



Hugo DEVILLERS  
Docteur en droit public,  
Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Jean-Moulin Lyon 3

## Responsabilité des gestionnaires publics devant la Cour de discipline budgétaire et financière et contrats publics

**Mots-clés :** comptabilité publique - responsabilité des gestionnaires - cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)

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.

La responsabilité des gestionnaires publics devant la Cour de discipline budgétaire et financière nourrit depuis des années de vifs débats, récemment relancés par la proposition de loi déposée fin 2016 par quelques sénateurs<sup>1</sup> et la publication en juillet 2017 du *Livre blanc des juridictions financières* par le Syndicat des juridictions financières unifiées<sup>2</sup>. Si la légitimité théorique de l'existence d'un régime réprimant les infractions financières des gestionnaires publics, distinct de la sanction disciplinaire classique, est à peu près admise<sup>3</sup>, ses modalités souffrent d'imperfections qui justifieraient, selon certains, l'adoption d'une réforme d'ampleur<sup>4</sup>. Pourtant, la Cour de discipline budgétaire et financière fait régulièrement la démonstration de son efficacité en sanctionnant opportunément le comportement fautif de gestionnaires – dans des affaires qui, il faut le remarquer, concernent souvent d'importants contrats.

Cette cour créée en 1948<sup>5</sup> prononce envers les agents publics fautifs les sanctions définies par les articles L. 313-1 à L. 313-12 du Code des juridictions financières, dont le champ infractionnel se caractérise par une remarquable amplitude.

<sup>1</sup> Article 1<sup>er</sup>, al. 9 de la proposition de loi n° 131 déposée par dix-neuf sénateurs le 22 novembre 2016; C. Di Folco, Rapport sur la proposition de loi visant à assurer la sincérité et la fiabilité des comptes des collectivités territoriales, Commission des lois du Sénat, 15 févr. 2017, pp. 33 ss.

<sup>2</sup> Syndicat des juridictions financières unifié, *Livre blanc des juridictions financières*, juillet 2017, p. 7.

<sup>3</sup> Elle est en effet fondée sur l'objet particulier de leur fonction. M. Lascombe et X. Vandendriessche, De la nécessité de maintenir un contrôle juridictionnel en système lollique, *RFFP* 2007, n° 100, p. 251.

<sup>4</sup> Par exemple, M. Lascombe et X. Vandendriessche, Plaidoyer pour assurer le succès d'une réforme. La loi organique relative aux lois de finances et la nécessaire refonte de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables, *RFDA* 2004, p. 398; B. Poujade, La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux, *AJDA* 2005, p. 703; A. Froment-Meurice et N. Groper, La responsabilité des acteurs de la gestion publique en matière budgétaire, financière et comptable : l'heure du bilan, *AJDA* 2005, p. 714; A. Maucour-Isabelle, La modernisation de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics à l'entrée dans la nouvelle ère budgétaire et comptable, *RFDA* 2006, p. 393; Ch. Pierucci, Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier, *RFDA* 2008, p. 165.

<sup>5</sup> Loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'État et de diverses collectivités et portant création d'une Cour de discipline budgétaire et financière, *JORF* n° 0229 du 26 septembre 1948, p. 9461.

Au-delà des dispositions précises qui répriment l'absence de contrôle financier, l'imputation frauduleuse de crédits ou l'absence de délégation de signature par exemple<sup>6</sup>, l'article L. 313-4 balaie un domaine particulièrement vaste en sanctionnant la violation des « règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses » des personnes publiques et autres organismes contrôlés<sup>7</sup>, ou relatives « à la gestion des biens leur appartenant ». C'est sur ce fondement que, depuis plus de soixante ans, sont prononcées l'essentiel des condamnations<sup>8</sup>. L'imprécision de cette disposition confère à son interprète un office tout à la fois complexe et crucial, qui consiste à circonscrire ces « règles » et à en réprimer la violation par une amende proportionnée. Les magistrats de la Cour de discipline budgétaire et financière et le Conseil d'État, juge financier de cassation<sup>9</sup>, sont ainsi tenus d'opérer de véritables choix jurisprudentiels dans l'application de ces normes qui leur attribuent une latitude d'interprétation singulièrement vaste.

Afin d'apprécier les qualités, les défauts, et peut-être surtout les potentialités de ce régime de responsabilité, il paraît intéressant d'en analyser spécifiquement les effets sur le droit et la pratique des contrats publics, notion polysémique qui recouvre ici l'ensemble des conventions conclues par une personne publique, soumise au droit

administratif comme au droit privé<sup>10</sup>. Les contrats publics sont au cœur d'un nombre significatif de décisions importantes. Cela s'explique par le fait que la gestion publique repose désormais largement sur l'accord de volonté<sup>11</sup>. Plus que d'autres procédés, la conclusion et l'exécution des conventions de l'administration sont l'occasion pour les gestionnaires de commettre, sciemment ou non, des irrégularités, des erreurs ou des fautes qui peuvent être sanctionnés par le juge administratif ou judiciaire du contrat, et qui sont également, le cas échéant, réprimés par le juge de la discipline budgétaire et financière. En se saisissant plus ou moins directement des problématiques auxquelles sont confrontés les contrats publics – et notamment les mutations que les exigences de libre concurrence font subir à l'intérêt public<sup>12</sup> – la jurisprudence de la Cour exerce sur cette catégorie juridique en construction une influence dont il faut mesurer la portée<sup>13</sup>. À tout le moins, elle la soumet à un effet unificateur puisque, comme l'a démontré L. Marcus, tous les contrats publics, quel que soit le versant de la *summa divisio* sur lequel ils se situent, sont soumis à des règles financières communes et exorbitantes<sup>14</sup>.

Bien entendu, l'idée que la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière puisse foncièrement orienter le droit et la pratique conventionnels des personnes publiques ne va pas immédiatement de soi. Cette juridiction financière constitue en effet une institution déconsidérée qui rend un faible nombre de décisions (une quinzaine par an, en moyenne<sup>15</sup>). Seules les autorités mentionnées à l'article L. 312-1 du Code des juridictions financières peuvent la saisir, à savoir : le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, le Premier ministre, le ministre chargé des finances et les ministres pour les faits reprochés aux agents sous leur autorité, et, plus fréquemment en pratique, la Cour des comptes ou son Procureur général<sup>16</sup>. De plus, le nombre de ses justiciables est singulièrement restreint car si, contrairement à une opinion largement répandue, les ordonnateurs ne sont pas les seuls soumis au régime de responsabilité étudié ici<sup>17</sup>, les gestionnaires titulaires de fonctions de nature politique – les membres du gouvernement et les exécutifs locaux – bénéficient d'une exonération critiquée par certains auteurs<sup>18</sup>, légitimée par d'autres par le principe de responsabilité politique<sup>19</sup>. Le doute quant à l'influence véritable de la jurisprudence financière naît aussi du caractère répressif<sup>20</sup> et non indemnitaire de ce contentieux. Néanmoins, si les amendes prononcées sont souvent de faible ampleur, elles atteignent parfois quelques

<sup>6</sup> V., respectivement, les articles L. 313-1, L. 313-2 et L. 313-3 du Code des juridictions financières.

<sup>7</sup> Déterminés par référence aux « organismes qui sont soumis soit au contrôle de la Cour des comptes, soit au contrôle d'une chambre régionale des comptes ou d'une chambre territoriale des comptes » (article L. 312-1, I, c du Code des juridictions financières). Cela comprend donc potentiellement des organismes de droit privé.

<sup>8</sup> Ch. Pierucci, Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier, préc.

<sup>9</sup> V. l'article L. 315-2 du CJF.

<sup>10</sup> Sur cette notion, v. L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, préf. P. Delvolvé, Dalloz, 2010, NBT.

<sup>11</sup> J. Chevallier, Loi et contrat dans l'action publique, *Cah. Cons. Const.* 2004, n° 17, p. 113; M. Hecquart-Théron, La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention, *AJDA* 1993, p. 451; Y. Jégouzo, L'administration contractuelle en question, *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 543.

<sup>12</sup> La concurrence intègre l'intérêt général, en en modifiant le contour, v. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Préf. J.-L. Autin, Dalloz, 2006, NBT.

