existe des critères permettant d'apprécier l'avantage injustifié au sens de l'article L. 313-6 du CJF, il n'existe pas à proprement parler des critères permettant de déterminer de manière spécifique l'existence d'un préjudice. Dans le cadre du régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics, on pourrait supposer qu'il y aura unicité de l'interprétation du préjudice financier, ce qui est possible. C'est-à-dire que l'appréciation du préjudice par la chambre du contentieux sera calquée sur les modalités d'appréciation du préjudice par les juridictions des comptes et leur juge de cassation.

Comparativement à certains pays comme le Maroc, l'appréciation du préjudice par la Chambre de discipline budgétaire et financière est liée au temps. Concrètement, à travers sa jurisprudence, l'on constate que le préjudice peut être soit définitif, soit provisoire. Dans l'espèce « gestion financière de l'Université Moulay Ismail de Meknès³⁵⁰ », la Chambre a jugé que « le préjudice causé à un organisme public, pour qu'il soit certain et définitif, exige le concours de plusieurs facteurs qui, bien qu'ils emportent de sérieux risques, doivent avoir existé et apprécié à la date du jugement de l'affaire » avant de poursuivre que « le paiement des montants relatifs à des services non exécutés au titre d'un marché public constitue un préjudice de nature provisoire, et ce, dès lors qu'il peut être procédé à une régularisation ex post pendant la liquidation des décomptes ultérieurs du marché. Ainsi, le préjudice engendré par ladite négligence n'étant pas définitif à la date de jugement de cette affaire ».

En France, la Haute juridiction administrative³⁵¹ semble plutôt adopter une approche contraire, mais surtout rigoureuse au sujet de la temporalité du préjudice. Cassant l'arrêt rendu par la CDBF, elle a jugé que « la circonstance que la responsabilité du comptable de la collectivité ou de l'organisme en cause ait été mise en jeu à raison des mêmes dépenses que

³⁵⁰ Ch. DBF, 28 mai 2018, n° 1/2018/Ch. DBF, préc.

³⁵¹ CDBF, 23 janv. 2020, n° 239-802, *Institut national de la propriété industrielle (INPI)*. Dans cette espèce, la Cour avait jugé que « si les irrégularités affectant le règlement au secrétaire général de l'établissement de frais d'hébergement et de repas dans le ressort de sa résidence administrative étaient susceptibles d'engager la responsabilité du directeur général, les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article L. 313-6 du code des juridictions financières n'étaient pas réunis dès lors que, par un arrêt rendu par la Cour des comptes le 27 octobre 2017, la responsabilité du comptable public de l'INPI avait été mise en jeu pour les mêmes faits que ceux qui sont poursuivis devant la Cour de discipline budgétaire et financière et que, celui-ci ayant été constitué débiteur de l'INPI pour une somme correspondant aux frais de déplacement versés irrégulièrement, le préjudice financier n'était dès lors plus constitué ». Concernant cette décision, la professeure Damarey parle d'une motivation curieuse. v. DAMAREY Stéphanie, « INPI : les désaccords du juge financier », obs. sous CDBF 23 janv. 2020, n° 239-802 : *AJDA*, 2020, p. 1402 et *C. comptes*, 27 oct. 2017, n° S2017-3317 ; du même auteur, v. aussi « La fin prochaine des désaccords du juge financier », *Dalloz.fr*, 2022.

celles reprochées à l'ordonnateur et qu'il ait été constitué débiteur de cette collectivité ou de cet organisme par le juge des comptes n'est pas de nature à effacer l'existence d'un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé³⁵² ». Il apparaît ainsi avec clarté que l'ordonnateur n'est pas exonéré de sa responsabilité même dans l'hypothèse où le préjudice serait comblé par l'agent comptable.

Finally, s'il existe des similitudes entre l'article 432-14 du code pénal et l'article L. 313-6 du CJF, en réalité il n'en est de rien. Par exemple, le préjudice est un élément constitutif de l'infraction d'avantage injustifié, dans le contentieux financier répressif alors qu'il ne l'est pas dans le contentieux pénal³⁵³.

En plus de l'engagement de la responsabilité pénale du gestionnaire public, des poursuites disciplinaires sont également susceptibles d'être engagées contre lui.

Concrètement, au moment de statuer sur les poursuites, si la Cour estime qu'une sanction disciplinaire peut être encourue, elle communique le dossier à l'autorité compétente, qui dans un délai de six mois fait connaître à la Cour les mesures qu'elle a prises³⁵⁴.

§ 2. La responsabilité disciplinaire des gestionnaires publics

Pris à lui seul, le mot « responsabilité » dérive du latin « *respondere* ». Selon la 9^e édition du dictionnaire de l'Académie française, la responsabilité est « l'obligation qu'a une personne de répondre de ses actes, de les assumer, d'en supporter les conséquences du fait de sa charge, de sa position, etc. ». Tandis que la discipline renvoie à l'idée d'« une soumission des membres d'une collectivité à un ensemble de règles qui leur sont communes³⁵⁵ ».

En associant les deux mots, on peut appréhender la responsabilité disciplinaire comme celle qui vise à infliger des sanctions disciplinaires au fonctionnaire qui dans l'exercice de ses

³⁵² CE, 30 déc. 2021, n° 439665.

³⁵³ v. FROMONT Michel, *Le droit des marchés publics à l'épreuve du droit public financier*, *op cit.*, p. 222-231.

³⁵⁴ CJF art. L. 314-18.

³⁵⁵ MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, Thèse de doctorat, Droit public, Université de Toulouse, 1966, *op cit.*, p. 50.

fonctions aura commis une faute³⁵⁶. Par conséquent, un fonctionnaire peut être suspendu de ses fonctions en cas de faute grave (manquement à ses obligations professionnelles ou infractions de droit commun³⁵⁷). En dehors de la suspension qui n'est pas une sanction en tant que telle, mais plutôt une mesure administrative³⁵⁸, l'article L. 533-1 du CGFP liste les sanctions applicables en cas de faute, en les classant par ordre de gravité en quatre grands groupes, à savoir :

- dans le premier groupe, l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire des fonctions pour une durée de quatre à quinze jours ;
- dans le deuxième groupe, la radiation du tableau d'avancement, l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de quatre à quinze jours ;
- dans le troisième groupe, la rétrogradation au grade immédiatement inférieur, l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de seize jours à deux ans ;
- dans le quatrième groupe, la mise à la retraite d'office, la révocation.

Soit dit en passant, il faut noter que les sanctions éventuellement prononcées contre les agents publics doivent se conformer à l'esprit de l'article 6 § 1 de la CESDH³⁵⁹.

Si une sanction disciplinaire est prononcée³⁶⁰, celle-ci peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif de droit commun. Auparavant, celui-ci exerçait un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation³⁶¹, désormais il exerce un contrôle de proportionnalité³⁶², lequel consiste à vérifier le caractère proportionné de la sanction par rapport à la gravité de la faute.

³⁵⁶ DE LAUBADÈRE André et GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif . Tome 5. La fonction publique*, LGDJ, 1998, p. 181 ; v. aussi CGFP art L. 530-1.

³⁵⁷ CGFP, art. L. 531-1.

³⁵⁸ CE, 27 mai 1955, *Kowalewski*.

³⁵⁹ CEDH, 19 avr. 2007, n° 63235/00, *Vilho Eskilinen et autres c. Finlande*.

³⁶⁰ La sanction disciplinaire est perçue comme une équation délicate en ce sens « qu'il faut sanctionner sans démotiver les agents », disait un ancien conseiller d'État. v. VIGOUROUX Christian, *Déontologie des fonctions publiques*, 2^e éd., Dalloz, 2012, p. 584.

³⁶¹ CE, Sec., 9 juin 1978, n°05911, *sieur Lebon*.

³⁶² DE MONTECLER Marie-Christine, « La fin de la jurisprudence Lebon », obs. sous CE, 13 nov. 2013, n° 347704, *Dahan*, *Dalloz actualité* ; v. aussi FORTIER Charles, « Le couronnement de l'arrêt *Lebon* : le choix de la sanction disciplinaire fait l'objet d'un contrôle plein du juge administratif », *AJFP*, 2014, p. 5 ; v. aussi AUBIN Emmanuel, *La fonction publique. Le droit applicable aux trois fonctions publiques (État – Territoriale – Hospitalière)*, 6^e éd., Gualino, p. 584 et s ; v. aussi DORD Olivier, *Droit de la fonction publique*, 4^e éd., PUF, 2021, p. 381 et s.

On l'a vu, la jurisprudence récente de la Cour fait expressément référence à la faute de gestion. Si la faute du gestionnaire public n'est pas sanctionnée par la voie de la responsabilité financière, elle pourra l'être par la voie disciplinaire. Ainsi, la Cour aurait pu se contenter de sanctionner les irrégularités financières et budgétaires, et éventuellement laisser la sanction de la faute au plan disciplinaire — puisque la faute, qui peut résulter d'une négligence, relève du droit disciplinaire de l'autorité titulaire du pouvoir de nomination. Toutefois, la Cour ne semble pas s'inscrire dans cette logique. À titre d'illustration, pour avoir engagé des dépenses sans crédit en signant des bons de commande, la Cour³⁶³ a jugé que « l'engagement de procédures disciplinaires à l'encontre de M. Y ne saurait priver la Cour de discipline budgétaire et financière du pouvoir de sanctionner les fautes de gestion commises par cet agent ».

Ainsi que le rappelle monsieur Groper³⁶⁴, en ce qui concerne les questions financières et budgétaires, la responsabilité disciplinaire fonctionne peu. Monsieur Colliard³⁶⁵ souscrit à ce constat lorsqu'il met en évidence les insuffisances de la responsabilité disciplinaire. Il justifie cela par la difficile mise en œuvre de cette responsabilité. La procureure Hirsch³⁶⁶ semble partager cet avis, lorsqu'elle affirme que la responsabilité disciplinaire ne joue que dans des cas très graves (manquement à la probité notamment). Selon elle, cette responsabilité ne saurait se substituer aux sanctions de droit public financier.

Au demeurant, parallèlement à la responsabilité pluridimensionnelle encourue par le gestionnaire public, se trouve une forme de responsabilité de nature « flexible ». Concrètement, il s'agit du droit souple qui vient en appui de la responsabilité financière.

³⁶³ CDBF, 20 avril 1988, préc.

³⁶⁴ GROPER Nicolas, *La responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, *op cit.*, p. 13.

³⁶⁵ COLLIARD Claude-Albert, « Les irrégularités budgétaires et leurs sanctions », *Dalloz*, 1949, p. 65-68 ; v. aussi DIDIER Jean-Pierre, *L'éthique du fonctionnaire civil : son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, LGDJ, Collection « Bibliothèque de droit public », t. 202, 1999, p. 421.

³⁶⁶ HIRSCH Catherine, « La responsabilité des gestionnaires publics », *Arch. phil. dr.*, n° 63, 2022, p. 165-183.

Section 2. Le droit souple en appui de la responsabilité financière

Les juridictions des comptes, à travers leurs activités non juridictionnelles, se prononcent sur les marchés publics (§1).

Outre le rôle non négligeable joué par elles, les questions d'éthique et de déontologie connaissent un réel essor (§2). En guise d'illustration, à l'issue d'un examen de la gestion, la CRC Auvergne-Rhône-Alpes³⁶⁷ recommandait à la communauté d'agglomération de Loire Forez, la mise en place d'une charte de déontologie « afin d'attirer l'attention des services sur la nature des relations à entretenir avec les fournisseurs au moment de la définition du besoin, pendant la phase de consultation et pendant l'exécution du marché ».

§ 1. L'activité non juridictionnelle des juridictions des comptes

Les juridictions des comptes, c'est-à-dire les chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC) (A) et la Cour des comptes (B) ne doivent pas être perçues seulement comme des « pères Fouettards³⁶⁸ ». En effet, bien que de par leurs activités juridictionnelles notamment dans le domaine des marchés publics, elles prononcent, si les circonstances de l'espèce le justifient, des sanctions à l'égard des comptables publics³⁶⁹, il ne faut pas oublier leurs activités non juridictionnelles par l'intermédiaire desquelles elles contribuent à une meilleure gestion de la chose publique. Concrètement, elles émettent des recommandations par l'intermédiaire des rapports d'observations ou thématiques, lesquels peuvent servir de « béquilles » aux gestionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions.

A. L'activité non juridictionnelle des CRTC

³⁶⁷ CRC Auvergne-Rhône-Alpes, ROD, *Communauté d'agglomération de Loire Forez Agglomération - « Loire Forez Agglo » (LFA), (Département de la Loire), exercices 2014 et s., 2022*, p. 84.

