

Recrutement de maîtres des requêtes en service extraordinaire et de conseillers référendaires en service extraordinaire par la voie « action publique »

Vous êtes invité(e) à prendre connaissance du présent dossier*, sur lequel portera une partie de l'échange avec le jury.

Liste des documents

N°	Titre	Pages
1	Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics, Légifrance, 24 mars 2022	1 à 4
2	La Cour des comptes s'empare de la responsabilité financière des gestionnaires publics, arrêt du 11 mai 2023 et note de X. Vandendriessche, in AJDA 2023. 1511	5 à 21
3	Premier arrêt de la cour d'appel financière, note M. – C. de Montecler et arrêt du 12 janvier 2024, in AJDA 2024. 69	22 à 28
4	CE, 23 février 2023, M. Chopin n° 469199 QPC, décision et conclusions du rapporteur public	29 à 35
5	Cons. Const., décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010 et commentaire aux Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n° 30, Légifrance et www.conseil-constitutionnel.fr	36 à 47

* article 5 de l'arrêté du 9 août 2023 : « Les auditions des candidats sélectionnés à partir de leur dossier de candidature seront précédées d'un temps de préparation consacré à l'étude d'un dossier visant à tester leurs compétences professionnelles. (...) »

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

PREMIER MINISTRE

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics

NOR : PRMX2201889P

Monsieur le Président de la République,

Dans le cadre du programme « Action publique 2022 », le Gouvernement a pris l'engagement d'accroître les marges de manœuvre et de renforcer la responsabilité des gestionnaires publics. Cet engagement a été mis en œuvre au travers de la réforme de l'organisation financière de l'Etat qui s'est traduite par un ensemble de mesures visant à mieux coordonner et proportionner les contrôles, à simplifier les procédures et à déconcentrer la gestion budgétaire pour renforcer la capacité d'action de l'Etat dans les territoires. Le corollaire de cette réforme est une rénovation profonde du régime de responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics.

Lors du 5^e comité interministériel de transformation publique du 5 février 2021, a été acté le principe d'engager des travaux conjoints entre le Conseil d'Etat, la Cour des comptes et l'administration pour faire évoluer le régime actuel de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables vers un régime unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics. Ces travaux, engagés au printemps 2021, ont permis de définir les principales caractéristiques de ce nouveau régime juridictionnel. L'ordonnance qui vous est soumise est élaborée en application de l'article 168 de la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022 habilitant le Gouvernement à créer un régime juridictionnel unifié de responsabilité des gestionnaires publics et des gestionnaires des organismes relevant du code de la sécurité sociale.

Cette réforme vise à remédier aux limites soulignées à de multiples reprises des régimes actuels de responsabilité des ordonnateurs et des comptables tout en favorisant la responsabilisation des gestionnaires publics. S'agissant des comptables publics, le régime de responsabilité personnelle et pécuniaire (RPP) repose sur une approche exhaustive, au premier euro, qui ne permet ni de cibler les opérations les plus significatives ni de prendre en compte l'évolution des chaînes financières qui se traduit notamment par une imbrication de plus en plus poussée des acteurs et des procédures. S'agissant des justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), les poursuites demeurent restreintes et pâtissent de longs délais de procédure.

L'ordonnance qui vous est présentée instaure un régime de responsabilité des gestionnaires commun aux ordonnateurs et aux comptables dans lequel seront poursuivies les infractions aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens de l'Etat, des collectivités, établissements et organismes soumis au contrôle des juridictions financières, constitutives d'une faute grave ayant causé un préjudice financier significatif.

Les fautes de gestion, correspondant à des agissements manifestement incompatibles avec les intérêts de l'organisme, à des carences graves dans les contrôles ou à des omissions ou négligences répétées dans le rôle de direction, dès lors que ceux-ci ont occasionné un préjudice financier significatif, seront également sanctionnées pour les organismes soumis au contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes exerçant une activité industrielle et commerciale. L'Etat ainsi que les collectivités locales et leurs budgets annexes ne seront pas dans le champ de l'infraction.

D'autres infractions issues du régime CDBF sont conservées et, le cas échéant, adaptées : l'octroi d'un avantage injustifié ; le non-respect des règles applicables en matière de contrôle budgétaire pour l'engagement de dépenses ; l'engagement de dépenses sans avoir la qualité d'ordonnateur ; l'inexécution des décisions de justice.

La gestion de fait constituera une infraction en tant que telle, tout comme l'absence de production des comptes.

Une infraction nouvelle visant à sanctionner les agissements ayant eu pour effet de faire échec à une procédure de mandatement d'office est créée.

Un dispositif gradué de sanctions est associé à ces infractions. Ainsi, le juge pourra prononcer des amendes plafonnées à six mois de rémunération, ou un mois pour les infractions formelles. Les amendes, individualisées, seront proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées et, le cas échéant, à l'importance du préjudice causé.

Ce régime de responsabilité concernera l'ensemble des gestionnaires publics et des gestionnaires des organismes relevant du code de la sécurité sociale, qu'ils exercent des fonctions d'ordonnateur ou de comptable c'est-à-dire à la fois les ordonnateurs et les administrateurs actuellement justiciables de la CDBF, à l'exclusion des ministres et

des élus locaux qui relèvent d'une responsabilité politique, mais y compris les membres de leurs cabinets et directeurs d'administrations. Le justiciable ne sera pas passible de sanctions s'il n'a fait que se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique ou de toute personne habilitée ou s'il peut exciper d'un ordre écrit émanant d'une autorité non justiciable. L'ordre écrit pourra revêtir la forme d'une délibération d'une assemblée délibérante d'une collectivité locale dès lors que l'organe délibérant aura été dûment informé de l'affaire et que la délibération présentera un lien direct avec celle-ci.

La chambre du contentieux de la Cour des comptes, comprenant des membres de la Cour et des magistrats des chambres régionales et territoriales des comptes, instruira et jugera les affaires. Afin de renforcer les droits des justiciables, une Cour d'appel financière, présidée par le Premier président de la Cour des comptes sera instituée. Elle sera composée de quatre conseillers d'Etat, de quatre conseillers maîtres à la Cour des comptes et de deux personnalités qualifiées justifiant d'une expérience supérieure à dix ans dans le domaine de la gestion publique nommés pour cinq ans par décret du Premier ministre. Chaque membre de la Cour d'appel financière remettra une déclaration d'intérêts au président de celle-ci. L'appel sera suspensif. Le Conseil d'Etat demeurera la juridiction de cassation.

Aux autorités ayant aujourd'hui le pouvoir de saisir la CDBF s'ajouteront les représentants de l'Etat dans le département ainsi que les directeurs des finances publiques pour des faits ne relevant pas des services de l'Etat en région ou en département, les chefs de service des inspections générales de l'Etat et les commissaires aux comptes des organismes soumis au contrôle des juridictions financières.