<sup>13</sup> Les notions budgétaires et comptables influent sur les grandes catégories du droit public, et inversement (dans une optique assez similaire, A. Kurek, *Le juge financier, juge administratif*, Lille II, th. dactyl., 2010), sur le fonctionnement de l'administration et sur les missions publiques elles-mêmes.

<sup>14</sup> L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, op. cit., p. 321.

<sup>15</sup> Syndicat des juridictions financières unifié, *Livre blanc des juridictions financières*, op. cit., p. 7.

<sup>16</sup> V. l'article L. 314-1 du CJF.

<sup>17</sup> N. Groper, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, Dalloz, 2009, Coll. Dalloz Référence, p. 6.

<sup>18</sup> V. l'article L. 312-1 du CJF. Ces exonérations ont fait l'objet de critiques particulièrement sévères. V., par exemple, C. Descheemaeker, *La Cour des comptes*, 3<sup>e</sup> édition, La Documentation française, 2005, p. 189. Selon cet auteur, elles s'expliquent principalement par « la composition des assemblées parlementaires qui votent les lois ».

<sup>19</sup> Ch. Pierucci, Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier, préc.

<sup>20</sup> Bien que la décision de la CDBF n'ait, à proprement parler, pas une nature pénale mais disciplinaire, v. N. Groper, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, op. cit., p. 386.

dizaines de milliers d'euros<sup>21</sup>, et peuvent efficacement dissuader les gestionnaires de prendre des risques inconsidérés, surtout en matière de montages contractuels complexes<sup>22</sup> ou d'emprunt bancaire. En tout état de cause, et quand bien même l'influence pratique de la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière s'avèrerait pour l'heure limitée, il est indispensable de s'interroger sur le rôle qu'elle pourrait potentiellement jouer si les pouvoirs publics décidaient de lui conférer des missions plus amples et des moyens mieux adaptés. Les développements qui suivent visent à contribuer à cette réflexion.

L'étude de la jurisprudence démontre que ce régime de responsabilité disciplinaire spéciale peut optimiser la pratique contractuelle publique. Bien entendu, il est très difficile de déterminer concrètement et précisément ce qu'est une bonne pratique, tant la matière conventionnelle est le domaine du casuiste. Pour les besoins de l'étude, on s'accordera à considérer que les personnes publiques doivent globalement viser la plus grande efficacité dans la poursuite de l'intérêt public, dans le respect scrupuleux des exigences fondamentales du droit public. Il semble que la jurisprudence du juge de la discipline budgétaire et financière puisse les y inciter.

## 1 L'amélioration de l'efficacité de la pratique contractuelle

Le régime spécial de responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier vise fondamentalement à préserver le bon emploi des deniers publics. Par ce biais, il garantit globalement l'intérêt public<sup>23</sup>, point de mire de l'action administrative en général et de la pratique contractuelle en particulier. Quelle que soit la branche du droit qui lui est applicable, tout contrat conclu par l'administration poursuit en effet un but d'intérêt général qui s'assimile plus ou moins exactement à la continuité du service public<sup>24</sup>. Sur ce point comme sur bien d'autres, il est vain d'opposer les missions et les moyens patrimoniaux et financiers des personnes publiques, qui doivent être reliés par un rapport d'efficacité, voire d'efficience. Par une lecture souvent constructive des textes qu'il interprète et applique, le juge de la discipline budgétaire et financière contribue, dans la mesure qui est la sienne, à renforcer l'efficacité de la pratique contractuelle, ce qui profite en dernière instance à la mise en œuvre du service. Les sanctions qu'il prononce dissuadent les gestionnaires publics de conclure des contrats qui ne seraient pas en adéquation avec les intérêts publics de la personne publique pour le compte desquelles ils agissent et, symétriquement, les incitent à rechercher l'équilibre des conventions. De manière similaire, la jurisprudence conduit l'administration à exécuter fidèlement le contrat et, ce qui est plus difficile, à le faire exécuter fidèlement par le cocontractant.

### A. La recherche de l'équilibre des contrats publics

Les intérêts publics et les intérêts privés qui tissent tout contrat public doivent s'entremêler

harmonieusement. Un déséquilibre en faveur du cocontractant met en cause la pertinence du contenu du contrat au regard du but d'intérêt général qu'il doit toujours poursuivre. La jurisprudence financière veille spécifiquement à la préservation des intérêts matériels et financiers de la personne publique concernée, qui sont d'intérêt public<sup>25</sup>. Mais en se concentrant sur l'aspect financier, et en dissuadant les gestionnaires de conclure des contrats déséquilibrés, elle incite d'une certaine manière les gestionnaires à améliorer la pertinence des conventions, dans une optique proche de la performance. Bien entendu, cet effet n'est observé que dans la mesure des

<sup>21</sup> Tel fut le cas dans une affaire relativement célèbre, v. CDBF, 24 févr. 2006, *Société Altus Finance*, Rec. CE, p. 650; AJDA 2006, p. 1249, note Groper et Michaut; JCP 2006, n° 38, II, 10152, note Gastinel; Rev. Trésor 2006, p. 624, note Lascombe et Vandendriessche. Le juge a ici prononcé deux amendes de cent mille et cinquante-neuf mille euros.

<sup>22</sup> Montages dont les enjeux financiers sont décisifs, v. Ph. Terneyre, Les montages contractuels complexes, AJDA 1994, n° spécial, p. 43, spéc. p. 45; É. Muller, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Préf. G. Eckert, L'Harmattan, 2011, Coll. Logiques juridiques.

<sup>23</sup> P. Joxe, La protection de l'intérêt public. Les missions des juridictions financières, RFPF 1996, p. 26.

<sup>24</sup> L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, op. cit., p. 240; G. Clamour, Esquisse d'une théorie générale des contrats publics, *Mélanges Michel Guibal*, T. 2, Presses universitaires de Montpellier, p. 637, spéc. p. 683. Cette idée ne va pas de soi. Néanmoins, même le contrat de droit privé par lequel une personne publique donne à bail à des particuliers ou des entreprises l'un des immeubles de rapports composant son domaine privé produit des fruits civils qui alimenteront le budget général et financeront directement la mise en œuvre du service public. C'est par ailleurs sur ce raisonnement que l'on peut fonder la notion, de plus en plus employée, d'« intérêt général financier » (L. Ayrault, LOLF et droit administratif, *Dr. Admin.* févr. 2007, étude 2, n° 21).

<sup>25</sup> D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État*, LGDJ, 1977, Collection Bibliothèque de droit public, p. 300 : l'intérêt financier « est d'intérêt général »; C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Préf. P. Lavigne, Economica, 1981, p. 221, qui évoque une quasi-consécration de l'intérêt financier; S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, préf. J.-P. Biays, LGDJ, 2001, Bibl. dr. pub., p. 335). Des auteurs, auxquels nous nous rattacherons volontiers, parlent aujourd'hui d'« intérêt général financier », v. L. Ayrault, LOLF et droit administratif, *Dr. Admin.* févr. 2007, étude 2, n° 21. Concernant la préservation du patrimoine public, on admet aujourd'hui que « la rentabilisation du domaine est devenue d'intérêt général », v., par exemple, S. Ziani, *Journaux gratuits, domaine public et activité économique*, CMP 2012, commentaire 258.

moyens limités de la Cour de discipline budgétaire et financière, laquelle intervient *a posteriori* et négativement, en sanctionnant l'agent exécutant une convention déjà conclue non compatible avec les intérêts de la personne publique contractante, et indirectement puisque la condamnation du gestionnaire n'entraîne pas *de plano* l'illégalité du contrat. En dépit de ces remarques, la jurisprudence semble avoir un effet bénéfique, qui dépasse le simple aspect financier, ce que plusieurs décisions permettent d'illustrer.