³⁶⁸ RENET Valérie, « Une vigie, pas le Père Fouettard », [en ligne], *Le journal du Centre*, 1^{er} août 2021, [Consulté le 06 juill. 2022], disponible sur https://www.lejdc.fr/dijon-21000/actualites/valerie-renet-nouvelle-presidente-de-la-chambre-regionale-des-comptes-une-vigie-pas-le-pere-fouettard_13988127/

³⁶⁹ V. par ex C. comptes, 25 mai 2022, n° S-2022-0915, *Direction départementale des finances publiques (DDFIP) du Val d'Oise* ; v. aussi C. comptes 20 janv. 2022, n° S-2022-0080, *Chambre départementale d'agriculture (CDA) de la Drôme* ; CRC Normandie, 15 oct. 2020, n° 2°20-II, *Département de la Seine-Maritime* ; CRC PACA, 24 oct. 2019, n° 2019-0023, *Régie des thermes de la Digne-les-Bains (Alpes-de-Haute-Provence)*.

Les CRTC, à l'issue d'un examen de la gestion exprimé à l'article L. 211-8 du CJF, lequel porte entre autres sur la régularité des actes de gestion, publient un rapport d'observations définitives³⁷⁰, ainsi que l'indique l'article L. 243-4 du CJF. Dans ces rapports d'observations définitives d'environ une cinquantaine de pages, il n'est pas rare de constater quelques pages dédiées à la commande publique.

Le diagnostic posé révèle plusieurs irrégularités, à savoir le recours trop fréquent à l'appel d'offres, des rapports d'analyse imprécis, le recours croissant aux avenants et autres marchés complémentaires³⁷¹ ; l'extension des délais d'exécution à de multiples reprises et pour des durées importantes au regard de la durée contractuelle³⁷² ; le faible délai de publicité, le défaut de computation des seuils, la modification excessive par avenants du montant du marché³⁷³ ; des insuffisances quant aux modalités de publicité et de mise en concurrence ou l'absence de guide interne d'achats publics³⁷⁴, voire l'absence de pondération et de hiérarchisation des critères de sélection des offres³⁷⁵.

La suite logique du diagnostic du médecin se matérialise dans la plupart des cas par la prescription des remèdes et ici, ce sont les juridictions des comptes qui seront à la manœuvre. En effet, ces dernières font des recommandations aux organismes contrôlés. Sur la période récente (octobre 2018 et à décembre 2020), ce n'est pas moins de 191 recommandations émises par les CRTC sur les questions de commande publique³⁷⁶.

La lecture des rapports nous permet de retenir quelques recommandations faites par les CRTC. Il s'agit notamment de « conserver systématiquement, dans des dossiers tenus à jour, les pièces constitutives des marchés publics [...] (candidatures, offres, documents relatifs à la

³⁷⁰ Appelé lettres d'observations définitives avant la loi n° 2001-1248 du 21 déc. 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes. Pour une étude approfondie des rapports d'observations, v. BERNARD Philippe, *Les rapports d'observations définitives des chambres régionales des comptes*, Thèse de doctorat, Droit public, Paris 2, 2004, 533 p.

³⁷¹ CRC La Réunion, ROD, *La situation financière, la gestion des investissements et la commande publique, exercices 2015 et s., Commune de Saint-André (Département de la Réunion)*, 2021, p. 34-43.

³⁷² CRC Occitanie, ROD, *Communauté de communes du Pays de Trie et du Magnoac, exercices 2015 et 2016, exercices 2017 et s., 2022*, p. 46 ; sur le non-respect des seuils des marchés, v. C. comptes, ROD, *Chambre régionale d'agriculture Grand Est, exercices 2016 à 2021, 2022*, p. 57.

³⁷³ CRC Île-de-France, ROD, *Communauté de communes du Provinois, Ressources humaines, commande publique et politique locale de la santé, exercices 2014 et s., 2021*, p. 21-39.

³⁷⁴ CRC Nouvelle-Aquitaine, ROD, *Ville de Saintes, exercices 2011 et s., 2017*, p. 4.

³⁷⁵ CRC Bretagne, ROD, *Groupement d'intérêt public (GIP) LABOCEA, exercices 2016 et s., 2021*, p. 77 et s.

³⁷⁶ C. comptes et CRTC, *Rapport annuel sur le suivi des recommandations des juridictions financières, 2022*, p. 51.

procédure de passation et au suivi de l'exécution), conformément aux articles R. 2184-12 et R. 2184-13 du code de la commande publique³⁷⁷ » ; pour les MAPA, de définir « les règles de publicité et de mise en concurrence ainsi que des règles relatives aux délais de remise des offres ; l'encadrement des critères de sélection des candidatures et de choix des offres ; l'encadrement du recours à la négociation³⁷⁸ » ; de « clarifier la délégation [...] en matière de marchés publics et assurer un suivi centralisé de l'ensemble des achats conclus par la collectivité³⁷⁹ ».

Une fois ces observations formulées, il revient à l'acheteur public de les mettre en œuvre. En effet, l'absence de suivi peut, ainsi que le relève la CRC Nouvelle-Aquitaine³⁸⁰ dans son rapport d'observations définitives du 24 juin 2022, occasionner des irrégularités. Pour illustrer cela, elle prend l'exemple d'une délibération du conseil municipal de la commune de Mathes, en date du 15 avril 2014, qui autorisait le maire à « prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret [...]»³⁸¹.

Cette délibération reprend l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales (CGCT), pourtant abrogé depuis le 19 février 2009. Par conséquent, ainsi que le souligne la CRC³⁸², cet article du CGCT, dans sa nouvelle rédaction, ne fait pas référence au « seuil ». Poursuivant son analyse, jusqu'à la nouvelle délibération en date du 13 novembre 2017 (date de nouvelle délégation de compétence), laquelle limitait la compétence du maire aux marchés inférieurs à 90 000 € HT, la CRC précise que les marchés conclus par le maire l'ont été sur une délégation de compétence irrégulière avant d'indiquer que les marchés passés sous cette période sont grevés d'irrégularités au stade de la passation.

³⁷⁷ CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, ROD, *Commune de Forcalqueiret (département du Var), exercices 2014 et s.*, 2021, p. 7.

³⁷⁸ CRC Nouvelle-Aquitaine, ROD, *Ville de Saintes, préc.*, p. 8.

³⁷⁹ CRC Nouvelle-Aquitaine, ROD, *Cne des Mathes, 2022*, p. 23.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.* ; v. aussi CRC Nouvelle-Aquitaine, ROD, *Cne de Bègles (Département de la Gironde), exercices 2015 et s.*, 2022, p. 23 et s.

Notons que l'examen de la gestion est dépourvu de tout effet juridique et ne peut déboucher sur des sanctions³⁸³. Néanmoins, il peut éviter au gestionnaire public d'éventuels engagements de sa responsabilité. À titre d'exemple, la CRC de Bretagne³⁸⁴, après avoir relevé de graves manquements à la commande publique, commis par un groupement d'intérêt public, indique que le directeur général du groupement est susceptible de s'exposer au délit d'octroi d'avantage injustifié et que les dirigeants dudit groupement s'exposent également à d'éventuelles poursuites devant la CDBF. La CRC a ainsi recommandé à l'organisme contrôlé de respecter les dispositions de l'article L. 3 du CCP.

Si l'examen de la gestion est donc très utile³⁸⁵, notamment dans le domaine des marchés publics³⁸⁶, puisqu'il peut prévenir d'éventuelles atteintes aux règles de la commande publique, notons que le résultat recherché peut produire l'effet inverse. Concrètement, consécutivement à l'examen de la gestion, « les observations — par leur contenu et par la publicité qui leur est obligatoirement donnée — sont susceptibles de porter préjudice à l'ordonnateur et à sa collectivité [...]»³⁸⁷.

En dehors de l'examen de la gestion concernant les marchés publics, les CRTC peuvent formuler des avis sur les conventions relatives aux délégations de service public. C'est ce que dispose l'article L 1411-18 du CGCT. Concrètement, lorsque la CRC est saisie par l'ordonnateur ou son représentant pour donner son avis, celle-ci formule ses observations dans un délai d'un mois à compter de sa saisine³⁸⁸. Le président Descheemaeker³⁸⁹ trouvait toutefois paradoxale cette pratique. Il le justifiait par le fait que d'une part, les CRTC sont compétentes pour contrôler notamment les collectivités, ce qui inclut également le contrôle des marchés et délégations de service public, et d'autre part, selon les dispositions L 1411-18 du CGCT et

³⁸³ V. en ce sens DOYELLE Alain, « Suites possibles données à un examen de la gestion », *JCP A*, n° 12, 2003, p. 337.

³⁸⁴ CRC Bretagne, ROD, *Groupement d'intérêt public (GIP) LABOCEA*, préc., p. 84.

³⁸⁵ DOUAT Étienne, « L'utilité de l'examen de la gestion des chambres régionales des comptes », [en ligne], Colloque organisé par l'Université de la Réunion, 16 avr. 2019, [Consulté le 12 juill. 2022] disponible sur <https://m.youtube.com/watch?v=JJOEQu6F3Ok>

³⁸⁶ TRECA Alexis, *Le juge financier et les marchés publics*, Mémoire de DEA, Droit public, Paris II, 2002, p. 74.

³⁸⁷ BONNET Charles Christian Auguste Bonnet cité par TRÉCA Alexis, *op. cit.*, p. 72.

³⁸⁸ CJF art. L 244-2.

³⁸⁹ DESCHEEMAEKER Christian, « L'examen spécifique de conventions relatives à des marchés ou à des délégations de service public par les chambres régionales des comptes », *LPA*, n° 85, 2001, p. 81.

L 244-2 du CJF, elles formulent également des observations sur les marchés et délégation de service public.

En plus du rôle joué par les CRTC, la Cour des comptes a aussi une activité non juridictionnelle dédiée notamment aux marchés publics.

B. L'activité non juridictionnelle de la Cour des comptes

Jusqu'en 1991, comme le souligne la professeure Damarey³⁹⁰, le rapport public annuel de la Cour des comptes était le moyen par lequel elle rendait publiques ses observations. Ce n'est qu'en 1991 qu'apparaîtra le rapport public thématique. À partir de 2005, le rapport thématique sera consacré par le CJF en son article L. 143-6.

Ainsi, dans son rapport thématique de 2011, relatif au campus de Jussieu, la Cour des comptes³⁹¹ y a dénoncé plusieurs manquements aux prescriptions de la commande publique, notamment au stade de la procédure de passation. De surcroît, au sujet du département de Mayotte, elle a dénoncé l'absence de politique d'achat et d'outils permettant de prévenir les atteintes à la probité, des insuffisances quant à la conduite des marchés publics³⁹².

Dans le même ordre d'idées, dans son rapport d'observations définitives sur l'établissement public de sécurité ferroviaire, la Cour des comptes relève des contradictions entre le contenu de l'appel à la concurrence et celui des pièces du dossier de consultation du marché³⁹³.

Par ailleurs, la Cour des comptes, par le biais des référés³⁹⁴, a eu l'occasion de se prononcer sur les marchés passés par le ministère de la santé. À cet effet, dans un référé datant de 2018, adressé à la ministre de la Santé d'alors, elle constate l'irrégularité fréquente des

³⁹⁰ DAMAREY Stéphanie, *Droit public financier*, 2^e éd., *op cit.*, p. 1042

³⁹¹ C. comptes, rapp. pub. thématique, *Le campus de Jussieu : les dérives d'une réhabilitation mal conduite*, La Doc. Fr., 2011, p. 25. Par ailleurs, quatre années plus tard, la CDBF rendait un arrêt sur ledit campus. CDBF, 22 janv. 2015, préc.

³⁹² C. comptes, rapp. pub. thématique, *Quel développement pour Mayotte ? Mieux répondre aux défis de la démographie, de la départementalisation et des attentes des Mahorais*, 2022, p. 28.

³⁹³ C. comptes, ROD, *L'établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF), exercices 2015 à 2020*, 2022, p. 49.

³⁹⁴ Par définition, et selon le glossaire disponible sur le site de la Cour des comptes, « un référé est une communication adressée par le Premier président de la Cour des comptes à un ministre pour lui faire part des observations formulées par la Cour à l'issue d'un contrôle ».

marchés, le recours abusif à la procédure adaptée, des critères de choix généralement contestables ou encore le recours trop fréquent aux consultants³⁹⁵.

Au-delà des rapports d'observations, thématiques et des référés, en lisant quelques « audits flash³⁹⁶ » publiés par Cour des comptes, on y trouve des passages consacrés à la commande publique. Ainsi, dans son « audit flash » du 1^{er} juillet 2022 relatif au programme scribe, la Cour des comptes dénonce de nombreux manquements aux règles de la commande publique, à savoir la définition insuffisante des besoins, des défaillances dans le contrôle, notamment sur le prestataire extérieur retenu³⁹⁷.

Il faut rappeler que les juridictions des comptes ne se contentent pas de relever des manquements ou d'émettre des recommandations, elles s'assurent également de la mise en œuvre de ces dernières « afin d'apprécier dans quelle mesure elles ont été suivies d'effets³⁹⁸ » ; ainsi que souligné dans le rapport relatif au suivi des recommandations des juridictions financières, pour les exercices 2017 et 2018, d'octobre 2018 et de décembre 2020, « trois quarts des recommandations sont mis en œuvre par les entités contrôlées, dont un tiers totalement et près de la moitié partiellement³⁹⁹ ». Le suivi, ainsi que l'indique le Premier président de la Cour des comptes, monsieur Moscovici⁴⁰⁰ « permet d'améliorer l'efficacité de l'action publique et l'utilité de la dépense publique ».