Comme c'est le cas aujourd'hui s'agissant des infractions poursuivies devant la CDBF, la Cour des comptes devra être saisie dans un délai inférieur à cinq années révolues à compter du jour où aura été commis le fait susceptible de constituer une infraction. S'agissant de la gestion de fait, le délai de prescription restera fixé à dix ans, comme dans le droit actuel.

Tout en prévoyant l'abrogation des différents régimes de RPP des comptables, l'ordonnance garantit la séparation de l'ordonnateur et du comptable, notamment en conservant l'infraction de gestion de fait et celle d'engagement de dépenses sans avoir la qualité d'ordonnateur. La procédure de réquisition d'un comptable par l'ordonnateur, qui permet à la fois au comptable de jouer pleinement son rôle de gardien des règles, et de proposer un mécanisme de résolution des blocages, voit sa portée réaffirmée en étant inscrite dans la loi. Elle est complétée par le rappel du principe selon lequel un comptable ne peut être tenu pour responsable des opérations réalisées sur réquisition régulière d'un ordonnateur.

L'ordonnance introduit également une possibilité pour le comptable de signaler à l'ordonnateur toute opération susceptible de relever d'une infraction, sanctionnée par le juge financier, aux règles d'exécution des recettes et des dépenses.

Enfin, l'ordonnance comprend des mesures de simplification et d'harmonisation des procédures qui permettront de tirer les conséquences de la réforme sur les autres missions des juridictions financières afin de faciliter la transmission de déférés et de mieux rendre compte de l'activité juridictionnelle réformée.

L'entrée en vigueur de ce nouveau régime de responsabilité est prévue pour le 1^{er} janvier 2023.

A cette date, l'ensemble des affaires ayant fait l'objet d'un réquisitoire introductif devant les chambres régionales des comptes et devant la CDBF seront transférées à la chambre du contentieux de la Cour des comptes. Les règles de procédure nouvelles prévues par l'ordonnance s'appliqueront de façon immédiate à ces affaires.

S'agissant du droit au fond, le régime de RPP des comptables publics continuera de s'appliquer à l'ensemble des opérations ayant fait l'objet d'un premier acte de mise en jeu de leur responsabilité administrative notifié avant cette date.

Pour les affaires en cours devant le juge financier, les règles de fond relatives au régime de RPP demeureront applicables dans les seuls cas où le manquement litigieux aura causé un préjudice financier à l'organisme public concerné. En ce qui concerne les affaires en cours n'ayant pas causé de préjudice financier, le principe de rétroactivité de la loi répressive plus douce s'appliquera. En pratique, le juge financier pourra continuer de prononcer des débet mais ne pourra plus condamner les comptables publics au versement d'une somme non rémissible. Le ministre conservera le pouvoir d'accorder des remises gracieuses pour les procédures juridictionnelles et administratives en cours.

S'agissant des affaires en cours devant la CDBF, il appartiendra au juge d'appliquer, pour chaque affaire, les règles de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère et de rétroactivité de la loi répressive la plus douce, le nouveau régime étant de même nature et venant succéder à celui de la CDBF, juridiction administrative de nature répressive.

Les comptables dont la responsabilité n'aura pas été engagée dans le cadre d'une procédure administrative ou juridictionnelle en cours au 1^{er} janvier 2023 seront déclarés quittes de leur gestion.

L'obligation de production des comptes devant les juridictions financières étant supprimée à compter du 1^{er} janvier 2023, les comptes portant sur l'exercice 2022, déposés en 2023, n'y seront pas soumis.

Dans les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, les dispositions relatives à la responsabilité personnelle et pécuniaire et au jugement des comptes des comptables de ces collectivités et de leurs établissements publics sont de niveau organique. Celles concernant les comptables des communes relèvent de la loi ordinaire. Dans un souci de cohérence d'ensemble du secteur public local, le régime actuel de responsabilité est maintenu pour l'ensemble des comptables publics de ces territoires jusqu'à l'adoption d'une loi organique future.

L'article 1^{er} rappelle les compétences juridictionnelles de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Dans l'attente de la réforme de la RPP des comptables publics dans les territoires régis par l'article 74 de

la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, la Cour des comptes continuera de connaître de l'appel des arrêts rendus par les chambres territoriales des comptes.

L'**article 2** définit les missions du procureur général près la Cour des comptes et près la Cour d'appel financière.

L'**article 3** définit le champ des justiciables (section 1 du chapitre I^{er} du titre III du livre I^{er} du code des juridictions financières), les infractions (section 2) ainsi que les sanctions (section 3) dans le cadre du nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics. Il inscrit dans la loi l'existence de la chambre du contentieux, composée de magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes (section 4).

L'**article 4** définit la procédure juridictionnelle applicable (personnes ayant qualité pour saisir le ministère public, règles de prescription, organisation de l'instruction et des audiences, règles de délibéré) et prévoit les modalités de publicité des arrêts rendus par la chambre du contentieux. Il comporte également des dispositions visant à assurer la séparation des fonctions d'instruction et de jugement et fixe le principe, déjà applicable devant la CDBF, selon lequel les poursuites devant la Cour des comptes ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire.

L'**article 5** réorganise le code des juridictions financières en déplaçant et transformant le titre actuellement consacré au Conseil des prélèvements obligatoires en un nouveau livre.

L'**article 6** définit la compétence, la composition et l'organisation de la Cour d'appel financière ainsi que la procédure applicable devant celle-ci.

L'**article 7** vise à adapter la procédure de réquisition du comptable au nouveau régime de responsabilité.

Les **articles 8 à 11** visent à simplifier et clarifier le droit applicable en vue d'améliorer l'efficacité des contrôles menés par les juridictions financières qui pourront, le cas échéant, conduire à des déférés au ministère public. Ils ont également pour objet de permettre à la Cour des comptes de mieux rendre compte de l'activité de contrôle et juridictionnelle réformée.

L'**article 12** modifie le code civil afin de supprimer l'hypothèque légale sur les comptables publics.

L'**article 13** modifie le code de l'action sociale et de la famille et décharge de responsabilité le comptable en cas de réquisition.

L'**article 14** modifie le code de la défense afin de supprimer la RPP des trésoriers et sous-trésoriers militaires.

Les **articles 15 à 24** modifient divers codes afin de tenir compte de la suppression du jugement des comptes, de la RPP des comptables publics, de la CDBF, d'adapter les procédures applicables à la gestion de fait dans le cadre de la réforme.

L'**article 25** modifie le code de la sécurité sociale afin de supprimer le régime de RPP des comptables des directeurs comptables et financiers des organismes de sécurité sociale.

L'**article 26** abroge la loi du 5 septembre 1807 relative aux droits du Trésor Public sur les biens des comptables, l'article 60 modifié de la loi de finances n° 63-156 du 23 février 1963 qui fonde le régime de RPP des comptables publics et régisseurs, l'article 21 de la loi de finances rectificative n° 69-1160 du 24 décembre 1969 relatif à la responsabilité personnelle et pécuniaire des huissiers du Trésor ainsi que l'article 78 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

L'**article 27** modifie par coordination l'ordonnance n° 45-2456 du 19 octobre 1945 portant statut de la mutualité faisant référence à la notion de cautionnement des comptables publics.