Bien que la Cour de discipline budgétaire et financière se refuse à être « *juge de l'opportunité des décisions de gestion* », et s'attache théoriquement à identifier les infractions financières<sup>26</sup>, elle sanctionne le contenu de conventions incompatibles avec les exigences d'une gestion publique efficace et équilibrée, en dehors de toute norme expresse, et à la faveur d'une interprétation particulièrement dynamique et constructive des textes fondant son office<sup>27</sup>. Les articles L. 313-4 et L. 313-6 condamnent, respectivement, le non-respect d'une règle ou d'une obligation, et l'avantage injustifié procuré à autrui. La jurisprudence donne à ces normes, particulièrement imprécises, une portée des plus étendues. Parmi les règles ou obligations dont elle assure l'application, figure, de manière particulièrement « *audacieuse* », la nécessité de bonne gestion<sup>28</sup>. Dans un arrêt important rendu le 22 novembre 1989, la Cour a estimé en ce sens « *qu'il appartient aux représentants d'une société de veiller à la sauvegarde des intérêts matériels de l'organisme dont ils assurent la gestion, ce principe constituant une règle d'exécution des recettes et des dépenses de la société* »<sup>29</sup>. Dans une décision plus récente, cette

même juridiction financière a sanctionné le directeur général de l'Agence nationale pour l'emploi pour n'avoir pas respecté les principes élémentaires de bonne gestion dans la conclusion et l'exécution d'un marché de réalisation de projet informatique<sup>30</sup>. Que lui reprochait-elle exactement ? Les préconisations antérieurement délivrées par les corps de contrôle n'ont pas été scrupuleusement suivies<sup>31</sup>, la comptabilité analytique du projet n'a pas été tenue et l'organisation des services chargés de suivre le chantier informatique a été jugée déficiente ; mais on serait bien en peine de trouver dans l'arrêt une règle expresse directement violée<sup>32</sup>. La Cour s'est aventurée au-delà de la stricte légalité financière. Ce lien établi entre la dépense publique et l'efficacité de la gestion n'est pas très éloigné de la notion de performance<sup>33</sup>. Une solution similaire a été délivrée dans l'importante affaire *Altus Finance*, concernant une filiale du crédit Lyonnais, alors établissement public, qui avait conclu des prêts hasardeux<sup>34</sup>. Pour établir l'infraction, la Cour a relevé que les termes du contrat étaient incompatibles avec les intérêts matériels de l'entreprise publique, auxquels les dirigeants étaient tenus de veiller. Cette interprétation singulièrement constructive a été contestée en cassation, invitant le Conseil d'État à assurer que le caractère extensif des obligations que la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière imposait aux gestionnaires n'est pas incompatible avec le principe de légalité des délits et des peines<sup>35</sup>. Dans d'autres décisions, la Cour a sanctionné la passation, par tout organisme public, de contrats « *contraires[...]à ses] intérêts* », quand bien même l'ensemble des règles écrites auquel il était expressément soumis auraient été respectées, un peu sur le modèle de l'abus de biens sociaux du droit privé<sup>36</sup>.

Ces décisions alimentent surtout le débat sur l'insertion, en droit public financier, de la notion de « *faute de gestion* », catégorie juridique privatiste d'origine prétorienne consistant en un manquement, une négligence ou un acte incompatible avec les intérêts sociaux d'une entreprise<sup>37</sup>. Mis à part l'article L. 313-7-1 précité qui reprend ces éléments de définition mais ne concerne, assez logiquement, que les établissements à caractère industriel et commercial et les entreprises publiques, cette infraction est absente du Code des juridictions financières. Pourtant, la Cour de discipline budgétaire et financière sanctionne bel et bien des comportements qui peuvent lui être assimilés. Comme le note Ch. Perrucci, la Cour interprète « *les textes d'incrimination de telle sorte que ceux-ci permettent d'atteindre des comportements constitutifs de fautes de gestion* »<sup>38</sup>.

<sup>26</sup> CDBF 19 juill. 1974, *SEM d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de Paris-La Villette*, CCP n° 2, p. 103 ; Rec. CE, p. 803 ; GAJF, n° 51, p. 481.

<sup>27</sup> Le Conseil d'État, juge de cassation, a toujours validé cet office de la CDBF, et assuré sa compatibilité avec le principe de légalité des délits et des peines, v. sur ce point N. Groper et Ch. Michaut, *Fautes de gestion : la CDBF précise l'articulation entre « l'amendement Crédit Lyonnais » et sa jurisprudence classique*, AJDA 2008, p. 2435.

<sup>28</sup> N. Groper, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, op. cit., p. 216.

<sup>29</sup> CDBF 22 nov. 1989, *SA La Signalisation*, CCP n° 3, p. 184 ; Rec. CE, p. 423.

<sup>30</sup> CDBF, 16 nov. 2012, *ANPE*, AJDA 2013, p. 1625, note Michaut et Sitbon.

<sup>31</sup> Ch. Michaut et P. Sitbon, *La faute de gestion, même sans violation d'un texte*, AJDA 2013, p. 1625.

<sup>32</sup> Ch. Michaut et P. Sitbon, *La faute de gestion, même sans violation d'un texte*, préc.

<sup>33</sup> Concept « *pluriel[...]]*, qui « *évoque tout à la fois la recherche de qualité, de célérité, de rentabilité, d'efficacité, ou encore d'effectivité* » N. Albert, *Problématique scientifique du colloque*, in N. Albert [dir.], *Performance et droit administratif*, Litec, 2010, p. 1.

<sup>34</sup> CDBF 24 févr. 2006, *Société Altus Finance*, préc.. Confirmé par CE 16 janv. 2008, *Société Altus Finance*, AJDA 2008, p. 118.

<sup>35</sup> *Ibid.* V. *infra*.

<sup>36</sup> N. Groper, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, op. cit., p. 218. V. par ex., l'article L. 241-3-4° du Code de commerce.

<sup>37</sup> La Cour de cassation retient une conception vaste de cette notion, par ex., Cass., com., 11 juin 1991, *RJDA* oct. 1991, n° 852 : dirigeant n'ayant été présent dans l'entreprise qu'un jour par semaine et ayant délégué ses compétences à des collaborateurs dont il connaissait l'incompétence. Cette notion a été codifiée à l'article L. 225-251 du Code de commerce.

<sup>38</sup> Ch. Pierucci, *Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier*, préc.

Cette solution « pragmatique »<sup>39</sup> a vocation à s'appliquer en priorité aux contrats de l'administration, ceux-ci constituant l'instrument privilégié des relations économiques<sup>40</sup>, et à sanctionner les montages déséquilibrés en faveur du cocontractant privé. Par-delà l'aspect financier, la Cour de discipline budgétaire et financière pourrait guider plus énergiquement les gestionnaires publics vers une rédaction plus performante des conventions, si son champ d'application était plus étendu, et si le législateur assumait plus clairement cette fonction<sup>41</sup>. La Cour garantit par ailleurs l'efficacité de leur exécution.

## B. L'exigence d'une exécution fidèle des contrats publics

En vertu de l'ancien adage *pacta sunt servanda*, l'exécution fidèle des clauses du contrat conclu est un pilier de l'ordre social, sur lequel repose le régime conventionnel public<sup>42</sup> comme privé. La jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière est largement consacrée aux dépenses des personnes publiques, puisque la majeure partie des contrats publics, et notamment les marchés publics, soumettent le cocontractant à l'obligation d'effectuer une prestation et la personne publique à l'obligation de payer une somme d'argent. Par le biais du contrôle des engagements de dépense, le juge peut ainsi saisir l'ensemble de la relation contractuelle puisqu'en principe, l'obligation de payer trouve sa cause dans la ou les prestations de l'autre partie<sup>43</sup>.

Tout d'abord, pour sanctionner l'exécution d'une dépense non établie sur un véritable contrat, la Cour de discipline budgétaire et financière instrumentalise astucieusement les différentes catégories infractionnelles que le Code des juridictions financières place à sa disposition. Par exemple, sur le fondement de l'avantage injustifié procuré à autrui figurant à l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières, est condamné l'ordonnateur qui a réquisitionné le comptable dans le but d'exécuter une dépense fondée sur un contrat déjà résilié<sup>44</sup>. L'article L. 313-4, qui, on le sait, réprime la méconnaissance d'une règle d'exécution des recettes et des dépenses, fonde quant à lui l'infraction, très légèrement différente, consistant à engager une dépense sur la base d'un contrat caduc<sup>45</sup>. La même solution est adoptée lorsque le traitement d'un agent public contractuel est payé en l'absence de toute convention écrite<sup>46</sup>. Le juge choisit ainsi, dans le panel d'infractions dont il dispose, celle qui lui permettra de prononcer la sanction la mieux adaptée.