La Cour des Comptes sénégalaise⁴⁰¹ partage ce constat lorsqu'elle affirme que « le suivi des recommandations constitue une activité porteuse de valeur ajoutée pour toute institution de contrôle, car, outre qu'il renforce l'incidence de ses contrôles, il est également une composante indispensable du processus d'obligation de rendre compte [...] ⁴⁰² ».

³⁹⁵ C. comptes, référé, *Le recours aux marchés publics de consultants par les établissements publics de santé*, 2018, p. 2-6.

³⁹⁶ Cet audit permet dans un délai restreint de dresser un état des lieux factuel sur un dispositif public bien délimité, nous indique la Cour des comptes.

³⁹⁷ C. comptes, audit flash, *Le programme scribe*, 2022, p. 41-45.

³⁹⁸ C. comptes, CRCT, *rapp.t annuel sur le suivi des recommandations des juridictions financières*, préc., p. 3.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Nous mettons la majuscule à « comptes » pour se conformer à la philosophie de la Cour des Comptes du Sénégal, puisqu'à la différence de la France, dans ses communications officielles, il est toujours marqué « Comptes ».

⁴⁰² C. Comptes, *rapp. de contrôle du suivi des recommandations (période 2008-2014)*, 2018, p. 4.

Parallèlement à l'examen de la gestion, dans le domaine des marchés publics, les questions d'éthique et de déontologie connaissent un réel développement. Le droit souple serait devenu un phénomène ubiquitaire⁴⁰³. Ce faisant, il s'agira d'aborder l'éthique et la déontologie non sous un angle purement coercitif, mais sous l'angle de la prévention. L'accointance entre le droit et l'éthique est aujourd'hui plus qu'évidente, d'autant plus que le droit n'est autre que la transposition de règles d'éthique, nous dit le professeur Beltrame⁴⁰⁴. Ainsi, les marchés publics se trouvent saisis par l'éthique et la déontologie.

§ 2. Les marchés publics saisis par l'éthique et la déontologie

Du latin « *ethicus* », qui concerne la morale. L'éthique peut être définie comme « l'ensemble des principes moraux qui guident le comportement d'une personne⁴⁰⁵ ». Tandis que la déontologie, notion analogue à l'éthique et forgée par Bentham⁴⁰⁶, dérive du latin « *deon* – *tos* » qui renvoie à devoir, et « *logos* » qui signifie notamment rationalité. Ainsi, il s'agit de l'ensemble des normes propres et reconnues dans une profession en particulier⁴⁰⁷. Critiquant la sanction qu'il qualifie d'échec, monsieur Vigouroux⁴⁰⁸ appréhende la déontologie comme une ambition. Concernant le contentieux financier, le professeur Crucis⁴⁰⁹ appelait il y a environ une

⁴⁰³ V. Conseil d'État, *Le droit souple*, rapp., 2013, p. 23.

⁴⁰⁴ BELTRAME Pierre, « L'éthique et le droit. Portrait-souvenir de Gabriel MONTAGNIER », in ALBERT Jean-Luc (dir.), *mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LASSALE, Gabriel MONTAGNIER et Luc SAÏDJ, Figures lyonnaises des finances publiques*, L'Harmattan, 2012, p. 39-43.

⁴⁰⁵ TESTARD Christophe, « L'éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple », *Éthique publique* [en ligne], vol. 23, n° 1, 2021, [Consulté le 20 juin 2022], disponible sur <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/5693>

⁴⁰⁶ BENTHAM Jeremy, *Deontology Or the Science of Morality in which the Harmony and Coincidence of Duty and Self-interest, Virtue and Felicity, Prudence and Benevolence are Explained and Exemplified*, Longman, 1834, 356 p.

⁴⁰⁷ CALVEZ Jean-Yves, « Éthique, morale, déontologie : Proches et différentes », *Rev. fr. mark*, n° 226, 2010, p. 10-14. Dans cette partie, pour ne pas rentrer dans des considérations philosophiques et ainsi trop s'écarter du sujet, nous ne traiterons pas des différends sémantiques relatifs à l'éthique, la morale ou encore à la déontologie. Sur ces querelles sémantiques, v. PONTIER Jean-Marie, « Les chartes de déontologie de la haute fonction publique », in AUBIN Emmanuel, EYMERI-DOUZANS Jean-Michel, KERLÉO Jean-François et al (dir.), *Quelle déontologie pour la haute fonction publique ? Enjeux, textes et perspectives*, IFDJ, Colloques & Essais, LGDJ, 2021, p. 89-106 ; v. aussi DE MUNAGORRI Rafael Encinas, « Les sources positives de la déontologie : à propos des avocats. », *RTDCiv*, 2007, p. 67-72 ; v. aussi VILLAIN-COURRIER Anne-Elisabeth, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Dalloz, Collection « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2004, p. 177.

Par conséquent, dans le cadre de ce travail de recherche, l'idée est de les rapprocher en occultant leur différence. Concrètement, il s'agit de démontrer dans une large mesure le rôle qu'ont acquis les questions d'éthique et de déontologie dans le domaine des marchés publics.

⁴⁰⁸ VIGOUROUX Christian, *Déontologie des fonctions publiques*, 2^e éd., Dalloz, 2012, p. 21.

⁴⁰⁹ CRUCIS Henry-Michel, « Faute de gestion locale et Cour de discipline budgétaire et financière : le temps de la réforme », in RASÉRA Michel (dir.), *La responsabilité du gestionnaire public local, op. cit.*, p. 243-261.

dizaine d'années, à la mise en place d'un code de déontologie des gestionnaires financiers publics. La mise en place d'un tel instrument serait une réelle aubaine, disait-il.

Le mouvement de moralisation de la vie publique⁴¹⁰ a eu pour corollaire la moralisation des marchés publics. Cela a conduit à l'avènement des chartes d'éthique et de déontologie (A). Ces chartes, aussi diversifiées soient-elles, ont pratiquement le même esprit. Concrètement, elles rappellent les règles fondamentales de la commande publique, les obligations des agents publics et surtout les risques encourus (B).

A. L'introduction des chartes d'éthique et de déontologie dans les marchés publics, conséquence de la moralisation de la vie publique

Le « mariage » entre l'éthique et les marchés publics peut à première vue étonner tant les deux terminologies sont éloignées⁴¹¹. Toutefois, au fil du temps, les deux notions se sont naturellement entremêlées. En guise d'illustration, la mise en concurrence permet de prévenir la prévarication des deniers publics et dans une large mesure de lutter contre le favoritisme — les marchés publics étant un terrain fertile à ce fléau⁴¹².

Eu égard à la place qu'occupent les questions d'éthique et de déontologie dans le domaine des marchés publics notamment, monsieur Lebiéd⁴¹³ évoque un changement de paradigme. En effet, selon lui, on est passé de « l'éthique et les marchés publics à l'éthique dans les marchés publics ». La circulaire du 14 février 2012⁴¹⁴ recommandant aux pouvoirs et entités adjudicateurs d'adopter un guide de déontologie ne fait que confirmer cette analyse.

Dans certains pays comme la Guinée, l'autorité de régulation des marchés publics (ARMP) propose le plus souvent à l'endroit des personnes ciblées à l'article 3 de la

⁴¹⁰ V. Loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 « loi Le Pors » complétée par la Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires ; v. aussi NADAL Jean-Louis, *Renouer la confiance publique – Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, La Doc. fr., 2015, p. 36 et s.

⁴¹¹ LEBIED Joachim, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », in Véronique COQ (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, LGDJ, 2021, p. 43-51.

⁴¹² *Ibid.*, p. 43-51.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 43-51.

⁴¹⁴ Circ. 14 févr. 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics.

loi L/2012/020/CNT du 11 octobre 2012⁴¹⁵ des formations comprenant huit modules sur le cadre réglementaire des marchés publics en Guinée, à savoir les principes des marchés publics, le suivi et l'exécution des marchés, l'évaluation des offres. Monsieur Thomas⁴¹⁶ soulignait à cet effet l'importance de développer d'abord des formations avant de renforcer les mécanismes de sanction.

On pourrait affirmer de manière nuancée que l'heure n'est plus forcément à la répression. Autrement dit, certes, il y a un aspect sanction en cas de non-respect des prescriptions de la commande publique, il y a également l'aspect déontologie et éthique à ne pas négliger. L'existence depuis quelques années d'un référent déontologue⁴¹⁷ dans les services publics vient affermir ce mouvement de moralisation de la vie publique.

L'introduction des chartes d'éthique et déontologie dans les marchés publics conduit ainsi à s'interroger sur leur contenu.

B. Le contenu des chartes d'éthique et de déontologie

De nos jours, nous assistons à une profusion des chartes d'éthique et de déontologie. Pour le dire autrement, ces chartes ont « le vent en poupe ». Ce sont des documents contenant des règles et principes que s'engagent à respecter ceux qui y adhèrent, disait le professeur Pontier⁴¹⁸.

Dans le domaine des marchés publics, les chartes d'éthique et déontologie sont appréhendées comme un instrument « de sécurisation et de sensibilisation des différents acteurs des marchés publics⁴¹⁹ ». Un exemple parmi d'autres, rappelant au préalable les grands principes de la commande publique, mais aussi les risques encourus, comme la plupart des

⁴¹⁵ Cette loi fixe les règles régissant la passation, le contrôle et la régulation des marchés publics et délégations de service public. En son article 3, les personnes ciblées sont celles des départements ministériels, des établissements publics administratifs, des entreprises publics...opérant notamment dans la procédure de passation.

⁴¹⁶ THOMAS Dominique, « Les relations entre le droit des marchés publics et le droit budgétaire et comptable », *RDP*, n° 4,1997, p. 1101-1137.

⁴¹⁷ V. le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique ; v. aussi FORTIER Charles, « Le référent : question(s) d'autorité », *AJFP*, 2018, p. 1.

⁴¹⁸ PONTIER Jean-Marie, « Les chartes de déontologie de la haute fonction publique », in *Quelle déontologie pour la haute fonction publique, op cit.*, p. 89-106.

⁴¹⁹ MENEURET Jean-Jacques, « La charte éthique dans les marchés publics, outil de compliance administrative ? » in *l'éthique en droit des marchés publics*, préc., p. 55-64.

chartes le font, la charte de déontologie de l'Université Claude Bernard Lyon 1⁴²⁰ met en avant quelques réflexes à adopter par les agents de l'Université, à savoir « les agents impliqués (in)directement dans le marché doivent faire montre de discrétion, mais aussi s'abstenir d'accepter toute invitation ou tout cadeau venant d'un soumissionnaire, ce, jusqu'à la notification du marché ». Toutefois, si certains cadeaux sont acceptables, leur valeur ne doit pas excéder la somme de 69 €, nous dit une autre charte⁴²¹. En outre, l'agent impliqué s'engage à utiliser les fonds publics sans gabegie, à traiter de manière équitable tous les soumissionnaires⁴²².

En Afrique de l'Ouest, prenant conscience des vertus de la mise en place des mécanismes *ex ante* dans l'objectif de prévenir les irrégularités et d'harmoniser les règles d'éthique et de déontologie applicables aux acteurs publics et privés intervenant dans le cadre des procédures de passation, d'exécution et de contrôle des marchés et délégation de service public, le législateur de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA)⁴²³ a adopté une directive à cet effet. Celle-ci s'inscrit dans l'esprit des chartes d'éthique sus-évoquées. L'article 17 de la directive indique que « l'agent public veille à la définition de besoins fonctionnels et à la rédaction de spécifications techniques et administratives qui définissent au mieux les besoins en matière de résultat ». L'article 15 de ladite directive nous indique également que « l'agent public doit agir dans l'intérêt de la collectivité et traiter équitablement les candidats et soumissionnaires sans que son intérêt personnel, familial ou ses relations amicales n'interfèrent dans ses décisions ». Cette dernière disposition nous rappelle le régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics, lequel a dorénavant introduit la notion « d'intérêt personnel direct ou indirect » dans le contentieux financier⁴²⁴.

⁴²⁰ Charte de déontologie de l'achat, Université Claude Bernard Lyon 1, [en ligne], [Consulté le 21 juin 2022], disponible sur https://www.univ-lyon1.fr/medias/fichier/charte-deontologie-achat-lyon-1_1595230070737-pdf.

⁴²¹ Charte de déontologie de l'achat public, Communauté de communes des Hautes Vosges, [en ligne], [Consulté le 21 juin 2022], disponible sur https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewivgNa5kL34AhUJxYUKHV_gBIYQFnoECBsQAO&url=https%3A%2F%2Fwww.cchautesvosges.fr%2Fdocument%2F57%2FConseils-communautaires%2F259%2FPoint-25.-Charte-de-deontologie-de-lachat-public.pdf&usq=AOvVaw2TIL3VMACU1YAuyA0Z7Hq.