L'**article 28** détermine les conditions d'application de la réforme dans les outre-mer. L'article comporte une mention d'applicabilité de l'ordonnance dans les Terres australes et antarctiques françaises et à Wallis-et-Futuna. Dans les autres collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, le remplacement de la CDBF par la nouvelle juridiction sera applicable de plein droit. En revanche, la RPP y sera maintenue dans l'attente d'une loi organique permettant de modifier leur statut, duquel dépend le régime de responsabilité des comptables de ces collectivités et de leurs établissements publics. Une exception est prévue s'agissant de la gestion de fait, qui rentrera dans le nouveau régime. L'article comporte également des dispositions de coordination et de simplification pour les chambres territoriales des comptes.

L'**article 29** prévoit l'entrée en vigueur de l'ordonnance le 1^{er} janvier 2023, à l'exception de la suppression du délai de trois ans pendant lequel un magistrat de chambre régionale des comptes ne peut exercer de fonctions dans une structure dont il a jugé les comptes qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2026.

L'article 29 prévoit également que les opérations ayant fait l'objet d'un premier acte de mise en jeu de la responsabilité du comptable ou assimilé, notifié avant cette date qui demeurent soumises aux dispositions relatives au régime de responsabilité des comptables publics patents et assimilés, des comptables de fait, des régisseurs, des trésoriers militaires et des comptables des organismes primaires de sécurité sociale applicables dans leur version antérieure à la présente ordonnance, lorsque le manquement litigieux a causé un préjudice financier à l'organisme public concerné.

L'**article 30** précise et explicite les conditions d'application de la nouvelle organisation juridictionnelle lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance : au 1^{er} janvier 2023, les affaires ayant fait l'objet d'un réquisitoire introductif devant les chambres régionales des comptes et devant la CDBF seront transférées à la chambre du contentieux de la Cour des comptes, qui les instruira et les jugera selon les règles de procédure définies par l'ordonnance.

L'**article 31** pose le principe de la décharge du comptable ou du régisseur en l'absence de charge notifiée à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance et du quitus sur l'ensemble de la gestion dans le cas où le comptable ou le régisseur a quitté ses fonctions.

L'**article 32** pose le principe d'une prise en charge des déficits résultant exclusivement d'une faute ou d'une erreur des comptables publics par l'Etat, qui sera précisé par décret.

L'**article 33** constitue l'article d'exécution.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.

AJDA

AJDA 2023 p.1511

La Cour des comptes s'empare de la responsabilité financière des gestionnaires publics

**Arrêt rendu par Cour des comptes
chambre du contentieux**

11-05-2023

n° S-2023-0604

Sommaire :

Ce premier arrêt de la Cour des comptes, rendu après la mise en oeuvre de la réforme de la responsabilité financière des gestionnaires publics, est tout à la fois rassurant et prometteur. Rassurant par l'extrême rigueur dont la Cour fait preuve dans l'exercice de son rôle de juge répressif ; prometteur en raison des premiers éléments d'interprétation qu'il fournit sur les conditions d'application, encore bien incertaines de l'ordonnance du 23 mars 2022.

Texte intégral :

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, notamment son article 8 ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment les dispositions applicables aux sociétés d'économie mixte locales et aux sociétés publiques locales ;

Vu le code des juridictions financières ;

Vu les articles 29 et 30 de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics ;

Vu l'article 11 du décret n° 2022-1604 du 22 décembre 2022 relatif à la chambre du contentieux de la Cour des comptes et à la Cour d'appel financière et modifiant le code des juridictions financières ;

Vu les statuts de la société ALPEXPO, successivement en vigueur au moment des faits ;

Vu le déféré, décidé le 30 octobre 2018, sur le fondement de l'article L. 314-1 du code des juridictions financières alors applicable, par la chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes, portant sur des faits laissant présumer des irrégularités dans la gestion financière de la société ALPEXPO, communiqué le 31 octobre 2018 par le procureur financier près cette chambre au procureur général près la Cour des comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), et enregistré ce même jour ;

Vu le réquisitoire introductif du 16 mai 2019, par lequel le ministère public près la CDBF a saisi cette juridiction de cette affaire, conformément aux dispositions de l'article L. 314-1-1 du code des juridictions financières alors applicable ;

Vu la décision du 24 mai 2019 du président de la CDBF désignant M. Nicolas Pehau, conseiller référendaire à la Cour des comptes, comme rapporteur chargé de l'instruction, conformément aux dispositions de l'article L. 314-4 du code des juridictions financières alors applicable ;

Vu les lettres recommandées du 25 septembre 2019 de la procureure générale près la Cour des comptes, ministère public près la CDBF, ensemble les avis de réception de ces lettres, par lesquelles ont été mis en cause MM. X. et Y.,

présidents-directeurs généraux successifs de la société ALPEXPO, au regard des faits visés par le réquisitoire introductif du 16 mai 2019 susvisé, conformément aux dispositions de l'article L. 314-5 du code des juridictions financières alors applicable ;

Vu la décision du 8 octobre 2021 du président de la CDBF désignant M. Guy Fialon, conseiller maître honoraire à la Cour des comptes, comme rapporteur chargé de l'instruction, en remplacement de M. Pehau, nommé à d'autres fonctions, conformément aux dispositions de l'article L. 314-4 du code des juridictions financières alors applicable ;

Vu la lettre recommandée du 11 avril 2022 de la procureure générale près la Cour des comptes, ministère public près la CDBF, et l'avis de réception de cette lettre, par laquelle a été mise en cause M^{me} Z., en qualité de directrice générale de fait de la société ALPEXPO, au regard des faits visés par le réquisitoire introductif du 16 mai 2019 susvisé, conformément aux dispositions de l'article L. 314-5 du code des juridictions financières alors applicable ;

Vu le réquisitoire supplétif du 20 mai 2022 du ministère public près la CDBF dont cette juridiction a été saisie conformément aux dispositions de l'article L. 314-1 du code des juridictions financières alors applicable, et qui a été transmis le 24 mai 2022 par le président de la CDBF à M. Fialon aux fins d'instruction ;

Vu la lettre du 17 octobre 2022 du président de la CDBF transmettant, le dossier de l'affaire au ministère public après le dépôt du rapport de M. Fialon, conformément aux dispositions de l'article L. 314-6 du code des juridictions financières alors applicable ;

Vu la décision du 18 janvier 2023 du procureur général de la Cour des comptes renvoyant M^{me} Z. et MM. X. et Y. devant la chambre du contentieux, reçue au greffe de la chambre du contentieux le 1^{er} février 2023, notifiée le 2 février 2023 aux intéressés ;

Vu la convocation des personnes renvoyées à l'audience publique du 18 avril 2023, notifiée aux intéressés le 1^{er} mars 2023 ;

Vu les mémoires produits le 31 mars 2023 par Maître Rémi Sermier dans l'intérêt de M. Y. et par Maître Flavien Jorquera dans l'intérêt de M. X., ainsi que celui produit le 3 avril 2023 par Maîtres Agathe Quinio et Emmanuel Daoud dans l'intérêt de M^{me} Z. ;

Vu les pièces complémentaires communiquées les 17 et 18 avril 2023 par Maître Quinio dans l'intérêt de M^{me} Z. ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Entendu lors de l'audience publique du 18 avril 2023, le représentant du ministère public, en la présentation de la décision de renvoi et le procureur général près la Cour des comptes en ses réquisitions, M. X., assisté de Maître Jorquera, M. Y., assisté de Maître Sermier, et M^{me} Z. assistée de Maître Quinio, les personnes renvoyées ayant eu la parole en dernier ;

Entendu en délibéré M. Gilles Miller, conseiller maître, réviseur, en ses observations ;

Sur le transfert de l'affaire de la CDBF à la Cour des comptes

1. La CDBF a été saisie, par les réquisitoires introductif et supplétif des 16 mai 2019 et 20 mai 2022 susvisés, de faits relatifs à la société ALPEXPO susceptibles de constituer des infractions sanctionnées par cette juridiction.