La jurisprudence s'attache aussi au respect scrupuleux, par la personne publique, des clauses du contrat qu'elle a conclu. La violation d'une stipulation contractuelle entraînera la condamnation du gestionnaire sur le fondement classique de l'article L. 313-4 du Code des juridictions financières. La stipulation conventionnelle constitue alors la « règle d'exécution des recettes ou des dépenses » violée. L'encadrement disciplinaire du gestionnaire public renforce les exigences qui pèsent sur la personne publique en matière d'exécution du contrat. Alors qu'aucune « règle » expresse n'a été méconnue, la Cour sanctionne le paiement d'un cocontractant par une personne publique en l'absence de toute facture et de tout contrat écrit<sup>47</sup>. Le rôle et la place de la convention écrite, s'en trouvent renforcés, gage d'efficacité de la pratique contractuelle et de transparence de l'action administrative. Comme on l'a déjà noté précédemment, la notion de « discipline », présente dans l'intitulé même de la juridiction, n'est donc pas uniquement budgétaire et financière, mais aussi administrative et gestionnaire. À cet égard, le contrat doit être exécuté fidèlement, mais aussi légalement. Par exemple, le droit de la fonction publique doit être appliqué dans son intégralité, et non uniquement les clauses du contrat de travail<sup>48</sup>.

Au-delà, la jurisprudence financière contribue largement à la bonne exécution du contrat par le partenaire de l'administration. En principe, le cocontractant de l'administration ne peut exécuter le marché qu'après qu'il ait été notifié. Mais il peut exceptionnellement anticiper la mise en œuvre de ses obligations conventionnelles s'il en va de la continuité du service public<sup>49</sup>. Ainsi, le juge financier sait moduler la rigueur de ses positions

<sup>39</sup> C. Bisacaino, Du pragmatisme de la Cour de discipline budgétaire et financière en matière de faute de gestion, *AJDA*, 2007, p. 697. V. aussi M. Degoffe, L'extension de la faute de gestion, *AJDA*, 1996, p. 206.

<sup>40</sup> Le professeur J.-F. Sestier démontre que le libéralisme économique passe par l'emploi de l'outil conventionnel par les personnes publiques, v. J.-F. Sestier, *Le développement des techniques administratives conventionnelles*, Th. dactyl., Lyon 3, 1988, p. 571. V. aussi la circulaire du Premier Ministre du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations, n° 5811/SG.

<sup>41</sup> Ch. Pierucci, Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier, préc.

<sup>42</sup> En dépit des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales dont dispose la personne publique contractante. V. sur ce point, L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 10<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2016, p. 233 et l'arrêt cité par ces auteurs : CE, 12 déc. 1902, *Orcibal*, *Rec. CE*, p. 750.

<sup>43</sup> V., par exemple sur ce point, l'étude de J. L'Huillier, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration, *D.* 1953, p. 87.

<sup>44</sup> CDBF 30 juin 2006, *SIVOM de la région d'étaples sur mer*, *AJDA* 2006, p. 2445.

<sup>45</sup> CDBF, 13 oct. 2017, *Opéra national de Bordeaux*, n° 216-784.

<sup>46</sup> CDBF 3 juill. 2009, *École régionale des déficients visuels [ERDV] de Loos 2*, n° 167-610.

<sup>47</sup> CDBF 22 nov. 1989, *SA La Signalisation*, CCP n° 3, p. 184 ; *Rec. CE*, p. 423. V. l'opinion critique et convaincante de N. Groper, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, op. cit.

<sup>48</sup> CDBF, 8 déc. 2014, *Maison de retraite publique de Vertheuil*, *AJDA* 2015, p. 1536, note Picard et Gaillard.

<sup>49</sup> CDBF, 27 novembre, *Bonn, du Pré de Saint-Maur et Segalou, Service technique des engins tactiques*, *Rec. CE*, p. 638, relevé par A. Kurek, *Le juge financier, juge administratif*, op. cit., p. 106.

en fonction des nécessités supérieures qu'il conserve en ligne de mire. D'autre part, il conçoit une série de règles qui obligent le cocontractant à exécuter le contrat conclu. En empêchant les agents de la personne publique d'effectuer un paiement tant que l'autre partie n'a pas exécuté sa propre obligation, la règle dite du service fait incite cette dernière à se plier aux clauses du contrat. La Cour de discipline budgétaire et financière applique cette règle de manière particulièrement rigoureuse. La vérification du service fait est en soi une obligation dont la méconnaissance place le gestionnaire en situation d'infraction<sup>50</sup>. Sur le fondement de l'article L. 313-4 du Code des juridictions financières, elle incrimine le gestionnaire ayant établi une certification de service fait inexacte<sup>51</sup>. Dans un arrêt plus récent, la Cour a puni l'ordonnateur ayant réquisitionné le comptable public afin qu'il paie une dépense en faveur d'agents (contractuels et fonctionnaires) liée à des frais de missions qui ne correspondaient pas à la réalité des faits<sup>52</sup>. La règle du service fait, qui trouve dans l'amende prononcée par la Cour de discipline budgétaire et financière une certaine garantie, a été critiquée il y a quelques années en raison des inconvénients qu'elle suscitait pour le partenaire de l'administration<sup>53</sup>. Ces critiques ont perdu de leur virulence car le risque que l'opérateur soit malmené par l'inertie administrative s'éloigne à mesure que le droit de la commande publique met en œuvre des procédures protectrices des entreprises contractantes.

Si la méconnaissance de l'obligation faite à l'ordonnateur de vérifier la réalité du service fait est ainsi poursuivie, c'est aussi parce que, dans la plupart des situations, cette première étape lie le comptable public chargé de payer la dépense. L'article 38 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique<sup>54</sup> dispose que lorsque « le comptable public a constaté des irrégularités ou des inexactitudes dans les certifications de l'ordonnateur, il suspend le paiement et en informe l'ordonnateur ». Toutefois, si le juge des comptes approuve le comptable ayant refusé de payer la dépense sur la base d'un justificatif antérieurement qualifié de faux par le juge répressif<sup>55</sup>, le comptable n'est pas – ou très rarement – tenu d'établir personnellement la preuve de l'absence de service fait, dans tous les autres cas<sup>56</sup>. La jurisprudence plus récente limite son rôle, et l'invite à se fier aux certifications de service fait émises par l'ordonnateur. Le comptable ne doit pas refuser de payer une dépense établie sur une certification régulièrement délivrée par l'ordonnateur, ce qui n'empêche pas qu'elle soit inexacte sur le fond<sup>57</sup>. L'arrêt de la Cour des comptes du 26 février 2009 a rappelé à cet égard que le comptable n'était pas tenu de refuser de rémunérer un agent, étant donné la difficulté qu'il y avait à caractériser le caractère frauduleux de la certification de service fait<sup>58</sup>. Inversement, le juge des comptes sanctionne rarement le comptable ayant payé une dépense suite à une certification inexacte<sup>59</sup>. Dans ces conditions, et malgré les analyses stimulantes d'une partie de la doctrine<sup>60</sup>, il paraît difficile de considérer que le comptable réalise un contrôle de l'exactitude matérielle des faits de la certification de l'ordonnateur, dont l'exactitude apparaît d'autant plus cruciale. La sévérité de la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière est alors particulièrement bienvenue. Elle amplifie puissamment la lutte contre la corruption – laquelle dispose, par ailleurs, de divers instruments normatifs –, et combat la constitution de rentes privées illégales établies sur des fonds publics. Il est d'autant plus regrettable qu'elle ne puisse actuellement s'appliquer qu'à un nombre limité de justiciables<sup>61</sup>.

Il n'est pas question d'exagérer le rôle de la Cour de discipline budgétaire et financière dans la pratique contractuelle publique. Pour rester nuancé, on remarquera que le régime de responsabilité financière des gestionnaires publics vient en appui de certains principes généraux du droit conventionnel. On rappellera à cet égard que l'administration peut, même sans texte, faire jouer l'exception d'inexécution<sup>62</sup> dans un contrat administratif ou le résilier pour faute<sup>63</sup>, en cas d'inexécution du contrat par l'autre partie, alors qu'au contraire,

<sup>50</sup> CDBF, 26 juin 1992, *Ministre des P.T.T., Revue du Trésor* 1993, p. 777 ; *Rec. CE*, p. 632.