⁴²² Charte de transparence et d'éthique dans les marchés publics et délégations de service public incluant les actes d'engagement à respecter de la Charte, 2016, p. 7.

⁴²³ Directive n° 04/2012/CM/UEMOA relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine.

⁴²⁴ Ord. n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics, art. L. 131-12. La question à se poser en pareil cas est de savoir comment caractériser l'« intérêt personnel ou indirect » en matière de marchés publics ? C'est un terrain nouveau qui s'ouvre à la chambre du contentieux.

En tout état de cause, si le droit dur est là pour sanctionner, le droit souple quant à lui fait de la prophylaxie. Concrètement, il prévient les acheteurs publics sur certains risques déontologiques. Face à la prolifération des chartes d'éthique et de déontologie, se pose la question de leur valeur. Bien qu'elles s'apparentent à des normes juridiques, elles n'ont aucune valeur juridique⁴²⁵, il s'agit d'un droit souple⁴²⁶. Par conséquent, si, au sens « kelsénien » du terme, le droit est appréhendé comme une contrainte, force est de constater qu'avec la véritable progression du droit souple, on peut se demander si cette conception n'est pas aujourd'hui dépassée⁴²⁷.

L'éthique dans le domaine des marchés publics, exprimée notamment dans les chartes d'éthique et de déontologie⁴²⁸ vient s'ajuster dans une large mesure avec l'éthique prônée par la CDBF⁴²⁹. Cette dernière, au moyen de sa jurisprudence ne cesse de rappeler les obligations de surveillance, d'encadrement, d'organisation et de probité⁴³⁰, qui pèsent sur les gestionnaires

Concrètement, cela est absent dans la jurisprudence actuelle de la CDBF. L'intérêt personnel, c'est l'idée d'utiliser ses fonctions à des fins personnelles. C'est une notion certes nouvelle dans le contentieux financier, mais qui existait déjà dans d'autres disciplines. En effet, la notion d'intérêt personnel direct ou indirect est, d'une part, proche de la notion pénale de prise illégale d'intérêts, et d'autre part, de la notion administrative de conflit d'intérêts. DEVILLERS Hugo, *La responsabilité financière des gestionnaires publics dans le domaine des marchés publics*, [entretien], mené par DIAKITÉ Alpha, visioconférence, 8 juin 2022.

Dans le cadre du nouveau régime, en raisonnant de manière hypothétique, on pourrait considérer que le fait de passer un marché avec un prestataire ayant des liens de parenté avec le gestionnaire public est constitutif d'un intérêt personnel ; autrement dit, le fait pour le gestionnaire public d'avantager une personne qu'il connaît. Avec l'introduction de la notion d'intérêt personnel direct ou indirect dans le contentieux financier répressif, alors qu'existe le délit de prise illégale d'intérêts en droit pénal, on peut s'interroger s'il n'y a pas en l'espèce une redondance.

⁴²⁵ COQ Véronique, « La charte éthique dans les marchés publics », *Contrats-Marchés pub*, n°4. 2019, Études 4 ; Certains auteurs parlent de valeur incertaine, au mieux règlementaire. V. JEAN-PIERRE Didier, « La nouvelle déontologie de la fonction publique : du décalogue au catalogue », *JCP A*, n° 24, 2016, p. 2172.

⁴²⁶ RICHARD Jacky, « Outil de la compliance (charte, bonnes pratiques, lignes directrices...) quelle valeur juridique ? », *AJCT*, 2018, p. 498.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Les appellations sont très variées : Charte d'éthique et de déontologie, guide de la commande publique, guide des bonnes pratiques.

⁴²⁹ DEVILLERS Hugo, « Intégrité en droit des marchés publics et déontologie des fonctionnaires », in Véronique COQ (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, LGDJ, 2021, p. 17-26.

⁴³⁰ CDBF, 28 sept. 1994, n° 105-315, *Centre hospitalier d'Albi*. Dans cette espèce alors que la Cour a retenu la responsabilité de la personne renvoyée, elle a jugé « qu'aucune des irrégularités relevées ne permet de mettre en doute la probité de M. X ». Toutefois, dans une autre espèce, la Cour a considéré que les agissements de la personne renvoyée étaient constitutifs d'un manquement à la probité. CDBF, 30 juin 1954, n° 2-16, *Direction des travaux du génie de Marseille* ; v. aussi CDBF, 18 févr. 1957, n° 3-10, *Cinéma des Champs-Élysées*. Il faut noter qu'un manquement à la probité n'est pas une infraction sanctionnable en tant que telle par la Cour, il s'agit d'une circonstance aggravante. MICHAUT Christian et SITBON Patrick, « La concomitance des juges », *AJDA*, 2013, p. 2544.

publics. À cela s'ajoute l'éthique financière *stricto sensu* prônée par les juridictions financières, notamment la CDBF. Cela passe entre autres par le respect des règles budgétaires.

CONCLUSION

L'interprétation extensive des règles d'exécution des recettes et des dépenses a permis à la Cour de régénérer son office et donc de sanctionner de plus en plus d'irrégularités. Cependant, ce réveil est tardif puisque la Cour disparaîtra le 1^{er} janvier 2023.

Certes, la CDBF, par sa jurisprudence dans le domaine des marchés publics, participe avec les juridictions des comptes à la régularité des contrats de la commande publique. Notons que 46 % de ses décisions concernent les marchés publics⁴³¹. Comme l'écrivait monsieur Devillers⁴³² « l'analyse de la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière fait ressortir la contribution de cette juridiction à l'efficacité de la pratique contractuelle publique et au respect des règles procédurales et financières de droit public ».

Cependant, son activité juridictionnelle dans le domaine des marchés publics n'est pas exempte de critiques. En effet, il faut souligner le caractère répétitif des irrégularités sanctionnées, à savoir le non-respect des principes fondamentaux de la commande publique...

Parallèlement à la responsabilité financière devant la Cour, les autres responsabilités comportent des insuffisances. Cela va du caractère théorique de la responsabilité disciplinaire, très peu mise en œuvre, à la « superficialité » du juge pénal, qui interprète de manière très extensive l'élément moral des infractions d'atteinte à la probité, notamment l'octroi d'avantage injustifié⁴³³.

Corrélativement à cette diversité de responsabilités existe le droit souple qui prend de plus en plus de place. Ainsi, l'amélioration de la qualité des services publics, la mise en place

⁴³¹ Si on prend les 21 ans et demi de jurisprudence soit du 1^{er} janv. 2000 au 5 juill. 2022, cinquante-deux arrêts de la Cour portent plus ou moins directement sur les questions de marchés publics ; v. DAMAREY Stéphanie, « Chronique de jurisprudence financière », *BJCL*, n° 12, 2021, p. 838-844.

⁴³² DEVILLERS Hugo, « Responsabilité des gestionnaires publics devant la Cour de discipline budgétaire et financière et contrats publics », préc, p. 83-93.

⁴³³ Selon monsieur Fouquet, une personne déclarée coupable de délit de favoritisme et également renvoyée devant la CDBF, cette dernière serait mal à l'aise pour ne pas sanctionner la personne renvoyée. FOUQUET Olivier, « La Cour de discipline budgétaire et financière et l'évolution de la gestion publique », *RFFP*, n° 92, 2005, p. 237-240 ; monsieur Thébault partage ce point de vue lorsqu'il écrit que « le juge pénal sanctionne la faute dans la gestion sans prendre en considération la faute de gestion et sans pouvoir relever l'ensemble des irrégularités de la gestion ». V. THÉBAULT Stéphane, *L'ordonnateur en droit public financier*, LGDJ, Collection « Bibliothèque finances publiques et fiscalité », t. 47, 2007, p. 253 et s.

et le renforcement des mécanismes de contrôle *ex ante* sont des facteurs qui peuvent épargner les gestionnaires publics d'éventuelles poursuites et donc de permettre l'assouplissement des responsabilités qu'ils encourent.

Par ailleurs, outre la responsabilité financière devant la CDBF, la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics est à bout de souffle. Concernant cette dernière, la somme irrémisssible est souvent modique en l'absence de préjudice financier⁴³⁴ et les débits sont estimés en millions d'euros, avec toutefois la possibilité d'une remise gracieuse⁴³⁵.

Par conséquent, désireux de trouver la bonne formule concernant la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics, puisqu'elle ne répondait plus « aux exigences d'une justice financière, moderne, lisible et efficace⁴³⁶ », le gouvernement a confié à la professeure Damarey et à monsieur Bassères, directeur général de Pôle emploi, la rédaction d'un rapport. Dans ses grandes lignes, le rapport Damarey⁴³⁷ proposait la suppression de la CDBF, alors que le rapport Bassères⁴³⁸ proposait son développement.

C'est dans ce contexte que l'article 168 de la loi de finances n° 1900 du 30 décembre 2021 a autorisé le gouvernement à agir par voie d'ordonnance pour mettre en place un régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics⁴³⁹, ce qui est une réalité depuis le 23 mars 2022. C'est donc, et très logiquement que la France fait désormais le

⁴³⁴ C. comptes, 28 mars 2019, n° S 2019-0775, *Institut français d'Amérique centrale*. La somme irrémisssible en l'espèce s'élevait 36 €.

⁴³⁵ C. comptes, 25 avril 2017, n° S 2017-1029, *Direction départementale des finances publiques (DDFIP) de Savoie*. Dans cette espèce, le montant du débit s'élevait à 1 976 402,19€ ; v. aussi C. comptes, 08 mars 2018, n° S 2018-0513, *Contrôleur budgétaire et comptable ministériel*. Le montant du débit prononcé en l'espèce s'élevait à 21 736 289,87 €.

⁴³⁶ CDBF, rapp. d'activité 2022, p. 75 ; v. aussi HERTZOG Robert, « Définir les obligations de l'administrateur moderne pour rénover la responsabilité des ordonnateurs », *RFFP*, n° 92, 2005, p. 133-140 ; v. art. 41 du PLF pour 2022, p. 120.

⁴³⁷ DAMAREY Stéphanie, rapp., *Le régime de responsabilité financière des gestionnaires publics. Analyse comparée. Proposition pour un régime de responsabilité gestionnaires publics*, 2020, p. 216.

⁴³⁸ BASSÈRES Jean et PACAUD Muriel, rapp., *La responsabilisation des gestionnaires publics*, 2020, p. 314.

⁴³⁹ On notera que la responsabilité financière des gestionnaires publics a fait l'objet d'études auparavant. V. GAULLIER-CAMUS Florent, *La responsabilité financière des gestionnaires publics*, LGDJ, Collection « Bibliothèque Finances publiques et fiscalité », t. 69, 2020, 504 p.

« deuil » de ce qui a souvent fait sa singularité, la dualité de son régime de responsabilité⁴⁴⁰. *Sit tibi terra levis !*

Réforme historique selon le Premier président de la Cour des comptes ! ⁴⁴¹

Le régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics vient bouleverser le schéma contentieux. En effet, est créée une 7^e chambre à la Cour des comptes, dénommée chambre du contentieux, laquelle sera présidée par monsieur Jean-Yves Bertucci. Il est aussi institué une cour d'appel financière dont la composition est très voisine de la CDBF. Avec ce nouveau régime, la CDBF disparaîtra. Sa disparition nous semble compréhensible eu égard à la faiblesse de son activité juridictionnelle longtemps limitée, laquelle est la conséquence des limites de ses compétences *ratione materiae et personnae*.

Toutefois, la suppression de la Cour n'entraîne pas pour autant l'effacement de ses compétences d'autant plus que celles-ci seront transférées à la Cour des comptes. En outre, les CRTC sont dépossédées de leurs compétences juridictionnelles. La professeure Damarey⁴⁴² a qualifié ceci d'une « régression dangereuse⁴⁴³ », voire la manifestation d'une conception jacobine de l'État. Le syndicat des juridictions financières⁴⁴⁴ regrettait quant à lui la centralisation du contentieux au Palais Cambon.

Par ailleurs, le nouveau régime vient resserrer les hypothèses d'engagement de la responsabilité des gestionnaires publics. Cela se déduit très rapidement à la lecture de

⁴⁴⁰ Ainsi que le souligne la professeure Damarey, le modèle juridictionnel européen d'engagement de la responsabilité financière est celui d'un modèle reposant sur un régime unifié. DAMAREY Stéphanie, « Pouvoir juridictionnel et de sanction des juridictions financières, approche comparée », *Gest. Fin. Pub.*, n° 6, 2021, p. 41-47.

⁴⁴¹ MOSCOVICI Pierre, « Responsabilité des gestionnaires publics : une réforme historique pour renforcer la confiance des citoyens dans l'action publique », Cour des comptes, 23 mars 2022, [en ligne], [Consulté le 6 juill. 2022], disponible sur <https://www.ccomptes.fr/fr/actualites/responsabilite-des-gestionnaires-publics-pierre-moscovici-souligne-une-reforme>

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ DAMAREY Stéphanie, « Bercy de restreindre à portion congrue les hypothèses d'engagement de la responsabilité des comptables », *Le Monde*, Tribune, [en ligne], 23 oct. 2021, [Consulté le 5 juill. 2022], disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/10/23/bercy-reve-de-restreindre-a-portion-congrue-les-hypotheses-d-engagement-de-la-responsabilite-des-comptables-publics_6099638_3232.html ; du même auteur, v. « Réforme de la responsabilité financière des gestionnaires : les dés sont jetés », 2022, *AJDA*, p. 920.