2. Aux termes du II de l'article 30 de l'ordonnance du 23 mars 2022 susvisée, « Les affaires ayant fait l'objet d'un réquisitoire introductif devant la Cour de discipline budgétaire et financière à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance sont, à cette date, transmises à la Cour des comptes ». Le I de l'article 29 de la même ordonnance a fixé la date de son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2023. L'affaire relative à la société ALPEXPO a, en conséquence, été transmise à cette date à la Cour des comptes.

3. Aux termes du II de l'article 11 du décret du 22 décembre 2022 susvisé, « Les actes de procédure pris avant le 1^{er} janvier 2023 pour les affaires transmises à la Cour des comptes en application de l'article 30 de l'ordonnance du 23 mars 2022 susvisée demeurent valables devant celle-ci. Leur régularité ne peut être contestée au seul motif de l'entrée en vigueur des dispositions de cette ordonnance et du présent décret. »

Sur la compétence de la Cour des comptes

4. Aux termes du I de l'article L. 312-1 du code des juridictions financières, applicable jusqu'au 31 décembre 2022, la CDBF était compétente, jusqu'à cette date, pour connaître des infractions susceptibles d'avoir été commises dans l'exercice de leurs fonctions par, notamment, « c) Tout représentant, administrateur ou agent des autres 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 », étant précisé au dernier alinéa que « Sont également justiciables de la Cour tous ceux qui exercent, en fait, les fonctions [de ces] personnes ».

5. Aux termes de l'article L. 131-1 du code des juridictions financières, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023, « Est justiciable de la Cour des comptes au titre des infractions [prévues aux articles L. 131-9 à L. 131-14 du même code] [...] / 3° Tout représentant, administrateur ou agent des autres 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. / Sont également justiciables tous ceux qui exercent, en fait, les fonctions des personnes désignées aux 1° à 3°. »

6. Aux termes de l'article L. 211-8 du code des juridictions financières, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} mai 2017, « La chambre régionale des comptes peut contrôler les organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales, les établissements publics locaux ou les autres organismes relevant de sa compétence apportent un concours financier supérieur à 1 500 € ou dans lesquels ils détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou sur lesquels ils exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion. » La société ALPEXPO, initialement constituée avec le statut de société anonyme d'économie mixte locale, au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, puis transformée en société publique locale sous la même raison sociale, est soumise au contrôle de la chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes.

7. Selon l'article 19 et 24.1 de ses statuts, dans leurs versions successivement applicables au moment des faits, la direction générale de la société ALPEXPO était assurée, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général.

8. Par une délibération du 16 novembre 2011, le conseil d'administration de la société ALPEXPO a nommé son président, M. X., « Directeur Général avec effet à compter du 31 décembre 2011 » et « ce pour la durée de son mandat de Président du Conseil d'Administration ».

9. Par une délibération du 28 mai 2014, le conseil d'administration de la société ALPEXPO a nommé M. Y. à la présidence du conseil pour une durée de six ans et décidé qu'il cumulera cette fonction avec celle de directeur général. Le 30 juillet 2015, l'assemblée générale a décidé de transformer la société ALPEXPO en société publique locale et a nommé ses administrateurs, dont M. Y., pour une durée de six ans. Le même jour, le conseil d'administration de la société a nommé M. Y. à la fois président du conseil et directeur général pour la durée de son mandat. Par une délibération du 3 juillet 2017, le conseil d'administration a ensuite mis fin à ce cumul de fonctions, à compter du 21 août 2017, en nommant un autre directeur général.

10. Il en résulte que MM. X. et Y., successivement présidents-directeurs généraux d'ALPEXPO, du 31 décembre 2011 au 27 mai 2014 pour le premier, et du 28 mai 2014 au 20 août 2017 pour le second, étaient justiciables de la CDBF jusqu'au 31 décembre 2022, et sont justiciables de la Cour des comptes depuis le 1^{er} janvier 2023.

11. Un contrat, ayant pour objet la « Mise à disposition de prestations de services en Management de Transition », a

été conclu le 1^{er} mars 2012 par M. X, président-directeur général de la société ALPEXPO, et le directeur général de la société MCG Managers. La société ALPEXPO étant « sans direction opérationnelle » selon le préambule au contrat, celui-ci définit la mission confiée au prestataire pour une durée de cinq mois à compter du 5 mars 2012, et assurée notamment par M^{me} Z. en qualité de « Manager Intervenant » pour couvrir « l'ensemble des composantes d'une Direction Générale ». Par avenants successifs, le contrat a été prolongé jusqu'au 31 janvier 2013, puis s'est ensuite poursuivi par tacite reconduction de mois en mois « dans l'attente d'une décision stratégique concernant la direction générale » de la société ALPEXPO. Il a pris fin le 26 février 2015.

12. Le 2 mars 2012, la société MCG Managers a conclu avec M^{me} Z. un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet le 5 mars 2012 pour exercer « les fonctions d'Intervenant » dans le cadre de la « Mission de Direction Générale » confiée par la société ALPEXPO. Ainsi que le détaillent les points 20 à 22, M^{me} Z. a agi, en fait, comme directrice générale de la société ALPEXPO, au sens des articles L. 312-1 et L. 131-1 du code des juridictions financières précités aux points 4 et 5. Il en résulte que M^{me} Z. était justiciable de la CDBF jusqu'au 31 décembre 2022, et est justiciable de la Cour des comptes depuis le 1^{er} janvier 2023.

Sur la prescription

13. L'article L. 314-2 du code des juridictions financières, applicable au moment du déféré, disposait que « La Cour [de discipline budgétaire et financière] 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 titre. / L'enregistrement du déféré au ministère public, le réquisitoire introductif ou supplétif, la mise en cause telle que prévue à l'article L. 314-5, le procès-verbal d'audition des personnes mises en cause ou des témoins, le dépôt du rapport du rapporteur, la décision de poursuivre et la décision de renvoi interrompent la prescription prévue à l'alinéa précédent. »

14. Aux termes de l'article L. 142-1-3 du code des juridictions financières, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023, « La Cour des comptes 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 susceptible de constituer une infraction au sens de la section 2 du chapitre I^{er} du titre III du présent livre. [...] / L'enregistrement du déféré au ministère public, le réquisitoire introductif ou supplétif, l'ordonnance de mise en cause, l'ordonnance de règlement et la décision de renvoi interrompent la prescription. » Ces nouvelles dispositions ne modifient ni la durée de la prescription, ni les modalités de son interruption.