<sup>51</sup> Ch. Michaut et P. Sitbon, *Contrôle de la certification du service fait : du papier à l'ordinateur*, préc., spéc. p. 688.

<sup>52</sup> CDBF 18 déc. 2012, *Ecole nationale d'équitation*, n° 187-699.

<sup>53</sup> V. Nguyen Quoc, *L'argent public et le droit des contrats*, in *Mélanges Roland Drago*, *Economica*, 1996, p. 293, spéc. p. 312.

<sup>54</sup> *JORF* n° 0262 du 10 novembre 2012, p. 17713.

<sup>55</sup> *CE*, 12 juill. 1907, *Nicolle*, *GAJF*.

<sup>56</sup> Certes, dans un arrêt déjà ancien, la Cour des comptes a engagé la responsabilité du comptable n'ayant pas vérifié l'exactitude des faits établissant la dépense C. des comptes, 26 sept. 1984, *Bailly et Larrodé*, *Rec.* p. 126.

<sup>57</sup> C. comptes, 4e ch., 9 déc. 1993, *Commune de Langres*, *Rev. Trésor* 1994, p. 268. L'étude de la jurisprudence laisse penser que le comptable peut se baser sur ses propres connaissances si les faits ne nécessitent aucune forme d'interprétation. Ce peut être le cas lorsque le comptable est requis de payer un agent contractuel maître-nageur, alors que la piscine est fermée (C. comptes, 25 mai 2000, *Syndicat intercommunal à vocation unique de la côte Ouest*, *Rev. Trésor* 2001, p. 37).

<sup>58</sup> C. comptes, 4e ch., 26 févr. 2009, *Centre hospitalier Nord Deux-Sèvres*, *Rec. C. comptes*, 18.

<sup>59</sup> Ch. Michaut et P. Sitbon, *Contrôle de la certification du service fait : du papier à l'ordinateur*, *AJDA* 2013, p. 687.

<sup>60</sup> H.-M. Crucis, *Le contrôle de la régularité financière*, préc., spéc. pp. 745 ss.

<sup>61</sup> Heureusement, le fait, pour l'ordonnateur, de certifier le service fait de manière frauduleuse peut être qualifié de gestion de fait, sanctionnée par le juge des comptes. Ch. Michaut et P. Sitbon, *Contrôle de la certification du service fait : du papier à l'ordinateur*, préc. : Sous un autre aspect, le constat de certifications falsifiées peut s'analyser comme une manœuvre destinée à permettre l'extraction irrégulière des deniers publics et donc comme constitutive de gestion de fait (C. comptes, 2e ch., 12 mai 1893, *Commune d'Agen*, *Rec. C. comptes*, p. 20 ; C. comptes, 8 sept. 2011, *Commune d'Hénin-Beaumont*, *Rec. C. comptes*, p. 93).

<sup>62</sup> *CE*, 27 mars 1957, *Carsalade*, *Rec. CE*, p. 205.

<sup>63</sup> L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 10<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2016, p. 258.

celle-ci doit, sauf exceptions, exécuter quoi qu'il arrive la convention jusqu'à son terme<sup>64</sup>. Tout comme ces principes dégagés par le juge administratif, la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière est un outil de protection de la continuité du service public. En veillant à l'application de la règle du service fait, la Cour incite le cocontractant de l'administration à exécuter ses obligations conventionnelles, lesquelles ont dans l'immense majorité des cas un lien étroit avec la mise en œuvre du service public. Elle exerce un rôle plus bénéfique encore lorsque l'administra-

tion est partie à un contrat de droit privé car, dans ce cas, elle ne bénéficie de l'exception d'inexécution que dans le silence du contrat, conformément au nouvel article 1103 du Code civil.

La jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière oriente l'action contractuelle vers une meilleure efficacité et participe, dans la mesure qui est la sienne, aux nécessités de bonne gestion. La pratique contractuelle des personnes publiques s'en trouve optimisée, sans toutefois dépasser ce qu'autorise le respect des exigences du droit public.

## 2 Le maintien des exigences du droit public

Si l'administration contractante doit engager le plus efficacement possible ses moyens financiers et patrimoniaux en vue des objectifs d'intérêt général qu'elle poursuit, un tel objectif ne peut être réalisé que dans le respect des règles, principes et « valeurs du droit public »<sup>65</sup>. Ici réside l'une de ces irréductibles spécificités qui s'attachent aux contrats publics, indépendamment de la branche du droit à laquelle ils appartiennent. À cet égard, les nécessités concurrentielles qui encadrent la « commande publique » et le principe hiérarchique s'expriment dans des règles de procédure qui n'ont pas seulement une finalité organisationnelle mais visent plus largement à garantir les exigences de l'État de droit. La violation de ces règles et principes est réprimée par un juge de la discipline budgétaire et financière particulièrement scrupuleux. Enfin et surtout, l'exigence démocratique règle la fonction administrative dans son ensemble et doit être assurée au sein même des procédés conventionnels les plus innovants et les plus complexes. En subordonnant les dépenses conventionnelles à l'existence de crédits disponibles, la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière en assure la garantie.

### A. Le renforcement des règles procédurales : les exigences hiérarchique et concurrentielle préservées

La discipline budgétaire et financière renforce les exigences procédurales qui s'attachent à la passation et à l'exécution de tout contrat public, qu'il appartienne ou non à la sphère de la commande publique. De manière générale, la jurisprudence

sur ce point repose sur l'article L. 313-3 du Code des juridictions financières, qui dispose que tout justiciable de la Cour de discipline budgétaire et financière « *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* », qui ne peut être inférieure à 150 euros et supérieure au traitement brut annuel du prévenu<sup>66</sup>. Cette infraction n'est pas propre à la matière conventionnelle et peut être réalisée indépendamment de l'existence d'un contrat<sup>67</sup>, toutefois, la Cour adopte en matière conventionnelle des solutions particulièrement sévères. De même, la signature d'un marché en l'absence de l'habilitation requise conduit à la condamnation de l'ordonnateur, sur le fondement l'article L. 313-3 du Code des juridictions financières<sup>68</sup>. À la faveur d'une interprétation logique mais extensive de la disposition précitée, elle a condamné l'ordonnateur ayant signé un compromis de vente sans l'accord du conseil d'administration de l'établissement public auquel il appartenait<sup>69</sup>. L'office du juge renforce alors les exigences relatives au respect du principe hiérarchique, mais aussi à la démocratie locale, puisqu'il

<sup>64</sup> Nonobstant, une clause établissant l'exception d'inexécution est autorisée pour les contrats qui n'ont pas pour objet l'exécution même du service public (CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, Rec. CE, p. 302, conclusions Pelissier; *BJCP* 2015, p. 3, conclusions Pelissier; *AJDA* 2015, p. 396, note Melleray; *JCP A* 2014, 2327, note Ziani; *Dr. adm.* 2015, comm. 12, observations Brenet).

<sup>65</sup> J.-B. Auby, *Externalisation des activités publiques et valeurs du droit public. Observations théoriques et comparatives*, *Mélanges Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 661.

<sup>66</sup> V. l'article L. 313-1 du Code des juridictions financières.

<sup>67</sup> V., par ex., CDBF, 2 mai 1983, *Rougier, Cahiers de comptabilité publique* 1990, n° 2, p. 217 : dépense engagée par l'agent d'un établissement public sans l'accord du conseil d'administration.

<sup>68</sup> CDBF, 27 nov. 1996, *Min. A, marchés de prestations informatiques*, *Rev. Trésor* 1998, p. 731, note Ludwig, p. 727; *Rec. CE*, p. 653.

<sup>69</sup> V. CDBF, 2 mai 1983, *Université Aix-Marseille III, Institut d'administration des entreprises, Cahiers de comptabilité publique*, n° 2, p. 21. V. les développements qu'y consacre S. Damarey, *Droit de la comptabilité publique*, Gualino, 2017.

est conduit à interpréter les règles du Code général des collectivités territoriales, et notamment son article L. 2122-22 qui détermine les contrats et marchés pour lesquels le maire peut se passer d'une habilitation préalable de l'assemblée délibérante.