⁴⁴⁴ SJF, « Responsabilité financière : une réforme inachevée », [en ligne], 28 févr. 2022, *Gaz. cnes.*, [Consulté le 7 juill. 2022], disponible sur <https://www.lagazettedescommunes.com/792812/responsabilite-financiere-une-reforme-inachevee/>.

l'ordonnance puisque celle-ci indique que seront sanctionnées les fautes graves ayant entraîné un préjudice financier significatif. Toutefois, l'association de ces deux notions est perçue par certains auteurs non pas comme du laxisme, mais du pragmatisme⁴⁴⁵.

Indépendamment de la position qu'on adopte, il faut retenir que le resserrement du périmètre de la mise en œuvre de la responsabilité financière des gestionnaires publics a pour principal corollaire l'impossibilité de poursuivre les irrégularités n'ayant pas causé de préjudice. Avec le nouveau régime, on se dirige, comme le disait la procureure Hirsch⁴⁴⁶ vers un « contentieux de la rareté ».

On peut louer l'unification du régime (c'était inévitable !) et l'introduction de la notion de « faute grave⁴⁴⁷ », car cette dernière, principal point positif de la réforme, va obvier la paralysie de l'action publique⁴⁴⁸. Cependant, eu égard aux remarques précédemment formulées, le nouveau régime n'est ni gadget ni révolution⁴⁴⁹.

La faute grave dans le cadre du nouveau régime peut être étudiée à l'aune du droit administratif. En effet, au titre de la responsabilité pour faute de l'administration, existe celle pour faute simple, mais aussi pour faute lourde. En effet, dans certains cas, la possibilité d'engager la responsabilité pour faute de l'administration était conditionnée à l'existence d'une faute lourde. L'objectif était de minimiser les hypothèses d'engagement de la responsabilité de

⁴⁴⁵ COLLET Martin et AYRAULT Ludovic, « Chronique de droit public financier », *RFDA*, 2022, p. 183.

⁴⁴⁶ HIRSCH Catherine, audience solennelle de rentrée, Grand'chambre, allocution du 24 janv. 2022 ; v. aussi KERNÉIS-CARDINET Mathilde, « Un nouvel acte vers la réforme de la responsabilité des gestionnaires publics », *JCP A*, n° 4, 2022, p. 2039.

⁴⁴⁷ DAMAREY Stéphanie, « Responsabilité financière des gestionnaires publics : à l'origine, un projet ambitieux », *BJCL*, n° 12, 2021, p. 833-837.

⁴⁴⁸ DAMAREY Stéphanie, « La réforme de la responsabilité financière des gestionnaires publics constitue une régression majeure », [en ligne], *Le Monde*, 29 avr. 2022, [Consulté le 6 juill. 2022], disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/04/29/la-reforme-de-la-responsabilite-financiere-des-ministres-et-elus-locaux-constitue-une-regression-majeure_6124134_3232.html ; v. aussi DAMAREY Stéphanie, « Débat : le nouveau cadre de la responsabilité financière des gestionnaires publics, évolution ou révolution ? », [en ligne], *Acteurs publics*, 5 juill. 2022, [Consulté le 6 juill. 2022], disponible sur <https://acteurspublics.fr/webtv/emissions/les-rencontres-des-acteurs-publics/debat-le-nouveau-cadre-de-responsabilite-financiere-des-gestionnaires-publics-evolution-ou-revolution>.

⁴⁴⁹ Nous empruntons ici la formule du doyen Vedel. v. VEDEL Georges, « Réforme de la Constitution : ni gadget, ni révolution », [en ligne], *Le Monde*, 6 avr. 1990, [Consulté le 5 juill. 2022], disponible sur https://www.lemonde.fr/archives/article/1990/04/06/institutions-reforme-de-la-constitution-ni-gadget-ni-revolution_3957450_1819218.html

l'administration et donc d'éviter la paralysie de certains services, comme l'observe le professeur Waline⁴⁵⁰ dans son « précis » Dalloz.

Aujourd'hui, la faute lourde est en net déclin et même clairement abandonnée, notamment dans le domaine hospitalier ou encore en ce qui concerne les activités des établissements pénitentiaires⁴⁵¹. Toutefois, concernant les activités de service de police et les activités de contrôle, c'est-à-dire lorsque l'État exerce un contrôle sur les collectivités territoriales ou sur les organismes soumis à un régime de droit privé, la faute lourde subsiste⁴⁵².

Ainsi, hypothétiquement, dans le cadre du régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics, la faute grave engendrera un contentieux abondant dans certains domaines par rapport à d'autres. La procureure Hirsch⁴⁵³ a pu donner quelques indices permettant d'apprécier la gravité de la faute — gravité qui, selon elle, doit être fonction des enjeux financiers, de l'importance de la règle méconnue ou du caractère répétitif de l'irrégularité.

Rappelons que l'article L. 131-9 de l'ordonnance du 23 mars 2022 associe la « faute grave » au « préjudice financier significatif⁴⁵⁴ ». Ainsi, une question se pose dans le cadre de ce travail de recherche, qui est celle de savoir comment le nouveau juge des gestionnaires publics poursuivra les irrégularités financières dans le domaine des marchés publics. Comment établir le préjudice financier significatif dans le domaine des marchés publics ? Apporter des réponses à cette interrogation paraît difficile en l'état puisque l'ordonnance n'a pas encore connu son « baptême de feu ».

Le préjudice financier n'est pas automatique. De surcroît, nous avons vu que le juge de la discipline budgétaire et financière ne l'admet que très rarement dans le domaine des marchés

⁴⁵⁰ WALINE Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 27^e éd., Paris, 2018, p. 568.

⁴⁵¹ *Ibid.* ; v. aussi TIFINE Pierre, « Droit administratif français – sixième partie – chapitre 3 – section 3 : Conditions d'engagement de la responsabilité de l'administration », [en ligne], *RGD*, 2020, n° 54161, [Consulté le 7 juill. 2022], disponible sur <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/08/12/droit-administratif-francais-sixieme-partie-chapitre-3-section-3/>

⁴⁵² WALINE Jean, *Droit administratif*, 27^e éd., *op cit.*, p. 571-573.

⁴⁵³ HIRSCH Catherine, « La responsabilité des gestionnaires publics », *Arch. phil. dr.*, préc., p. 165-183.

⁴⁵⁴ Dans une tribune, la professeure Damarey indiquait que la France supporte mal la comparaison dans la mesure où qu'il s'agisse de l'Espagne, de l'Italie, du Portugal, la sanction de la faute grave est sans rapport avec l'importance et la nature du dommage causé. DAMAREY Stéphanie, « La responsabilité financière des gestionnaires publics constitue une régression majeure », préc.

publics. Par conséquent, le risque n'est-il pas la pénalisation accrue des marchés publics⁴⁵⁵ ? Concrètement, si le nouveau juge des gestionnaires publics ne peut pas poursuivre les infractions aux règles de la commande publique en l'absence de faute grave et de préjudice financier significatif, il ne resterait plus notamment que le juge pénal pour le faire.

Quoiqu'il en soit, il appartiendra à la chambre du contentieux de définir les contours de sa jurisprudence, notamment dans le domaine de la commande publique afin d'améliorer éventuellement son office. Encore faut-il que les autorités habilitées à saisir la chambre du contentieux, notamment les CRTC, lesquelles sont dorénavant amputées de leurs compétences juridictionnelles, veillent « mettre des paillettes dans la vie » de cette dernière. Ce qui passe par le déferrement de certaines affaires au ministère public près la Cour des comptes.

Un changement des termes du régime de responsabilité n'est pas forcément synonyme d'un changement de la réalité. En pareilles circonstances, la jurisprudence du juge de la discipline budgétaire et financière peut servir de support au nouveau juge des gestionnaires publics, d'autant plus que le régime unifié n'est autre que l'épigone du régime de responsabilité devant la CDBF⁴⁵⁶. En outre, les activités juridictionnelles et surtout non juridictionnelles des juridictions des comptes peuvent également lui servir de modèle. L'influence de ces dernières, du moins l'écho qu'elles ont n'est pas négligeable⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ On notera que la pénalisation des marchés publics a déjà fait l'objet d'études auparavant. v. PREBISSY-SCHNALL Catherine, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, Collection « Bibliothèque de droit public », t. 223, 2002, 617 p.

⁴⁵⁶ V. GROPER Nicolas, « Être une juridiction financière à l'horizon 2025. Réflexions autour du contrôle répressif des ordonnateurs », *Gest. Fin. Pub.*, n° 2, 2022, p. 22-26.

⁴⁵⁷ V. DAMAREY Stéphanie, *Droit public financier : finances publiques, droit budgétaire, comptabilité publique et contentieux financier*, *op cit.*, p. 1066.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

AUBIN (E.), *La fonction publique. Le droit applicable aux trois fonctions publiques (État – Territoriale – Hospitalière)*, 6^e éd., Gualino, 2014, 617 p.

BERNARD (D.), **GUILLAIN (C.)**, **SCALIA (D.)**, (dir.), *Fondements et objectifs des incriminations et peines en droit européen et international*, Anthémis, 2014, 712 p.

BERTUCCI (J.-Y.), **FROMENT-MEURICE (A.)**, **GROPER (N.)** et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence financière*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2019, 729 p.

BEZES (Ph.), **DESCAMPS (F.)**, **KOTT (S.)** et al. (dir.), *L'invention de la gestion des finances publiques. Élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIXe siècle (1815-1914)*, IGPDE, 2013, 580 p.

BOUDET (J.-F.), **CABANNES (X.)** et **AMSELEK (P.)**, *Finances publiques citoyennes*, LGDJ, 2017, viii+320 p.

BOUVIER (M.), (dir.), *La bonne gouvernance des finances publiques dans le monde*, Actes de la IVe Université de printemps des finances publiques, LGDJ, 2009, 313 p.

CATTEAU (D.), *Droit budgétaire : comptabilité publique : LOLF et GBCP*, 4^e éd., Paris, Hachette, 2017, 168 p.

COSSALTER (P.), *La gestion administrative et financière des marchés publics*, Territorial Éditions, 2021, 103 p.

COQ (V.) (dir), *L'éthique en droit des marchés publics*, Paris, LexisNexis, 2020, 174 p.

DAMAREY (S.), *Droit public financier : finances publiques, droit budgétaire, comptabilité publique et contentieux financier*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2021, 1225 p.

DAMAREY (S.), *Exécution et contrôle des finances publiques*, Paris, Gualino, 2007, 492 p.

DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, Paris, Economica, 2000, 375 p.

DE LAUBADÈRE (A.) et **GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif. La fonction publique*, 11^e éd., Paris, LGDJ, t.5, 1998, 211 p.

DELLIS (G.), *Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, Collection « Bibliothèque de droit public », t. 184, 1997, 464 p.

DELMAS-MARTY (M.) et **TEITGEN-COLLY (C.)**, *Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, 191 p.

DIDIER (J.-P.), *L'éthique du fonctionnaire civil : son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, LGDJ, Collection « Bibliothèque de droit public », t. 202, 1999, 540 p.

DJEYA KAMDOM (Y. G.), *La responsabilité des ordonnateurs des crédits publics dans le système financier contemporain : étude des droits camerounais et français*, L'Harmattan, Collection « Logiques juridiques », 2021, 632 p.

DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, 4^e éd., PUF, 2021, 408 p.

FENECH (G.) et PETIT (Ph.), *La moralisation des marchés publics*, Paris, PUF, 1998, 127 p.

GAULLIER-CAMUS (F.), *La responsabilité financière des gestionnaires publics*, LGDJ, Collection « Bibliothèque Finances publiques et fiscalité », t. 69, 2020, 504 p.

GROPER (N.), *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, Paris, Dalloz, 2009, 492 p.

HOEPPFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2019, ix+972 p.

MELLERAY (F.), *Droit de la fonction publique*, 5^e éd., Paris, Economica, 2020, 473 p.

PREBISSY-SCHNALL (C.), *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, Collection « Bibliothèque de droit public », t. 223, 2002, 617 p.

RASÉRA (M.), (dir.), *La responsabilité du gestionnaire public local : actes du colloque franco-algérien organisé à Rennes les 25 et 26 octobre 2007*, Rennes, PUR, 2008, 284 p.

THÉBAULT (S.), *L'ordonnateur en droit public financier*, LGDJ, Collection « Bibliothèque finances publiques et fiscalité », t. 47, 2007, 369 p.

TOGOLO (O.), *Les fautes de gestion dans le secteur public au Cameroun*, Mare & Martin, 2019, 384 p.

VILLAIN-COURRIER (A.-E.), *Contribution générale à l'étude du service public de l'éthique en droit anglais et français comparé*, Dalloz, Collection « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 40, 2004, 723 p.