15. M^{me} Z. fait valoir, s'agissant de la prise en charge de ses frais de déplacement par la société ALPEXPO, que le réquisitoire introductif du 16 mai 2019 susvisé ne conclut pas explicitement à ce que sa responsabilité puisse être recherchée et que les faits sont donc prescrits car uniquement visés par le réquisitoire supplétif du 20 mai 2022 susvisé.

16. Cependant, s'il est exact que le réquisitoire introductif du 16 mai 2019 ne mentionne pas explicitement M^{me} Z. comme responsable présumée des faits visés, le ministère public n'est pas tenu de citer nommément les personnes susceptibles d'être mises en cause. Il peut, dans ses réquisitions, faire état des responsabilités encourues par des personnes dénommées, ou « toutes autres personnes qui auraient participé aux irrégularités constatées », ce qu'il a fait, en l'espèce, dans son réquisitoire introductif du 16 mai 2019. Par ailleurs, ce réquisitoire vise bien les faits relatifs à l'engagement de dépenses par M^{me} Z., sans que celle-ci ait disposé d'un pouvoir à cette fin, et les conditions dans lesquelles elle aurait bénéficié du remboursement de frais de déplacement et de prise en charge par la société ALPEXPO d'autres frais, ces faits ayant fait l'objet du déféré susvisé de la chambre régionale des comptes.

17. En conséquence, la communication du procureur financier près la chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes, transmettant le déféré de ladite chambre, ayant été enregistrée par le ministère public près la CDBF le 31 octobre 2018, les faits postérieurs au 31 octobre 2013 peuvent être valablement appréhendés par la Cour des comptes et sanctionnés par la juridiction.

Sur le droit applicable à l'ensemble des faits

18. En application des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen susvisée, relatives à la légalité des infractions et des peines et à la nécessaire proportionnalité de celles-ci, il n'est pas possible d'appliquer rétroactivement une disposition répressive qui aurait un caractère plus sévère, pour le justiciable. Toutefois, la loi nouvelle plus douce se saisit de toutes les infractions qui lui sont antérieures et qui n'ont pas encore été définitivement jugées, tant pour la qualification que pour le plafond de l'amende qui pourrait être infligée aux personnes renvoyées.

19. Aux termes des dispositions des articles L. 1522-1 et L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, les SEM et les SPL sont des sociétés anonymes régies, sauf dispositions expresses contraires, par le livre II du code de commerce. A l'époque des faits, jusqu'à la date où elle est devenue société publique locale (SPL) en février 2016, ALPEXPO était constituée en société anonyme d'économie mixte locale (SEM) donc régie par les dispositions des articles L. 1521-1, L. 1522-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ainsi que par des articles L. 225-1 et suivants et R. 225-1 et suivants du code de commerce. Les dispositions des articles L. 1251-42 et L. 1251-43 du code du travail précisent que le fait de mettre un salarié à la disposition d'une entreprise fait l'objet d'un contrat écrit qui explicite la durée ainsi que les caractéristiques de la mission et les conditions de rémunération du missionnaire.

Sur l'engagement irrégulier de dépenses par un agent de fait

Sur les faits

20. Comme mentionné aux points 11 et 12, M^{me} Z., salariée de la société MCG Managers, est intervenue, en qualité de « Manager Intervenant », du 5 mars 2012 au 26 février 2015 auprès de la société ALPEXPO, aux termes du contrat de « Mise à disposition de prestations de services en Management de Transition » conclu entre les deux sociétés.

21. Dans le cadre de sa mission successivement auprès de MM. les présidents-directeurs généraux X. et Y., M^{me} Z., qui n'a jamais bénéficié d'une délégation de pouvoir, ni de signature, a effectué des opérations sur le compte bancaire de la société ALPEXPO au moyen d'une carte bancaire et de chèques. Le contrat souscrit entre la société ALPEXPO et la société prestataire était un contrat de prestations de service et il n'a jamais été conclu ni convention tripartite entre ces sociétés et M^{me} Z., ni contrat de travail entre elle et la société ALPEXPO, ni convention d'aucune sorte l'habilitant à se substituer au mandataire social dans les actes de la vie de cette société d'économie mixte, ou précisant les dépenses qu'elle était autorisée à engager en tant que « Manager Intervenant ».

22. Il n'est pas contesté que M^{me} Z. qui avait été seulement missionnée par son employeur, MCG Managers, auprès la société ALPEXPO, mais n'avait pas de lien juridique avec cette dernière, a pourtant signé, au nom de la société ALPEXPO, entre le 29 novembre 2013 et le 1^{er} octobre 2014, neuf contrats de travail (sept à durée indéterminée et deux à durée déterminée). Du 4 novembre 2013 au 16 décembre 2014, elle a aussi signé douze marchés conclus avec différentes sociétés pour la commande de biens ou de services.

Sur le droit applicable

23. L'article L. 313-3 du code des juridictions financières, applicable jusqu'au 31 décembre 2022 et invoqué par le réquisitoire introductif du 16 mai 2019 susvisé, disposait 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. » Depuis le 1^{er} janvier 2023, cette infraction a été remplacée par une infraction codifiée au 3^o de l'article L. 131-13 du même code, aux termes duquel « Tout justiciable au sens de l'article L. 131-1 est passible de l'amende prévue au deuxième alinéa de l'article L. 131-16 lorsqu'il [...] / Engage une dépense, sans en avoir le pouvoir ou sans avoir reçu délégation à cet effet. »

24. Conformément au principe précité de la rétroactivité des seules dispositions plus douces, la loi nouvelle moins sévère se saisit des faits qui lui sont antérieurs et non définitivement jugés. Ce principe ne trouve à s'appliquer, s'agissant de la présente infraction, que pour le plafond de l'amende fixé par l'article L. 131-16 du code des juridictions financières, les éléments constitutifs de l'infraction définie par le 3^o de l'article L. 131-13 nouveau demeurant équivalents à ceux de l'article L. 313-3 abrogé à compter du 1^{er} janvier 2023.

Sur la qualification juridique

25. Un contrat dit de « management de transition » ne constitue pas une catégorie juridique particulière de contrats susceptibles d'être conclus par une société ayant un besoin spécifique temporaire, mais peut revêtir diverses formes pour servir de support à l'intervention de la personne missionnée. En l'espèce, la convention proposée le 14 février 2012, et signée le 1^{er} mars 2012, s'est limitée à prévoir que M^{me} Z., employée par MCG Managers, conduira une mission auprès de la société ALPEXPO, en tant que « Manager Intervenant ». Il s'agit d'un simple contrat de prestations de service qui ne conférerait pas à l'intervenante la capacité juridique d'engager juridiquement et financièrement la société.