La Cour de discipline budgétaire et financière joue un rôle plus significatif encore lorsque le contrat public appartient à la sphère de la commande publique. Elle veille rigoureusement au respect des principes concurrentiels. En premier lieu, elle adopte une vision extensive de certains contrats de la commande publique, permettant aux règles de publicité et de mise en concurrence de s'exprimer pleinement. Dans une décision du 11 octobre 2013, la Cour a réalisé une analyse poussée au terme de laquelle elle a estimé qu'une convention de *kost-killing* passablement ambiguë constituait un marché public de services<sup>70</sup>. De même, elle a adopté l'année suivante une conception très extensive de l'ancienne notion de pouvoir adjudicateur, allant sans doute au-delà des exigences fixées par le droit de l'Union<sup>71</sup>. Par ailleurs, elle retient, comme à son habitude, une conception étendue de l'article L. 313-4 du Code des juridictions financières – qui, on le rappelle, sanctionne le non-respect des règles relatives à l'exécution des recettes et des

dépenses des personnes publiques<sup>72</sup> – en incluant dans cette notion les atteintes causées au régime de passation des marchés publics. L'ordonnateur ayant engagé une dépense liée à un marché artificiellement fractionné afin d'échapper aux seuils a ainsi été condamné<sup>73</sup>. Le gestionnaire ne respectant pas les règles de publicité, de mise en concurrence et de formalisation écrite des commandes doit craindre une sanction identique<sup>74</sup>. La même incrimination est appliquée à celui qui, par avenant, a modifié l'économie du contrat sans le remettre en concurrence<sup>75</sup>. Par le biais de l'article précité, la Cour de discipline budgétaire et financière applique en réalité les principales dispositions de l'ancien Code des marchés publics et de l'Ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Les sanctions prononcées accentuent ainsi la pression sur les responsables publics et les conduisent à un respect plus scrupuleux des règles de la commande publique. En outre, elles se cumulent avec d'autres sanctions : contractuelle bien sûr, mais aussi pénale, puisque le dévoiement ou le non-respect de la procédure peut avoir pour objet de procurer un avantage injustifié à autrui<sup>76</sup>. La collaboration entre la Cour de discipline budgétaire et financière et le juge criminel est même institutionnalisée puisque le parquet financier lui renvoie certaines affaires de manière quasi-automatique<sup>77</sup>. Le juge financier a affirmé la compatibilité de cette forme particulière de coopération juridictionnelle avec l'article 4 du 7<sup>e</sup> Protocole de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le principe *non bis in idem*<sup>78</sup>. Dans une décision récente, le Conseil constitutionnel a lui aussi validé la conformité de ce mécanisme au regard de sa propre jurisprudence, tout en émettant une réserve sur le fondement du 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* ». Il a ainsi exigé que « *le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »<sup>79</sup>. Si cette jurisprudence équilibrée reconnaît implicitement que les sanctions prononcées par le juge de la discipline budgétaire et financière et le juge pénal ne préservent pas des « *intérêts sociaux* » identiques, elle n'en prémunit pas moins les gestionnaires contre une addition de sanctions globalement disproportionnée.

En matière de commande publique, la Cour de discipline budgétaire et financière fait ainsi œuvre

<sup>70</sup> CDBF, 11 oct. 2013, EHPAD « Château de Bourron », AJDA 2013, p. 2004. Contrat de « *kost-killing* » qualifié de marché public (en s'appuyant sur une décision de Tribunal administratif).

<sup>71</sup> CDBF 17 juin 2014, SOVAFIM, AJDA 2014, p. 1603, note Ch. Michaut et J.-E. Picard. Cette qualification entraînait l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF du 7 juin 2005, p. 10014.

<sup>72</sup> « 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 ». « L.313-1 : amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 150 euros et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date à laquelle le fait a été commis ».

<sup>73</sup> CDBF, 30 oct. 1985, Caisse nationale de l'Assurance maladie des travailleurs salariés, Service du contrôle médical régional de Nancy, Cahiers de comptabilité publique n° 3, p. 20.

<sup>74</sup> CDBF 25 nov. 2010, SIEM de la ville de Paris, RFDA 2011, p. 1037 : « *il résulte de l'instruction que ces prestations ont été commandées et réglées aux sociétés M2PCI et Globe sans que celles-ci aient été formalisées dans un contrat écrit correspondant à la conclusion d'un marché et sans avoir recouru au préalable à une quelconque mesure de publicité ni de mise en concurrence* » ; Arrêt n° 212-735-II du 30 décembre 2016 « Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse (CIPAV) » : « Le directeur de la CAVEC et son prédécesseur ont, pendant plusieurs années et pour des montants supérieurs à 6,5 M€ HT, passé des contrats de service de conception et de réalisation d'applicatifs de gestion des régimes d'assurance-vieillesse sans que leur attribution ait été précédée de mesure de publicité ou de mise en concurrence. Cette méconnaissance des principes du code des marchés publics constitue une infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses de l'État ou des organismes publics mentionnée à l'article L. 313-4 du CJF ».

<sup>75</sup> CDBF, 22 avr. 2016, Agence nationale des titres sécurisés (ANTS), Rapp. Pub. 2017.

<sup>76</sup> V. l'article 432-14 du Code pénal.

<sup>77</sup> V. l'article L. 314-18 du Code des juridictions financières.

<sup>78</sup> CDBF, 29 nov. 1999, Ministre de l'intérieur, Rev. Trésor 2000, p. 32, note Lascombe et Vandendriessche, confirmé dans une autre affaire par le juge de cassation : CE, 15 nov. 2006, M. Gallet, Rec. CE, p. 466 ; AJDA 2007, p. 697, note Biscaino ; Rev. Trésor 2007, p. 722, note Lascombe et Vandendriessche.

<sup>79</sup> Décision n° 2016-550 QPC du 1er juillet 2016, M. Stéphane R., Dr. admin. févr. 2017, p. 24, note A. Camus ; Constitutions, sept. 2016, p. 456, note F. Waserman ; p. 468, note O. Le Bot.



utile et renforce, aux côtés du juge administratif et du juge pénal, les exigences de la concurrence. Elle exerce un rôle crucial dans la garantie de l'exigence démocratique.

## B. La subordination de la dépense à l'ouverture de crédits : l'exigence démocratique garantie

Dans un pays libéral et décentralisé, la fonction administrative est soumise au contrôle du Parlement ou de l'assemblée délibérante locale, lesquelles disposent d'une puissante légitimité démocratique. Bien sûr, tel n'est pas le cas de l'organe délibérant d'un établissement public, mais c'est bien pour cela qu'il subit la tutelle d'une autre personne publique. Le principe démocratique s'exprime dans le vote annuel du budget<sup>80</sup> qui assure le contrôle des représentants de la Nation ou de la population locale sur les administrateurs en soumettant l'exécution des dépenses au respect de crédits limitatifs. Le principe ainsi manifesté n'est pas toujours compatible avec « l'agenda » contractuel, surtout lorsque l'instrument conventionnel est exécuté sur plusieurs années, qu'il conduit, par le jeu des clauses d'indexation, à une hausse imprévisible de la dépense<sup>81</sup>, ou que l'autorité budgétaire a prévu une baisse de crédits. Or, les personnes publiques ne sauraient opposer l'absence de crédit budgétaire à leur cocontractant pour refuser d'honorer leur dette conventionnelle<sup>82</sup>. En d'autres termes, l'existence de la créance contractuelle détenue par le cocontractant de l'administration est indifférente à l'insuffisance de crédits<sup>83</sup>. La doctrine a toujours établi une stricte séparation entre l'irrégularité financière d'une dépense et la validité d'un contrat ; pour reprendre les termes de G. Jèze, « l'irrégularité n'a, sur l'existence ou la validité du contrat, aucune espèce d'influence »<sup>84</sup>. Ainsi, le juge judiciaire comme administratif n'hésitera pas à condamner une collectivité qui, faute d'autorisation budgétaire, n'aurait pas exécuté ses obligations, et commis une faute contractuelle<sup>85</sup>. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le refus d'octroi d'une prime prévue par le contrat d'un agent public fondé sur l'insuffisance de crédits budgétaires est constitutif d'une erreur de droit<sup>86</sup>. Il est dès lors très tentant pour le gestionnaire public d'outrepasser l'absence de crédits disponibles, de continuer d'exécuter ses obligations financières afin d'éviter la sanction du juge de l'exécution du contrat.