II. THÈSES ET MÉMOIRE

BERNARD (P.), *Les rapports d'observations définitives des chambres régionales des comptes*, Thèse de doctorat, Droit public, Paris 2, 2004, 533 p.

CHARZAT (J.-M.), *Les fonctions de la Cour de discipline budgétaire et financière*, Thèse de doctorat, Droit public, Paris 1, 2001, 462 p.

FROMONT (S.), *Le droit des marchés publics à l'épreuve du droit public financier*, Thèse de doctorat, Droit public, Lille 2, 2001, 687 p.

NDINGA (C.), *Le contrôle du juge financier sur les marchés publics locaux*, Thèse de doctorat, Droit public, Nanterre, 2017, 598 p.

PIERUCCI (Ch.), *Une responsabilité à raison de la gestion publique, la responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière*, Thèse de doctorat, Droit public, Strasbourg 3, 2003, 846 p.

TRÉCA (A.), *Le juge financier et les marchés publics*, Mémoire de DEA, Droit public, Paris 2, 2002, 147 p.

III. MÉLANGES

Écrits de droit public, financier et constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Michel LASCOMBE, Paris, Dalloz, 2020, 506 p.

Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LASSALE, Gabriel MONTAGNIER et Luc SAÏDJ, *Figures lyonnaises des finances publiques*, L'Harmattan, 2012, 332 p.

Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, vol. 1, 2005, 874 p.

Droit public : Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave PEISER, PUG, 1995, 550 p.

Mélanges en l'honneur de Paul-Marie GAUDEMET : études de finances publiques, Paris, Economica, 1984, 1046 p.

Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Toulouse, Université Toulouse 1 Capitole, 1978, 1184 p.

IV. RAPPORTS PUBLICS ET DOCUMENTS D'INFORMATIONS

Cour des comptes, ROD, *Chambre régionale d'agriculture Grand Est, exercices 2016 à 2021*, 2022, 81 p.

Cour des comptes, ROD, *L'établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF), exercices 2015 à 2020*, 2022, 81 p.

Cour des comptes, rapp. pub. thématique, *Quel développement pour Mayotte ? Mieux répondre aux défis de la démographie, de la départementalisation et des attentes des Mahorais*, 2022, 88 p.

Cour des comptes et CRTC, rapp. pub. annuel, *Le suivi des recommandations des juridictions financières*, 2022, 68 p.

Cour des comptes, référé, *Le recours aux marchés publics de consultants par les établissements publics de santé*, 2018, 7 p.

CRC Auvergne-Rhône-Alpes, ROD, *Communauté d'agglomération de Loire Forez Agglomération — « Loire Forez Agglo » (LFA), (Département de la Loire), exercices 2014 et s.*, 2022, 99 p.

CRC Bretagne, ROD, *Groupement d'intérêt public (GIP) LABOCEA, exercices 2016 et s.*, 2021, 85 p.

CRC Centre-Val de Loire, ROD, *Société publique locale Chartes aménagement (Département d'Eure-et-Loir), exercices 2014 et s.*, 2022, 116 p.

CRC Hauts-de-France, ROD, *Office public de l'habitat de l'Aisne 2017 et s.*, 2022, 62 p.

CRC Île-de-France, ROD, *Commune de Bougival, exercices 2008 et s.*, 2015, 80 p.

CRC Île-de-France, ROD, *Communauté de commune du Provinois, Ressources humaines, commande publique et politique locale de la santé, exercices 2014 et s.*, 2021, 37 p.

CRC La Réunion, ROD, *La situation financière, la gestion des investissements et la commande publique, exercices 2015 et s., Commune de Saint-André (Département de la Réunion)*, 2021, 51 p.

CRC Mayotte, ROD, *Commune de Mamoudzou, exercices 2014 et s., cahier n° 2 : la commande publique*, 2022, 34 p.

CRC Normandie, ROD, *La gestion de la commune de Saint-Valery-en-Caux, exercices 2015 à 2020*, 2022, 33 p.

CRC Nouvelle-Aquitaine, ROD, *Commune de Mathes*, 2022, 33 p.

CRC Nouvelle-Aquitaine, ROD, *Commune de Bègles (département de la Gironde), exercices 2015 et s.*, 2022, 89 p.

CRC Nouvelle-Aquitaine, ROD, *Ville de Saintes, exercices 2011 et s.*, 2017, 55 p.

CRC Occitanie, ROD, *Communauté de communes du Pays de Trie et du Magnoac, exercices 2015 et 2016, exercices 2017 et s.*, 2022, 69 p.

CRC PACA, ROD, *La gestion de la communauté d'agglomération « Var Estérel Méditerranée » à compter de l'exercice 2010*, 2017, 81 p.

CRC PACA, ROD, *Commune de Saint-Victoret*, 2022, 32 p.

CRC PACA, ROD, *Commune de Forcalqueiret (département du Var), exercices 2014 et s.*, 2021, 70 p.

CDBF, *Rapport de la Cour de discipline budgétaire et financière au Président de la République*, 2022, 76 p.

CDBF, *Rapport de la Cour de discipline budgétaire et financière au Président de la République*, 2021, 72 p.

CDBF, *Rapport de la Cour de discipline budgétaire et financière au Président de la République*, 2020, 84 p.

CDBF, *Rapport de la Cour de discipline budgétaire et financière au Président de la République*, 2019, 72 p.

CDBF, *Rapport de la Cour de discipline budgétaire et financière au Président de la République*, 2017, 64 p.

CDBF, *Rapport de la Cour de la discipline budgétaire et financière au Président de la République*, 2016, 68 p.

CDBF, *Rapport de la Cour de discipline budgétaire et financière au Président de la République*, 2015, 54 p.

V. ARTICLES

BERNARDINIS (Ch.), « Le juge des comptes et les conséquences de la nouvelle subjectivisation de son office », *Gest. Fin. Pub.*, n° 44, 2020, p. 93-112.

BISCAÏNO (C.), « Du pragmatisme de la CDBF en matière de faute de gestion », *AJDA*, 2007, p. 697.

CHENILLAT (E.), « Le modèle juridictionnel de responsabilité financière : de la différenciation des régimes en France, au Portugal et en Italie, à l'appréhension d'enjeux communs », *RFFP*, n° 139, 2017, p. 23.

CHOQUET (M.) et PÉHAU (N.), « Exercice de l'État et état de nécessité », *AJDA*, 2022, p. 1325.

CHOQUET (M.) et PÉHAU (N.), « Première condamnation d'un élu local pour le paiement de primes irrégulières », *AJDA*, 2021, p. 2507.

COLLIARD (C.-A.), « Les irrégularités budgétaires et leurs sanctions », *Dalloz*, 1949, p. 65.

COQ (V.), « La charte éthique dans les marchés publics », *Contrats-Marchés publics*, 2019, Études 4.

DAMAREY (S.), « Réforme de la responsabilité financière des gestionnaires : les dés sont jetés », *AJDA*, 2022, p. 920.

DAMAREY (S.), « Les mythes en contentieux financier : place à la démystification », *Gest. Fin. Pub.*, n° 1, 2021, p. 75-83.

DAMAREY (S.), « Pouvoir juridictionnel et de sanction des juridictions financières, approche comparée », *Gest. Fin. Pub.*, n° 6, 2021, p. 41-47.

DAMAREY (S.), « Responsabilité financière des gestionnaires publics : à l'origine, un projet ambitieux », *BJCL*, n° 12, 2021, p. 833-837.

DESCHEEMAEKER (Ch.), « Cour de discipline budgétaire et financière », *LexisNexis administratif*, 2015, fasc. 1270.

DESCHEEMAEKER (Ch.), « La Cour de discipline budgétaire et financière face aux fautes de gestion », *Rév. Trésor*, 1994, p. 319-327.

DESCHEEMAEKER (Ch.), « La responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales », *RFFP*, n° 43, 1993, p. 49-62.

DESCHEEMAEKER (Ch.), « L'examen spécifique de conventions relatives à des marchés ou à des délégations de service public par les chambres régionales des comptes », *LPA*, n° 85, 2001, p. 81.

DEVILLERS (H.), « Responsabilité des gestionnaires publics devant la Cour de discipline budgétaire et financière et contrats publics », *Gest. Fin. Pub.*, n° 4, 2018, p. 83-93.

DJILA (R.), « Libres propos sur la sanction pénale de la violation des procédures de passation des marchés publics au Cameroun », *RSC*, 2014, p. 461.

DOYELLE (A.), « Suites possibles données à un examen de la gestion », *JCP A*, n° 12, 2003, p. 337.

DUHAMEL (P.-M.), « Liberté et responsabilité des gestionnaires publics dans la nouvelle constitution budgétaire », *RFFP*, n° 92, 2005, p. 207-210.

DUHAMEL (P.-M.), « Le contrôle financier et la loi organique relative aux lois de finances », *RFFP*, n° 91, 2005, p. 111-116.

FITTE DUVAL (A.), « Fonctionnaire et agent public — Répression pénale des infractions commises par les agents publics », *Rép. pén. Dalloz*, 2014, § 16.

FORTIER (C.), « Le couronnement de l'arrêt Lebon : le choix de la sanction disciplinaire fait l'objet d'un contrôle plein du juge administratif », *AJFP*, 2014, p. 5.

FOUQUET (O.), « La Cour de discipline budgétaire et financière et l'évolution de la gestion publique », *RFFP*, n° 92, 2005, p. 237-240.

GUILBAUD (D.) et PÉHAU (N.), « Vers une obligation de transparence ? » *AJDA*, 2021, p. 616.

GUILBAUD (D.) et **PÉHAU (N.)**, « Le visa préalable, une règle d'engagement des dépenses », AJDA, 2020, p. 2577.

GROPER (N.) « Être une juridiction financière à l'horizon 2025. Réflexions autour du contrôle répressif des ordonnateurs », Gest. Fin. Pub., n° 2, 2022, p. 22-26.

GROPER (N.) et **MICHAUT (C.)**, « L'intervention du contrôleur financier dans le visa des pièces justificatives des dépenses des établissements publics », AJDA, 2010, p. 2484.

GROPER (N.) et **MICHAUT (C.)**, « Faute de gestion : La CDBF précise l'articulation entre l'amendement Crédit Lyonnais et sa jurisprudence classique », 2008, p. 2435.

GROPER (N.) et **MICHAUT (C.)**, « Irrégularités commises lors de la vente de sous-marins par un service de l'État : responsabilité pour négligence », AJDA, 2008, p. 1261.

GROPER (N.), « Les sanctions de droit public financier et la réforme de la gestion publique ou la CDBF et la LOLF », Rév. Trésor, n° 2, 2008, p. 95-97.

GROPER (N.) et **MICHAUT (Ch.)**, « La complémentarité des sanctions CDBF et des sanctions pénales », AJDA, 2007, p. 2431.

GROPER (N.) et **MICHAUT (C.)**, « La CDBF, juge des gestionnaires publics peut sanctionner les fautes de gestion à certaines conditions », AJDA, 2006, p. 1249.

HAUPTMANN (N.) et **PÉHAU (N.)**, « La CDBF clarifie encore le non bis in idem », AJDA, 2020, p. 617.

HAUPTMANN (N.) et **PÉHAU (N.)**, « Le contrôle préalable doit avoir une portée utile », AJDA, 2019, p. 577.

HAUPTMANN (N.) et **PÉHAU (N.)**, « La gestion de l'ONEMA en eaux troubles ou l'art de l'interprétation », AJDA, 2018, p. 2493.

HAUPTMANN (N.) et **PÉHAU (N.)**, « La Cour de discipline budgétaire et financière à l'épreuve du non bis in idem », AJDA, 2017, p. 1940.

HOEPPFNER (H.), « La modification des contrats », RFDA, 2016, p. 280.

HERTZOG (R.), « Définir les obligations de l'administrateur moderne pour rénover la responsabilité des ordonnateurs », RFFP, n° 92, 2005, p. 133-140.

HIRSCH (C.), « La responsabilité des gestionnaires publics », Arch. phil. dr., n° 63, 2022, p. 165-183.

JEAN-PIERRE (D.), « La nouvelle déontologie de la fonction publique : du décalogue au catalogue », JCP A, n° 24, 2016, p. 2172.

KERNÉIS-CARDINET (M.), « Un nouvel acte vers la réforme de la responsabilité des gestionnaires publics », JCP A, 2022, p. 2039.

LE CLAINCHE (M.), « Redevabilité financière et redevabilité managériale : séparation, concurrence ou complémentarité », RFAP, n° 160, 2016, p. 1093-1107.

MARIN (J.-C.), « Gestion publique, droit public financier et droit pénal », RFFP, 2005, p. 121-126.

MICHAUT (Ch.) et SITBON (P.), « La concomitance des juges », AJDA, 2013, p. 2544.

MICHAUT (Ch.) et SITBON (P.), « La faute de gestion, même sans violation d'un texte », AJDA, 2013, p. 1625.