26. Si le contrat stipule en son article 1 que « la mission du Manager MCG Intervenant couvrira l'ensemble des composantes d'une Direction Générale » et que les compétences de M^{me} Z. en la matière sont mentionnées à l'article 4, il ressort des pièces du dossier et notamment des procès-verbaux des conseils d'administration de la société ALPEXPO mentionnés aux points 8 et 9 que ses présidents successifs, MM. X. et Y., ont exercé de jure, durant la période où M^{me} Z. était missionnée, les fonctions de directeur général de la société d'économie mixte, fonctions qui leur conféraient de manière exclusive la qualité de mandataire social. A ce titre, il leur revenait de représenter la société vis-à-vis des tiers, notamment dans les actes de la vie courante et lors de la signature de contrats.

27. L'utilisation de la carte bancaire de la société, ainsi que la procuration bancaire, dont aurait bénéficié M^{me} Z. mais qui n'est pas attestée par une pièce versée au dossier, ne lui conféraient que l'apparence de la capacité d'engager les dépenses d'ALPEXPO, alors que de telles dispositions ne sont régulières que pour autant qu'elles sont conformes aux statuts et aux règles qui régissent la société. En outre, si une procuration peut, le cas échéant, dégager la responsabilité du banquier, dans l'hypothèse d'un décaissement contesté, elle ne peut conférer, à son bénéficiaire, la capacité juridique d'engager la société vis-à-vis de tiers, qu'ils soient fournisseurs ou salariés.

28. M^{me} Z. a cependant signé les actes juridiques mentionnés au point 22 et engagé les dépenses correspondantes (versement de salaires et paiement des factures des fournisseurs), postérieurement au 31 octobre 2013 et jusqu'à la fin de l'année 2014, alors qu'elle n'était ni mandataire social, ni même employée de la société ALPEXPO, ainsi qu'il ressort explicitement de l'article 5 du contrat qui liait la société à MCG Managers. Aucune stipulation contractuelle ou délibération du conseil d'administration de la société ALPEXPO n'a conféré à M^{me} Z., intervenant auprès de cette société dans le cadre d'une mission par nature temporaire, initialement fixée à cinq mois et prolongée par avenants durant trois années, le pouvoir de conclure des contrats ni d'engager des dépenses au nom de la société ALPEXPO. En conséquence, M^{me} Z. a enfreint la règle en vertu de laquelle les dépenses d'un organisme ne peuvent être engagées que par les personnes juridiquement habilitées à le faire selon les règles applicables à l'organisme concerné, par décision du mandataire social ou à la suite d'une délibération du conseil d'administration. La jurisprudence de la Cour de cassation, que M^{me} Z. invoque pour sa défense, renforce cette analyse, puisqu'elle n'évoque que des hypothèses de délégations de pouvoir intervenues au sein d'une même société, ou d'un même groupe de sociétés.

29. Les éléments constitutifs de l'infraction, prévue initialement à l'article L. 313-3 du code des juridictions financières et, depuis le 1^{er} janvier 2023, au 3^o de l'article L. 131-13 du même code, sont de ce fait réunis et il convient de considérer, en conséquence, que l'infraction a bien été commise.

Sur l'imputation des responsabilités

30. L'infraction est imputable à M^{me} Z., directrice de fait de la société ALPEXPO depuis le 5 mars 2012, et en fonction durant la période non prescrite postérieure au 31 octobre 2013 et jusqu'au 26 février 2015, qui a exécuté les dépenses afférentes aux contrats qu'elle avait conclus au nom de la société ALPEXPO sans avoir compétence, ni reçu délégation pour le faire.

Sur les dépenses indues payées au bénéfice direct ou indirect du « Manager Intervenant »

Sur les faits

31. Pendant sa mission, M^{me} Z. a engagé des dépenses que la décision de renvoi du 18 janvier 2023 susvisée qualifie de « dépenses personnelles de loisirs, donc étrangères à l'objet social de la société ALPEXPO et à sa mission, telles que l'achat d'un billet d'avion au bénéfice de son mari pour un montant de 3 149 € en janvier 2014, l'achat d'une prestation auprès d'un opérateur de tours de golf pour un montant de 1 725 € en octobre 2014 et la réalisation de dépenses en doubles paiements relatives à des achats de voyages en train et taxi entre le domicile de M^{me} Z. et Grenoble pour des montants respectifs de 10 180,20 € et 2 342,80 € ». Indépendamment de leur qualification, lesdites dépenses sont attestées dans la comptabilité de la société.

32. Le contrat de « Mise à disposition de prestations de services en Management de Transition », conclu le 1^{er} mars 2012 par les sociétés ALPEXPO et MCG Managers, prévoyait, en son article 5, la facturation mensuelle par la seconde à la première, « en complément de la facture d'honoraires », de « Frais de déplacements liés à la mission », correspondant aux « frais du Manager MCG Intervenant [...] : avion, train, péage, parking, taxi, repas, hôtels » et le cas échéant, à ceux du Manager MCG Encadrant » de la mission.

33. Il ressort, par ailleurs, de la comptabilité de la société MCG Managers, produite en cours d'instruction, que cette société versait à M^{me} Z, demeurant en région parisienne, une somme mensuelle de 1 800 € pour l'indemniser de l'« éloignement » dû à sa mission se déroulant principalement à Grenoble, siège de la société ALPEXPO. Cette indemnité, stipulée au B de l'article 13 du contrat de travail qu'elle avait conclu le 2 mars 2012 avec MCG Managers correspond aux stipulations de l'article 53 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils. Le même article de son contrat de travail stipulait que les frais que M^{me} Z. engagerait « pour [se] rendre sur le lieu de [sa] mission (Trajet Domicile-Travail, Hébergement, Repas, Téléphone...) seront couverts sur présentation des justificatifs par la SAEM ALPEXPO », laquelle s'obligeait par ailleurs à mettre à sa disposition un lieu d'hébergement.

Sur le droit applicable

34. Conformément au principe de rétroactivité *in mitius* des lois répressives, la loi nouvelle plus douce se saisit de toutes les infractions antérieures constatées et non définitivement jugées, sous la condition qu'elles répondent à sa rédaction et que la sanction prononcée ne soit pas rendue plus sévère, et que les dispositions nouvelles plus sévères ne s'appliquent pas rétroactivement aux faits antérieurs à leur entrée en vigueur.

35. L'article L. 313-4 du code des juridictions financières, applicable jusqu'au 31 décembre 2022 et invoqué à l'appui du réquisitoire introductif du 16 mai 2019 susvisé, disposait 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'Etat 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. [...] ». Depuis le 1^{er} janvier 2023, il a été substitué à cette infraction celle codifiée à l'article L. 131-9 du code des juridictions financières, aux termes duquel est exigée, outre la preuve d'une « infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens » de l'organisme, la démonstration d'une faute grave ayant causé un préjudice financier d'un montant significatif. Cette disposition doit être considérée comme une loi nouvelle plus douce par rapport à l'article L. 313-4 désormais abrogé, et applicable à l'espèce, conformément au principe précité de la rétroactivité des seules dispositions plus douces (v. pt 18).