La Cour de discipline budgétaire et financière l'en dissuade fortement, en sanctionnant l'engagement d'une dépense en l'absence des crédits correspondants<sup>87</sup>. La limitation des engagements

en fonction des crédits budgétaires est même un « principe fondamental » du droit budgétaire<sup>88</sup>. Cette position confère toute sa portée au budget voté par l'organe délibérant dont l'autorité prime, dans son prétoire, sur l'exécution fidèle du contrat. Plus encore, la Cour refuse d'exonérer le gestionnaire qui aurait ultérieurement bénéficié d'un rectificatif budgétaire<sup>89</sup>. Une telle régularisation, c'est-à-dire l'ouverture tardive des crédits correspondant à la dépense contractuelle engagée, ne fait jamais « disparaître le caractère fautif » du comportement du gestionnaire, même si elle intervient longtemps avant le jugement<sup>90</sup>. Face à ce type de situations, le Procureur a pu très exceptionnellement décider de classer l'affaire, mais c'est plutôt l'ancienneté des faits et le comportement général du gestionnaire qui l'ont convaincu d'agir en ce sens<sup>91</sup>. Même si le juge des comptes garantit lui aussi le respect de l'autorisation budgétaire en mettant en débet le comptable public ayant payé une somme en l'absence de crédits, le juge de la discipline budgétaire et financière exerce un contrôle crucial et en amont, puisqu'il veille à la légalité de la première phase de l'exécution de la dépense.

Dans ces cas de figures, l'exigence démocratique garantie par le juge financier semble radicalement incompatible avec les droits subjectifs que le cocontractant tient de son contrat. Le conflit entre l'exécution de la convention et l'exécution du budget doit être résolu d'une manière ou d'une autre. En effet, le gestionnaire ne peut pas souhaiter engager sa responsabilité devant la Cour

<sup>80</sup> L'annualité budgétaire est l'un des principes fondamentaux des finances publiques nationales, sociales comme locales. De manière générale, les formes et procédures du budget « ne peuvent être réduits à leur dimension technique ». C. Chamard-Heim, *Le rôle des formes et des procédures dans l'adoption des budgets publics*, AJDA 2010, p. 547.

<sup>81</sup> La question ne se pose pas, en principe pour la première année, puisque l'administration ne conclut pas de contrat sans disposer des crédits disponibles. Plus encore, dans le droit des marchés publics, l'offre du concurrent qui dépasserait les crédits alloués doit être déclarée inacceptable. Ceci l'invite à réaliser une estimation sincère et réaliste de son besoin. V. B. Roman-Séquence, *L'offre inacceptable, quelle définition ?*, CMP, n° 12, déc. 2013, comm. 333.

<sup>82</sup> J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, 1997, Coll. Logiques Juridiques, p. 76.

<sup>83</sup> P. Amselek, *Le particularisme de la légalité budgétaire*, Rev. Adm. 1970, p. 653.

<sup>84</sup> G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, t. 2, 1932, éd. Giard, p. 21.

<sup>85</sup> CE, 25 nov. 1931, *Baudouin*, Rec. CE, p. 1029 ; CE 13 mai 1992, *Commune d'Ivry-sur-Seine, Lebon* ; AJDA 1992, p. 532 et 480, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RTDCiv. 1993, p. 113, obs. J. Mestre ; CAA de Bordeaux, 16 juill. 2013, *Département de Tarn-et-Garonne*, AJDA 2013, p. 2213, note Dreyfus.

<sup>86</sup> TA de Nancy, 30 juin 2009, *AJFP* 2009, p. 307.

<sup>87</sup> CDBF, 24 juin 1958, *Société d'exploitation et des forges et ateliers de Lyon*, Rec. CE, p. 893 ; CCP, n° 2, p. 19. CDBF 1988 CIRCD de la région parisienne.

<sup>88</sup> CDBF, 5 juin 1989, *Hôpital d'Orange*, CCP 1989, n° 3, p. 172 ; Rec. CE, p. 417.

<sup>89</sup> CDB, 22 févr. 1961, *Lycée de jeunes filles de Grenoble*, CCP, n° 2, p. 3 ; Rec. CE, p. 898 ; CDBF, 20 avr. 1988, *Caisse interprofessionnelle de retraite des commerçants détaillants de la région parisienne*, CCP, n° 3, p. 138 ; Rec. CE, p. 546.

<sup>90</sup> CE, 6 juin 1973, *Sieur Crozes*, Rec. CE, p. 397. L'existence d'une régularisation constitue une circonstance atténuante est toutefois susceptible d'atténuer la responsabilité de l'ordonnateur.

<sup>91</sup> CE, 6 juin 1973, *Crozes*, préc. ; N. Groper, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, op. cit.

de discipline budgétaire et financière, se sacrifiant au profit de l'exécution contractuelle alors que, dans le même temps, le cocontractant a droit au respect des clauses du contrat. Toutefois, contrairement à ce que l'on pourrait craindre, la jurisprudence exigeante de la Cour de discipline budgétaire et financière n'est pas source de blocage, mais invite les personnes publiques contractantes à concilier le respect du droit conventionnel et le respect du droit financier.

La contradiction peut d'abord être neutralisée en interne par l'emploi de la fongibilité des crédits, qui permet aux gestionnaires de l'État de réagencer le contenu de l'autorisation budgétaire à l'intérieur des programmes, sans en augmenter le volume global et sans abonder le titre 2 relatif aux dépenses de personnel. Le responsable de programme peut alors redistribuer les crédits d'un titre à l'autre ou d'une action à l'autre sans encourir la mise en cause de sa responsabilité devant le juge de la discipline budgétaire et financière<sup>92</sup>. Même si cette technique ne peut pas être utilisée au profit d'un contrat d'agent public, elle permet de poursuivre l'exécution de nombreuses conventions alors même que l'autorisation budgétaire annuelle ne l'avait pas prise en compte. La question se pose différemment au plan territorial où la fongibilité n'est pas permise. Néanmoins, la dépense qui repose sur une stipulation conventionnelle est une dette exigible, et, à ce titre, constitue une dépense obligatoire qui peut être inscrite d'office dans le budget local par le préfet<sup>93</sup>.

En cas de blocage, l'assemblée budgétaire cède généralement à la pression conventionnelle et renouvelle les crédits, quand bien même ce n'était pas sa volonté initiale, le contrat ayant été par exemple antérieurement signé sous une majorité politique différente. Lorsque des conventions importantes ont été conclues pour une longue durée, la personne publique est contrainte par la force des choses à voter les crédits nécessaires car elle ne pourrait pas de toute façon assumer financièrement la mise en cause de sa responsabilité contractuelle. Certains ont comparé la rigidification budgétaire causée par la conclusion des contrats les plus importants aux anciens « services votés »<sup>94</sup>, technique par laquelle, avant l'entrée en vigueur de la LOLF, on reconduisait sans discussion la majeure partie du budget de l'État en un seul vote. L'organe délibérant n'agit certes pas tout à fait librement. Mais la dépense conserve par ce biais son onction démocratique.

Si la solution ne provient pas des mécanismes budgétaires et comptables, elle peut être trouvée par le droit du contrat. Dans certaines rares conventions, il est possible d'insérer une clause exonératrice de responsabilité qui permet à l'une des parties – en principe une personne publique – d'abandonner ses obligations conventionnelles en l'absence de crédits disponibles. Cette solution est principalement utilisée dans les contrats conclus entre personnes publiques<sup>95</sup>, et semble devoir reposer sur une disposition législative<sup>96</sup> et être subordonnée au paiement d'une indemnité pour fait du prince<sup>97</sup>. Dans les autres contrats, une telle condition risque d'être considérée comme potestative, en raison de l'unité de la personnalité morale des personnes publiques<sup>98</sup>. Reste, en outre, la possibilité qu'elle soit considérée comme une clause impliquant un régime exorbitant du droit commun, légale dans un contrat administratif<sup>99</sup>. Par ailleurs, les pouvoirs que détient l'administration au titre du régime général du contrat administratif peuvent être instrumentalisés à des fins financières. Le contrat administratif peut être résilié unilatéralement par la personne publique pour un motif d'intérêt général tenant, entre autres variables, à l'insuffisance de crédits disponibles. Dans une décision *Jedjiga X.* du 8 juillet 2005<sup>100</sup>, le Conseil d'État a reconnu la légalité de la résiliation dans l'intérêt du service du contrat d'un agent public. L'aspect budgétaire, bien réel, était toutefois largement sous-tendu par des motivations d'ordre fonctionnel. En l'absence d'une jurisprudence suffisamment abondante sur cette question, on peut avancer que la résiliation d'un contrat administratif pour cause d'insuffisance de crédits budgétaires

<sup>92</sup> N. Grober indique à ce titre que le dépassement des crédits limitatifs a « avec l'extension de la fongibilité des crédits, aujourd'hui une actualité moindre », in *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, op. cit., p. 191.