MICHAUT (Ch.) et SITBON (P.), « *Le cost killing* n'échappe pas au code de la commande publique », AJDA, 2013, p. 2547.

MILLER (G.), « La Cour des comptes et les juridictions financières : les garantes de plus en plus vigilantes de la probité des gestions publiques », RFFP, n° 147, 2019, p. 111.

MOUZET (P.), « Responsabilité financière des gestionnaires publics : l'occasion gâchée », AJDA, 2017, p. 130.

MOUZET (P.), « La responsabilité financière, rencontre du cinquième type », JCP A, n° 10-11, 2015, p. 34.

PEYEN (L.), « Pour une véritable éthique financière : le renforcement de la Cour de discipline budgétaire et financière », Gest. Fin. Pub., n° 6, 2017, p. 25-34.

POUJADE (B.), « La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux », AJDA, 2005, p. 703-708.

RICHARD (J.), « Outil de la compliance (charte, bonnes pratiques, lignes directrices...) quelle valeur juridique ? », AJCT, 2018, p. 498.

SAÏDJ (L.), « La responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière », RLCT, n° 275, 2009, p. 40.

SAUNIER (Ph.), « La faute de gestion dans la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière », RFDA, 1992, p. 1055.

SITBON (P.), « La CDBF et les contrats publics : de la sanction au rappel de la norme », ACCP, n° 116, p. 25-29.

TESTARD (Ch.), « L'éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple », Éthique publique, vol. 21, n° 1, 2021, p. 1-15.

THOMAS (D.), « Les relations entre le droit des marchés publics et le droit budgétaire et comptable », RDP, n° 4, 1997, p. 1101-1137.

VANDERMEEREN (R.), « La double peine : diversité des ordres juridiques et pluralité des systèmes répressifs », AJDA, 2003, p. 1854.

VIER (C.-L.), « Les sanctions prononcées par les juridictions financières », *Revue Justice et Cassation*, 2005, p. 86-90.

WASERMAN (F.), « L'application du principe non bis in idem et les procédures devant la CDBF », *RDCA*, 2016, p. 456.

VI. OBSERVATIONS

BRAMERET (S.), « La valorisation ne peut pas se faire au détriment de la concurrence », obs. sous CDBF, 17 juin 2014, n° 193-696, Société de valorisation foncière et immobilière (SOVAFIM), *RLC*, 2014, p. 32-34.

BRAMERET (S.), « Gestion d'une société d'économie mixte locale et responsabilité financière des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire et financière », obs. sous CDBF, 25 novembre 2010, Société immobilière d'économie mixte de la Ville de Paris (SIEMP), *JCP A*, 2011, p. 2188.

DAMAREY (S.), « Cour de discipline budgétaire et financière, le chant du cygne ? », obs. sous CDBF, 9 octobre 2020, n° 243-828, Fonds de solidarité ; CDBF, 10 décembre 2020, n° 245-801, ONIAM, *JCP A*, n° 5, 2021, p. 2041.

DAMAREY (S.), « INPI : les désaccords du juge financier », obs. sous CDBF 23 janvier 2020, n° 239-802, et *C. comptes*, 27 octobre 2017, n° S2017-3317, *AJDA*, 2020, p. 1402.

DAMAREY (S.), obs. « Les articles L. 311-2, L. 311-3, L.311-5, L. 313-1, L. 313-4, L. 313-6, L. 313-7-1, L. 313-11, L. 314-3, L.314-4 et L. 314-18 du code des juridictions financières relatifs à la CDBF sont-ils contraires à la Constitution ? », *BJCL*, n° 12, 2014, p. 837-839.

DEGOFFE (M.), « La Cour de discipline budgétaire et financière réprime les infractions aux règles d'exécution des dépenses par le président de France Télécom », obs. sous CDBF, 25 juillet 2008, France Télécom, *RDS*, 2008, p. 858.

DE MONTECLER (M.-C.), « La fin de la jurisprudence Lebon », obs. sous CE, 13 novembre 2013, n° 347704, Dahan, *Dalloz.fr*.

DEVES (C.), « Société d'économie mixte et pouvoir adjudicateur : mode d'emploi. À propos de l'arrêt TERACTEM de la CDBF du 3 décembre 2021 », *JCP A*, n° 16, 2022, p. 2133.

DURAND (G.), « Fin du suspense : une société d'économie mixte locale est (presque) toujours un pouvoir adjudicateur », obs. sous CDBF, 03 décembre 2021, n° 254-861, Société anonyme d'économiste locale « TERACTEM », *AJCT*, 2022, p. 2016.

HAUPTMANN (N.), « Les défaillances d'une chaîne de la dépense complexe », obs. sous

CDBF, 22 février 2018, n° 218-749, AJDA, 2018, p. 1147.

HAUPTMANN (N.) et PÉHAU (N.), « La CDBF et la dispense de sanction pécuniaire », obs. sous CDBF, 16 novembre 2016, n° 211-739, Centre hospitalier de Givors, AJDA, 2017, p. 932.

JULLIAN (N.), « Éclairages sur la distinction entre la faute de gestion et simple négligence (C. com, art. L. 651-2) », obs. sous CA Angers, 18 janvier 2022, n° 17/02316, BJS, n° 3, 2022, p. 48-50.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), « Responsabilité des dirigeants devant la CDBF — défaillances des entreprises publiques : responsabilité des dirigeants ou de l'État ? » obs. sous CDBF, 25 juillet 2008, n° 161-569, France Télécom, RJEP, n° 660, 2009, comm. 3.

LASCOMBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), « La responsabilité financière des entreprises publiques », obs. sous CDBF, 24 février 2006, Société Altus Finance, 2^e arrêt, RFDA, 2006, p. 624.

LE BOT (O.), « Organisation et procédure devant la Cour de discipline budgétaire », obs. sous Cons. const., 24 octobre 2014, n° 2014-423 QPC, M. Stéphane R. et autres, Constitutions, 2014, p. 492.

MICHAUT (Ch.) et SITBON (P.), « La CDBF sanctionne la faute de gestion de trois directeurs de cabinet de ministre », obs. sous CDBF, 13 juillet 2013, n° 177-684, Rectorat de l'académie de Paris, IAP, AJDA, 2011, p. 2462.

MICHAUT (C.) et PICARD (J.-E.), « L'applicabilité des règles de la commande publique à une société anonyme », obs. sous CDBF, 17 juin 2014, n° 195-69, Société de valorisation foncière et immobilière (SOVAFIM), AJDA, 2014, p. 1603.

VILLEMOT (D.), « Le cumul des sanctions fiscales et pénales est constitutionnel, mais encadré Non bis in idem n'est pas français », obs. sous Cons. const., QPC 2016-545 et 2016-546 du 24 juin 2016, Gest. Fin. Pub., n° 2, 2017, p. 101-107.

TABLE DES JURISPRUDENCES ET DÉCISIONS CITÉES

1. Conseil constitutionnel

Cons. const., 1^{er} juillet 2016, n° 2016-550 QPC.

Cons. const., 24 octobre 2014, n° 2014-423 QPC.

Cons. const., 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.*

Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.*

Cons. const., 30 décembre 1997, n° 97-395 DC.

2. Juridictions administratives

a) Conseil d'État

CE, 30 décembre 2021, n° 439665.

CE, 7 octobre 2020, n° 433986, *M. B.*

CE, 25 mars 2020, n° 427085, *Société Guintoli.*

CE, Sec., 6 décembre 2019, n° 425542, *DRFIP de Bretagne et d'Ille-et-Vilaine.*

CE, Sec., 6 décembre 2019, n° 418741, *Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM).*

CE, 12 oct. 2018, n° 408567, *SARL Super Coiffeur.*

CE, 22 février 2017, n° 397924, *Grand Port maritime de Rouen.*

CE, 30 décembre 2016, n° 395 681, *Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA).*

CE, 22 mai 2015, n° 383596, *SITURV C/AXA Corporate Solutions Assurances.*

CE, 21 octobre 2013, n° 367107, *Occansey.*

CE, 16 janvier 2008, n° 292790.

CE, 15 novembre 2006, n° 253904, *M. G.*

CE, 10 mai 2006, n° 288435, *Société Schiocchet.*

CE, 5 avril 2006, n° 275445, *Société Socae.*

CE, 30 juillet 2003, n° 223445, *Commune de Lens.*

CE, Sect. avis du 29 juillet 2002, n° 246921, *société MAJ Blanchisserie de Pantin.*

CE, 8 mars 1996, n° 165075, *Commune de Petit Bourg*.
CE, avis, 29 février 1996, n° 358597.
CE, 26 mai 1999, *Reynard*, Rec. Cour des comptes, p. 120.
CE, 2 février 1983, n° 34 027, *Union des transports publics généraux et urbains*.
CE, 7 juillet 1978, n° 94837, *Massip*.
CE, Sec., 9 juin 1978, n° 05911, *Sieur Lebon*.

b) Cours administratives d'appel

CAA Lyon, 22 mars 2022, n° 11LY01452.
CAA Douai, 17 janvier 2013, n° 12DA00780.
CAA Marseille, 12 novembre 2012, n° 10MA01702, *Société Securitas France*.
CAA Bordeaux, 21 juin 2011, n° 10BX01717.
CAA Marseille, 2 octobre 2008, n° 07MA00016.

3. Juridictions financières

a) Décisions des juridictions des comptes

C. comptes, 25 mai 2022, n° S-2022-0915, *Direction départementale des finances publiques (DDFIP) du Val d'Oise*.
C. comptes 20 janvier 2022, n° S-2022-0080, *Chambre départementale d'agriculture (CDA) de la Drôme*.
C. comptes, 15 septembre 2020, n° S-2020-1404, *Gestion de fait des deniers du Collège William-Henri Classen à Ailly-sur-Noye (Somme)*.
C. comptes, 28 mars 2019, n° S 2019-0775, *Institut français d'Amérique centrale*.
C. comptes, 08 mars 2018, n° S 2018-0513, *Contrôleur budgétaire et comptable ministériel*.
C. comptes, 25 avril 2017, n° S 2017-1029, *Direction départementale des finances publiques (DDFIP) de Savoie*.
C. comptes 26 mai 2016, n° S 2016-1602, *Direction régionale des finances publiques (DRFIP) de Rhône Alpes*.
CRC Normandie, 15 octobre 2020, n° 2° 20-II, *Département de la Seine-Maritime*.

CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, 24 octobre 2019, n° 2019-0023, *Régie des thermes de la Digne-les-Bains (Alpes-de-Haute-Provence)*.

b) Décisions de la Cour de discipline budgétaire et financière

CDBF, 27 juillet 2022, n° 260-802 II, *Institut national de la propriété industrielle (INPI)*, 2^e arrêt.

CDBF, 5 juillet 2022, n° 259-816, *Société publique locale de Mayotte (SPL 976)*.

CDBF, 20 juin 2022, n° 258-849, *Institut national du sport, de l'expertise et de la performance (INSEP)*.

CDBF, 6 mai 2022, n° 257-835, *21e conférence des parties à la convention cadre des Nations-unies sur les changements climatiques de 2015 à Paris (COP21)*.

CDBF, 14 mars 2022, n° 256-853, *Chambre de commerce et d'industrie (CCI) de Seine Estuaire*.

CDBF, 10 janvier 2022, n° 255-827, *Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) Saint-Luc de Castelnau-Montratier et Sainte-Marie de Montcuq*.

CDBF, 3 décembre 2021, n° 254-861, *Société anonyme d'économie mixte locale « TERACTEM »*.

CDBF, 15 novembre 2021, n° 253-834, *Commission du film d'Île-de-France*.

CDBF, 30 septembre 2021, n° 252-852, *Commune de Saint-Denis de la Réunion*.

CDBF, 14 juin 2021, n° 251-826, *Direction générale de la cohésion sociale (DGCS)*.

CDBF, 3 mai 2021, n° 250-845, *Association « OPCALIA »*.

CDBF, 26 mars 2021, n° 249-837, *Société d'économie mixte de construction du département de l'Ain (SEMCODA)*.

CDBF, 9 mars 2021, n° 248-767, *CDC Entreprises — Plans d'attributions gratuites d'actions*.

CDBF, 11 février 2021, n° 247-779 II, *Chambre de commerce et de l'industrie de la Rochelle*, 2^e arrêt.

CDBF, 10 décembre 2020, n° 245-801, *Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)*.

CDBF, 19 novembre 2020, n° 244-818, *Agence pour l'enseignement français à l'étranger (AEFE)*.

CDBF, 9 octobre 2020, n° 243-328, *Fonds de solidarité*.

CDBF, 28 juillet 2020, n° 242-798, *France Télévisions : les achats hors programmes*.

CDBF, 20 mai 2020, n° 240-809, *Chambre nationale de la batellerie artisanale (CNBA)*.

CDBF, 23 janvier 2020, n° 239-802, *Institut national de la propriété industrielle (INPI)*.

CDBF, 2 décembre 2019, n° 238-794, *Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) d'Alsace*.

CDBF, 14 novembre 2019, n° 237-772, *Chambre départementale d'agriculture du Finistère*.