36. Par ailleurs, l'article L. 313-6 du code des juridictions financières désormais abrogé, disposait que « Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 300 € et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction. » Depuis le 1^{er} janvier 2023, il a été substitué à cette infraction celle codifiée à l'article L. 131-12 du code des juridictions financières, aux termes duquel « 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, est passible des sanctions prévues à la section 3. »

37. Le ministère public a invité la Cour à considérer que si les dispositions de l'article L. 313-6 du code des juridictions financières ne permettaient pas de sanctionner l'octroi d'avantages indus à soi-même, les mêmes faits pouvaient cependant être appréhendés sur le fondement de l'article L. 313-4 et qu'en conséquence, c'est sans élargissement du champ des faits poursuivis, désormais susceptibles d'être sanctionnés par la chambre du contentieux de la Cour des comptes, que pourraient être invoqués aujourd'hui à l'appui de la décision de renvoi les dispositions des articles L. 131-9 et L. 131-12 du code des juridictions financières, à la condition expresse, toutefois, que soient réunis les éléments constitutifs de ces infractions telles que l'ordonnance du 23 mars 2022 précitée en a modifié la définition.

38. S'il apparaît bien que l'ordonnance du 23 mars 2022 susvisée n'a pas, sur ce point précis, élargi le périmètre des faits sanctionnables, du moins en apparence, il demeure que le nouvel article L. 131-12 du code des juridictions financières décrit une infraction qui présente les caractéristiques d'une loi complexe, modifiant la loi ancienne sur deux points non divisibles de sens opposé. Au cas d'espèce, l'extension portée par l'ordonnance précitée de l'infraction aux avantages indus procurés à soi-même, ne peut avoir de portée rétroactive et s'appliquer à des faits survenus avant le 1^{er} janvier 2023.

39. Au reste, bien que le fait de procurer à soi-même un avantage indu aurait pu être appréhendé, jusqu'au 31 décembre 2022, au titre de l'article L. 313-4 du code des juridictions financières, dès lors qu'était prouvé un manquement à une règle d'exécution de la dépense, les conditions nouvelles dont un tel manquement est aujourd'hui assorti par l'article L. 131-9, ne permettent pas de qualifier ici une infraction sur le fondement de la loi nouvelle.

40. Enfin, le principe précité de la rétroactivité des seules dispositions réputées plus douces vaut également pour la détermination de l'amende dont le plafond est fixé par l'article L. 131-16 du code des juridictions financières, à un montant inférieur à celui fixé, par la législation abrogée, pour les infractions des anciens articles L. 313-4 et L. 313-6.

Sur la qualification juridique

41. Certaines des dépenses, dont la décision de renvoi allègue l'irrégularité, comme susceptibles de présenter un caractère étranger à l'objet social d'ALPEXPO, mais qui ne peuvent pas être qualifiées d'avantages indus procurés à autrui, ne sauraient faire l'objet d'une sanction au titre des dispositions du code des juridictions financières aujourd'hui applicables.

42. Toutefois, en procédant à l'achat d'un billet d'avion, au bénéfice de son conjoint, dans le cadre d'un déplacement aux Etats-Unis d'Amérique pour un montant de 3 149 € en janvier 2014, fût-ce au terme d'un échange de courriels avec M. X., président-directeur général, M^{me} Z. a engagé, au bénéfice d'autrui, une dépense étrangère à l'objet social de la société ALPEXPO, sans lien avec la mission de celle-ci et en contradiction avec les règles d'exécution des dépenses de l'organisme. M^{me} Z. a agi en méconnaissance de ses obligations, puisqu'elle a violé les règles applicables à l'utilisation des cartes de paiement d'ALPEXPO ainsi que les règles statutaires de la société d'économie mixte dont l'article 19, réformé en 2015, dispose que le directeur général exerce ses pouvoirs dans la limite de l'objet social.

43. A cette occasion et en faisant supporter à la société ALPEXPO une dépense étrangère à son objet, elle a, non seulement procuré à autrui un avantage injustifié, mais encore causé un préjudice à la société. Au demeurant, il apparaît que M^{me} Z. a également agi par intérêt personnel, direct et indirect, s'agissant des avantages qu'elle a procurés à son conjoint, avec lequel elle entretient un lien suffisant pour établir l'existence d'un tel intérêt.

44. Les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article L. 131-12 du code des juridictions financières, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023, sont de ce fait réunis, et il convient dès lors de considérer que l'infraction a été commise.

Sur l'imputation des responsabilités

45. L'infraction est directement imputable à M^{me} Z., directrice de fait d'ALPEXPO depuis le 5 mars 2012 et en

fonction durant la période non prescrite postérieure au 31 octobre 2013 et jusqu'au 26 février 2015, qui a pris l'initiative de cette dépense, l'a engagée et acquittée via le compte bancaire de la société.

Sur les fautes graves alléguées commises dans la gestion d'ALPEXPO par les dirigeants successifs de la société ayant entraîné un préjudice financier significatif

Sur les faits et les éléments retenus dans la décision de renvoi du ministère public

46. Il est constant et non contesté qu'il incombe un devoir général d'organisation, de contrôle et de surveillance à tout dirigeant d'un organisme. En l'espèce, les présidents-directeurs généraux successifs, MM. X., en fonctions jusqu'au 27 mai 2014, et Y, du 28 mai 2014 au 20 août 2017, étaient investis, « des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » et pour la représenter « dans ses rapports avec les tiers », aux termes des statuts successifs de la société ALPEXPO susvisés.

47. La décision de renvoi du 18 janvier 2023 susvisée considère successivement cinq catégories de faits comme éléments constitutifs d'une infraction, soit le défaut de surveillance des agissements de M^{me} Z., le désordre constaté dans la conservation de documents comptables, voire la tenue de la comptabilité, qui ne permettrait pas d'établir avec certitude le montant de la dette dont M^{me} Z. serait restée redevable envers la société ALPEXPO, l'absence de diligences menées à terme en vue de recouvrer cette dette, des défaillances dans l'exécution du contrat de « Mise à disposition de prestations de services en Management de Transition » avec la société MCG Managers, notamment l'absence d'établissement d'une lettre de mission de M^{me} Z., et enfin le non-respect de certaines dispositions réglementaires en matière de commande publique.

48. Par ailleurs, la décision de renvoi identifie le montant du préjudice financier significatif, associé à ces manquements, d'une part au montant des honoraires versés par la société ALPEXPO à MCG Managers dans le cadre de l'exécution du contrat, d'autre part, au total des dépenses dont M^{me} Z. serait encore redevable « montant qui ne peut être déterminé précisément [...], mais qui n'est pas inférieur à 12 000 € ». Le ministère public apprécie le caractère significatif dudit préjudice « à l'aune de l'entité qu'était la direction générale de fait assurée par M^{me} Z. ». Il prend en considération le fait que les dépenses relatives à l'exécution du contrat avec MCG Managers n'ont pas fait l'objet d'une décision formelle de la part du conseil d'administration, et le coût de ce contrat, en valeur absolue et relative comparé à la rémunération d'un directeur général, notamment celle perçue par le directeur général recruté par la société ALPEXPO en août 2017. Il prend enfin en considération les résultats financiers dégradés de la société ALPEXPO, que ces dépenses auraient contribué à aggraver.