<sup>93</sup> V. l'article L. 2321-2 du CGCT pour les communes, l'article L. 3321-1 du CGCT pour les départements et l'article L. 4312-1 pour les régions.

<sup>94</sup> Ch. Guené, *Avis sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat*, n° 243, 26 mars 2008, Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes de la Nation du Sénat, p. 36 : ces dépenses « rigidifient la dépense publique à la manière d'un « service voté », que la LOLF avait justement pour objectif de supprimer ».

<sup>95</sup> On pensera aux anciens contrats de plan devenus des contrats de projets État-Régions qui contiennent une telle stipulation. Ces contrats ne fondent ainsi que des obligations de moyens, et non de résultats, v. J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, op. cit., p. 74 ss. ; J. Moreau, *Les contrats de plan État-Régions technique nouvelle d'aménagement du territoire*, AJDA 1989, p. 737, spéc. p. 739.

<sup>96</sup> V. l'article 12 de la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, JORF du 30 juillet 1982, p. 2441 : « Dans la limite des dotations ouvertes par la loi de finances de l'année, correspondant, le cas échéant, aux autorisations de programme prévues par l'article 4 de la présente loi, les dotations en capital, subventions, prêts, garanties d'emprunt, agréments fiscaux et toutes aides financières sont accordées en priorité par l'État dans le cadre des contrats de plan. Ils peuvent être attribués dans des conditions fixées par la seconde loi de plan, en contrepartie des engagements souscrits par les bénéficiaires ».

<sup>97</sup> J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, op. cit., p. 83.

<sup>98</sup> L'obligation potestative est celle « dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » (v. le nouvel article 1304-2 du Code civil). V. V. Nguyen Quoc, *L'argent public et le droit des contrats*, in *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p. 293, spéc. p. 305. Désormais, ce caractère potestatif n'est plus forcément cause de nullité, dès lors qu'elle a été exécutée en connaissance de cause. V. l'article 1304-2 du Code civil.

<sup>99</sup> V. Nguyen Quoc, *L'argent public et le droit des contrats*, préc., spéc. p. 306.

<sup>100</sup> CE, 8 juill. 2005, *Jedjiga*, n° 259615.

n'est légale que si elle est par ailleurs justifiée par un motif tenant à la bonne gestion du service.

Si son champ d'intervention était élargi, la Cour de discipline budgétaire et financière détiendrait un rôle crucial dans la garantie de l'exécution fidèle du budget annuellement approuvé par les représentants de la Nation et de chaque collectivité territoriale. Elle invite les gestionnaires à ne pas contourner l'autorisation budgétaire dans le seul but de poursuivre l'exécution d'un contrat public, et à trouver un point d'équilibre entre l'exécution fidèle des contrats conclus et le respect du principe démocratique. Toutefois, à cause de son faible domaine d'intervention, le respect de l'autorisation budgétaire repose presque entièrement sur les épaules du comptable public, mis en débet par le juge des comptes s'il paie une dépense sans disposer des crédits correspondants. Cette situation n'est plus admissible. L'extension de la responsabilité financière des gestionnaires permettrait opportunément de soulager les comptables publics, dont la responsabilité pécuniaire et personnelle paraît aujourd'hui excessivement sévère<sup>101</sup>.



La Cour de discipline budgétaire et financière fait œuvre utile en matière contractuelle. Sous le contrôle du Conseil d'État, son juge de cassation, elle optimise la pratique contractuelle tout en assurant le maintien des exigences du droit public, ce qui n'est pas toujours évident en matière conventionnelle. La sous-exploitation du potentiel de cette juridiction n'en est que plus critiquable. Sur un plan quantitatif, elle mène une activité presque anecdotique, si on la compare, par exemple, au travail réalisé par le juge des comptes. Cette situation est principalement due aux multiples exceptions qui en limitent la saisine<sup>102</sup>, et à la non-justiciabilité des ministres et chefs des exécutifs locaux. Or, qu'on le veuille ou le déplore, la gestion publique est désormais soumise au couple liberté-responsabilité, singulièrement en matière contractuelle. Cela signifie qu'à une plus grande latitude doit correspondre

un contrôle *a posteriori* plus sévère<sup>103</sup>. À cet égard, la doctrine propose parfois d'augmenter le nombre de justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière<sup>104</sup>. Une récente proposition de loi souhaitait supprimer l'immunité des exécutifs locaux<sup>105</sup>. Si nous estimons que la responsabilité des autorités politiques doit conserver sa nature politique, il serait au moins possible de supprimer l'irresponsabilité du gestionnaire ayant répondu à un ordre illégal de son supérieur bénéficiant de cette immunité<sup>106</sup>. D'autres suggèrent aussi d'assumer plus clairement de réprimer la faute de gestion, dont on a noté les ambiguïtés en matière contractuelle<sup>107</sup>. Reprenant les propositions de certains membres de la doctrine<sup>108</sup>, le Syndicat des juridictions financières a proposé, dans son *Livre blanc* publié en juillet 2017, de transférer les compétences de la Cour de discipline budgétaire et financière à la Cour des comptes et aux chambres régionales des comptes. Aucune de ces critiques ne touche au principe même du régime de responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier. Si une réforme est indispensable, c'est au contraire parce que celui-ci apparaît, dans sa structure profonde, particulièrement adapté aux nécessités du droit public contemporain. ■

<sup>101</sup> Dans le même sens, A. Maucour-Isabelle La modernisation de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics à l'entrée dans la nouvelle ère budgétaire et comptable, *RFDA* 2006, p. 393.

<sup>102</sup> Seuls peuvent la saisir le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, le Premier ministre, le ministre chargé des finances et aux ministres pour les faits reprochés à des agents sous leur autorité. Elle peut être saisie également par la Cour des comptes ou par le Procureur général près la Cour des comptes.

<sup>103</sup> Ch. Pierucci, Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier, *RFDA* 2008, p. 165.

<sup>104</sup> X. Vandendriessche, Une réforme d'ensemble est indispensable, *RFFP* 2005, n° 92, p. 191. P. Castéra, Un pas de moins vers la responsabilité financière des ministres et des élus locaux ordonnateurs, *JCP A* décembre 2017, p. 37.

<sup>105</sup> Article 1<sup>er</sup>, al. 9 de la proposition de loi n° 131 déposé par dix-neuf sénateurs le 22 novembre 2016; C. Di Folco, Rapport sur la proposition de loi visant à assurer la sincérité et la fiabilité des comptes des collectivités territoriales, Commission des lois du Sénat, 15 févr. 2017, pp. 33 ss.

<sup>106</sup> Ch. Pierucci, Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier, préc. L'auteur propose de « limiter expressément l'exonération de responsabilité prévue aux articles L. 313-9 et L. 313-10 du code des juridictions financières au cas où l'ordre du supérieur ne présente pas un caractère manifestement illégal ».

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> G. Vedel, La responsabilité des administrateurs devant la Cour de discipline budgétaire et financière, *Revue de science et de législation financière*, n° 41, 1949, p. 128; R. Jacomet, Discipline budgétaire, *Revue politique et parlementaire*, n° 192-193, juill.-déc. 1947, p. 35; M. Lascombe et X. Vandendriessche, Plaidoyer pour assurer le succès d'une réforme. La loi organique relative aux lois de finances et la nécessaire refonte de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables, *RFDA* 2004, p. 398; A. Maucour-Isabelle La modernisation de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics à l'entrée dans la nouvelle ère budgétaire et comptable, préc.