CDBF, 4 juillet 2019, n° 235-779, *Chambre de commerce et de l'industrie de la Rochelle*.

CDBF, 22 mars 2019, n° 232-792, *Chambre départementale d'agriculture de la Corrèze*.

CDBF, 22 mars 2019, n° 231-770, *Chambre départementale d'agriculture de la Gironde*.

CDBF, 13 février 2019, n° 230-805, *Centre hospitalier d'Ajaccio*.

CDBF, 29 janvier 2019, n° 227-760, *Radio France : les achats et les biens de services*.

CDBF, 25 janvier 2019, n° 227-760, *Radio France : le chantier de réhabilitation*.

CDBF, 13 décembre 2018, n° 226-791, *Chambre départementale d'agriculture du Puy-de-Dôme*.

CDBF, 12 octobre 2018, n° 223-786, *École nationale de formation agronomique (ENFA)*.

CDBF, 26 juillet 2018, n° 221-776, *Association Provence 2013-capitale européenne de la culture*.

CDBF, 3 mai 2018, n° 220-783, *Office national des anciens combattants et victimes de guerre (ONAC-VG)*.

CDBF, 6 avril 2018, n° 219-793, *Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU)*.

CDBF, 15 décembre 2017, n° 217-730 II, *Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA)*.

CDBF, 20 juillet 2017, n° 215-765, *Institut Curie*.

CDBF, 26 juin 2017, n° 214-758, *École nationale supérieure Louis Lumière (ENSL)*.

CDBF, 30 décembre 2016, n° 212-735 II, *Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse (CIPAV)*.

CDBF, 14 juin 2016, n° 208-737, *Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) de Durtal*.

CDBF, 22 avril 2016, n° 207-745, *Agence nationale des titres sécurisés (ANTS)*.

CDBF, 16 novembre 2015, n° 203-720, *Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS)*.

CDBF, 13 octobre 2015, n° 202-725, *Société d'aménagement du Val-de-Marne et développement des villes et du département du Val-de-Marne (SADEV 94)*.

CDBF, 17 juillet 2015, n° 201-721, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*.

CDBF, 16 juin 2015, n° 200-728, *Grand port maritime de Nantes – Saint Nazaire*.

CDBF, 12 mai 2015, n° 199-731, *Entreprise minière et chimique (EMC)*.

CDBF, 10 avril 2015, n° 198-719, *Établissement de coopération culturelle « L’Autre canal »*.

CDBF, 8 décembre 2014, n° 196-718, *Maison de retraite publique de Vertheuil*.

CDBF, 6 octobre 2014, n° 195-686/704, *Centre hospitalier universitaire de Caen*.

CDBF, 11 octobre 2013, n° 191-701, *Maison de retraite intercommunale de Champcevrains*.

CDBF, 17 juin 2013, n° 189-683, *Centre hospitalier intercommunal de la Lauter à Wissembourg*.

CDBF, 16 novembre 2012, n° 186-639, *Agence nationale pour l’emploi (ANPE)*.

CDBF, 22 octobre 2012, n° 185-692, *Port autonome de Marseille*.

CDBF, 23 avril 2012, n° 182-682, *Conseil économique et social*.

CDBF, 17 juin 2011, n° 176-655, *Institut géographique national (IGN)*.

CDBF, 29 avril 2011, n° 175-797, *Lycée Albert Schweitzer du Raincy et GRETA Tertiaire du Sud*.

CDBF, 22 décembre 2010, n° 173-666, *Chambre régionale d’agriculture de Midi-Pyrénées*.

CDBF, 23 juillet 2009, n° 168-622, *Chambre de commerce et d’industrie (CCI) de Nice-Côte d’Azur*.

CDBF, 5 décembre 2008, n° 163-493 II, *Ministère de la Défense, Direction des constructions navales, contrat de vente des sous-marins Agosta 90 au Pakistan, 2e arrêt*.

CDBF, 15 décembre 2006, n° 156-532, *Centre hospitalier d’Ambert*.

CDBF, 30 juin 2006, *SIVOM de la région d’Étapes-sur-mer*.

CDBF, 16 décembre 2003, n° 141-441-497, *Institut national polytechnique de Grenoble (INPG) et Université Joseph Fournier de Grenoble I*.

CDBF, 13 juin 2003, n° 141-385, *Commune de Sarcelles – Société d’économie mixte (SEM) Sarcelles Chaleur*.

CDBF, 23 avril 2003, n° 140-439, *Tribunal de grande instance (TGI) de Marseille*.

CDBF, 23 décembre 2002, n° 139-405, *Mission de coopération et d’action culturelles (MCAC) de N’Djamena*.

CDBF, 4 avril 2001, n° 133-880-I038010, *Office public intercommunal d’habitations à loyer modéré (OPHLM)*.

CDBF, 29 sept. 1999, n° 131-363, *Ministère de l’Intérieur – Grand débat sur l’aménagement du territoire*.

CDBF, 14 octobre 1998, n° 127-350, *Service central de protection contre les rayons ionisants (SCPRI)*.

CDBF, 27 novembre 1996, n° 113-336, *Ministère de la Justice – marchés de prestations informatiques*.

CDBF, 28 septembre 1994, n° 105-315, *Centre hospitalier d'Albi*.

CDBF, 18 mai 1994, n° 104-281, *Caisse nationale d'assurance des travailleurs salariés (CNAMTS)*.

CDBF, 26 juin 1992, n° 95-248, *Ministère des Poste et Télécommunications et de la télédiffusion (PTT)*.

CDBF, 18 décembre 1991, n° 92-261, *Établissement public chargé de l'aménagement de la Ville de Vaudreuil*.

CDBF, 11 décembre 1991, n° 91-257, *Centre hospitalier spécialisé de Saint Étienne du Rouvray (Seine-Maritime)*.

CDBF, 22 mai 1990, n° 86-241, *Centre hospitalier spécialisé de Saint Venant*.

CDBF, 22 novembre 1989, n° 83-238, *Société anonyme « La signalisation »*.

CDBF, 30 novembre 1988, n° 77-224, *Office national de la navigation*.

CDBF, 20 avril 1988, n° 76-202, *Caisse interprofessionnelle de retraite des commerçants détaillants de la région Parisienne (CIRCD)*.

CDBF, 16 mars 1988, n° 75-216, *Caisse de retraite et de prévoyance de la boucherie, boucherie charcuterie et boucherie hippophagique française (CARBOF)*.

CDBF, 17 novembre 1987, n° 71-655, *Université Paris IV, Paris Sorbonne*.

CDBF, 25 mars 1987, n° 64-212, *Mission laïque française et la fondation scolaire et culturelle à vocation internationale*.

CDBF, 24 novembre 1986, n° 61-186, *Centre hospitalier de Sainte Anne à Paris*.

CDBF, 26 avril 1982, n° 44-103, *Institut universitaire de technologie de Belfort*.

CDBF, 11 décembre 1980, n° 41-114, *Caisse centrale de crédit coopératif*.

CDB, 6 février 1962, n° 11-34, *Bureau de recherches minières en Algérie (BRMA)*.

CDB, 17 février 1959, *Secrétariat d'État aux forces armées (DCMAT)*.

CDB, 22 mai 1957, n° 5-22, *Société nationale de construction aéronautique du Nord (SNCAN)*.

CDB, 18 février 1957, n° 3-10, *Cinéma des Champs-Élysées*.

CDB, 30 juin 1954, n° 2-16, *Direction des travaux du génie de Marseille*.

CDB, 28 juin 1954, n° 1-11, *Maison centrale de Melun de 1949 à 1950*.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	1
INTRODUCTION.....	2
PREMIÈRE PARTIE : LE CARACTÈRE PROTÉIFORME DES IRRÉGULARITÉS FINANCIÈRES.....	9
CHAPITRE 1 : UNE COMPÉTENCE MATÉRIELLE REPOSANT SUR LA RÉGULARITÉ FINANCIÈRE ET LES RÈGLES DE GESTION.....	10
Section 1. Le constat de l'irrégularité financière, conséquence d'une méconnaissance des règles budgétaires.....	11
§ 1. La notion de règles d'exécution des recettes et des dépenses.....	11
§ 2. La délicate distinction des notions d'irrégularités financières et de faute de gestion.....	14
Section 2. La consécration jurisprudentielle de la faute de gestion.....	16
Section 3. Une imbrication avérée des fonctions de direction et le respect des prescriptions des marchés publics.....	21
CHAPITRE 2 : UNE INTERCONNEXION INÉVITABLE DES FINANCES PUBLIQUES ET DES MARCHÉS PUBLICS.....	23
Section 1. L'applicabilité des prescriptions des marchés publics à l'organisme en cause.....	24
Section 2. Les irrégularités financières lato sensu : la méconnaissance des prescriptions des marchés publics.....	26
§ 1. Les irrégularités constatées lors de l'étape préparatoire du marché.....	26
A. La définition imprécise des besoins.....	26
B. Les irrégularités constatées lors de la détermination du prix du marché.....	28
§ 2. La procédure de passation des marchés publics, terreau de nombreuses irrégularités.....	29
A. La méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique.....	30
B. La méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence.....	31
1. Marchés publics à procédure adaptée (MAPA).....	31
2. Procédures formalisées.....	32
§ 3. Les irrégularités constatées lors de l'exécution des marchés publics.....	33
A. Les irrégularités liées à la sous-traitance d'une partie du marché.....	34
B. Les manquements aux règles relatives à la formation du marché.....	35
C. La modification substantielle du marché.....	37
1. Le bouleversement de l'économie du contrat.....	39
2. La conclusion d'un avenant contraire à l'objet du marché.....	42
D. La méconnaissance de la règle du service fait.....	43
Section 3. Les irrégularités financières stricto sensu : la méconnaissance des règles budgétaires.....	45
§ 1. Les irrégularités liées à l'engagement et à l'exécution de la dépense.....	45
A. L'incompétence juridique de l'auteur de l'engagement de la dépense.....	45
B. La méconnaissance des règles applicables en matière de contrôle économique et financier.....	46
§ 2. Les irrégularités relatives aux règles d'exécution des recettes.....	48

DEUXIÈME PARTIE : DE LA RESPONSABILITÉ FINANCIÈRE À LA POSSIBLE MISE EN ŒUVRE D'AUTRES RESPONSABILITÉS.....50

CHAPITRE 1 : L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ FINANCIÈRE DES GESTIONNAIRES PUBLICS.....51

Section 1. La prise en compte de certaines règles à coloration pénale.....52

§ 1. La prescription.....52

A. La notion de prescription et ses fondements.....52

B. La prescription dans le contentieux financier répressif : Le degré de rigueur de son interprétation suspendu à la nature de l'infraction.....53

§ 2. La règle non bis in idem55

A. La règle non bis in idem et ses justifications.....56

B. L'interprétation de la règle non bis in idem dans le contentieux financier répressif.....57

1. Une règle progressivement assortie de réserves.....57

2. Quelques illustrations de l'interprétation de la règle non bis in idem par la CDBF.....59

Section 2. Les sanctions susceptibles d'être prononcées.....63

§ 1. La prise en compte des circonstances de l'espèce, un office réellement subjectivisé.....64

§ 2. Une échelle de sanctions limitée.....67

A. L'amende : De l'ambiguïté de sa nature à son caractère généralement modique.....67

B. La publicité de l'arrêt : Une sanction morale visant à renforcer l'exemplarité.....70

CHAPITRE 2 : LA POSSIBLE MISE EN ŒUVRE D'AUTRES RESPONSABILITÉS DES GESTIONNAIRES PUBLICS.....73

Section 1. La responsabilité disciplinaire et pénale des gestionnaires publics.....74

§ 1. La responsabilité pénale des gestionnaires publics.....74

A. Les hypothèses d'engagement de la responsabilité pénale des gestionnaires publics pour atteinte à la probité.....74

B. Le cas spécifique de l'infraction d'avantage injustifié.....76

1. Généralités.....76

2. Une infraction appréhendée par le contentieux pénal et financier.....77

a) L'approche du juge pénal.....78

b) L'approche du juge financier répressif.....79

i) La méconnaissance de ses obligations.....80

ii) Un avantage injustifié.....81

iii) Le préjudice : Une notion d'interprétation rigoureuse dans le domaine des marchés publics.....82

§ 2. La responsabilité disciplinaire des gestionnaires publics.....86

Section 2. Le droit souple en appui de la responsabilité financière.....89

§ 1. L'activité non juridictionnelle des juridictions des comptes.....89

A. L'activité non juridictionnelle des CRTC.....89

B. L'activité non juridictionnelle de la Cour des comptes.....93

§ 2. Les marchés publics saisis par l'éthique et la déontologie.....95

A. L'introduction des chartes d'éthique et de déontologie dans les marchés publics, conséquence de la moralisation de la vie publique.....96

B. Le contenu des chartes d'éthique et de déontologie.....97

CONCLUSION.....	101
BIBLIOGRAPHIE.....	107
TABLE DES JURISPRUDENCES ET DÉCISIONS CITÉES.....	117
TABLE DES MATIÈRES.....	123