Sur le droit applicable

49. L'article L. 313-4 du code des juridictions financières, applicable jusqu'au 31 décembre 2022 et invoqué à l'appui du réquisitoire introductif du 16 mai 2019 susvisé, disposait que « Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui [...] aura enfreint les règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'Etat 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. » Depuis le 1^{er} janvier 2023, il a été substitué à cette infraction, celle codifiée à l'article L. 131-9 du code des juridictions financières aux termes duquel « Tout justiciable au sens de l'article L. 131-1 qui, par une infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens de l'Etat, des collectivités, établissements et organismes mentionnés au même article L. 131-1, commet une faute grave ayant causé un préjudice financier significatif, est passible des sanctions prévues à la section 3. / Les autorités de tutelle de ces collectivités, établissements ou organismes, lorsqu'elles ont approuvé les faits mentionnés au premier alinéa, sont passibles des mêmes sanctions. / Le caractère significatif du préjudice financier est apprécié en tenant compte de son montant au regard du budget de l'entité ou du service relevant de la responsabilité du justiciable. »

50. Le principe précité de la rétroactivité des seules dispositions réputées plus douces vaut également pour la détermination de l'amende fixée désormais par l'article L. 131-16 du code des juridictions financières, dont le plafond est désormais inférieur à celui fixé, par la législation abrogée, pour l'infraction définie par l'ancien article L. 313-4.

51. Conformément au principe précité de la rétroactivité des seules dispositions réputées plus douces, ainsi qu'il est rappelé au point 18, la loi nouvelle plus douce se saisit de toutes les infractions antérieures constatées et non définitivement jugées, sous la condition qu'elles répondent à la définition de la loi nouvelle. Ainsi, en exigeant la démonstration d'une faute grave ayant causé un préjudice financier significatif, la nouvelle disposition, contenue dans l'article L. 131-9 du code des juridictions financières, doit être considérée comme une loi nouvelle plus douce par rapport à l'ancien article L. 313-4 : elle peut dès lors s'appliquer aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance susvisée.

Sur la qualification juridique des faits au regard des exigences de l'article L. 131-9 du code des juridictions financières

52. Indépendamment des manquements poursuivis et de leur gravité supposée, dans la limite des seuls éléments relatifs à l'existence d'un préjudice financier significatif, dont la Cour est saisie, il demeure impossible d'apprécier le montant des sommes dont M^mc Z. serait restée redevable, alors qu'il n'est pas suffisamment démontré que l'exécution du contrat passé avec MCG Managers ait constitué une dépense ayant contribué à aggraver le résultat financier de la société ALPEXPO. Il en va de même des contrats qui auraient été conclus au cours de la période non prescrite, sans avoir été précédés d'une publicité ou d'une mise en concurrence suffisantes, dont il ne ressort pas des pièces du dossier qu'ils auraient entraîné un préjudice financier significatif, au détriment de la société.

53. Dès lors, le préjudice financier et son caractère significatif, au sens de l'article L. 131-9 précité du code des juridictions financières, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023, ne sont pas établis. Ainsi, tous les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis. En conséquence, il y a lieu de relaxer des fins des poursuites engagées à leur rencontre MM. X. et Y.

Sur les circonstances

54. Il y a lieu de considérer, d'une part, que M^mc Z. a fourni, ainsi que le conseil d'administration l'a régulièrement relevé, une importante contribution personnelle à la gestion de la société ALPEXPO, mais que, d'autre part, elle a laissé perdurer des pratiques défailtantes, marquées notamment par le mésusage de la carte bancaire de la société.

Sur l'amende

55. Il sera fait une juste appréciation de la gravité des faits, de leur caractère répété et des circonstances de l'espèce, en infligeant à M^mc Z. une amende de 3 500 €, soit un montant inférieur au plafond fixé par l'article L. 131-6 du code des juridictions financières.

Par ces motifs,

Décide :

Article 1^{er} : M^mc Z. est condamnée à une amende de trois mille cinq cents euros (3 500 €).

Article 2 : MM. X. et Y. sont relaxés des fins des poursuites.

Article 3 : Le présent arrêt sera publié au Journal officiel de la République française.

Composition de la juridiction : (consultable sur le site de la Cour des comptes)

AJDA 2023 p.1511

La Cour des comptes s'empare de la responsabilité financière des gestionnaires publics

Xavier Vandendriessche, Agrégé des facultés de droit, Professeur des universités à Sciences-Po Lille, CRDP - ULR n° 4487

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) est morte ! Vive la chambre du contentieux qui rend ici son premier arrêt sous l'empire de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics. En une trentaine d'articles, cette ordonnance⁽¹⁾, intervenue sur habilitation donnée par l'article 168 de la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 dans le cadre du programme « JF 2025 » initié par le premier président, Pierre Moscovici, vient totalement révolutionner la matière :

- suppression de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics et de son corollaire, l'obligation de reddition des comptes au juge des comptes ; l'ordonnance du 23 mars 2022 a mis fin au système de mise en débet du comptable public, largement critiqué pour son inefficacité ;
- abandon de l'office d'ordre public de la juridiction financière et du caractère strictement objectif de sa mission ;
- suppression de la Cour de discipline budgétaire et financière ;
- abrogation de l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 ;
- disparition de la mission juridictionnelle directe des chambres régionales des comptes - tel n'est pas le cas des chambres territoriales ; leur compétence se limite désormais à déférer au ministère public près la Cour des comptes les faits susceptibles de constituer des infractions ;
- compétence juridictionnelle quasi exclusive de la Cour des comptes (par sa chambre du contentieux régie par l'art. L. 131-21) pour juger les gestionnaires publics (énumérés à l'art. L. 131-1) à raison d'infractions dont la liste reprend largement les dispositions auparavant applicables à la CDBF ;
- disparition de la dimension réparatrice de la responsabilité au profit d'une vocation répressive assumée.

Il s'agit donc, enfin, de l'autre réforme car, si la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) de 2001 avait sensiblement accru la liberté donnée aux gestionnaires publics, il fallait aussi une affirmation de leur responsabilité parce qu'il ne peut y avoir de finances performantes et sincères que si elles sont régulières. Et il convenait de remédier aux failles de l'ancien système : lourd, inefficace et globalement injuste.

Ce premier arrêt était très attendu tant il devait donner le sens et l'esprit de l'application de cette réforme essentielle.

En l'espèce, un déféré avait été décidé le 30 octobre 2018⁽²⁾ par la chambre régionale des comptes (CRC) Auvergne-Rhône-Alpes, sur le fondement de l'article L. 314-1 du code des juridictions financières (CJF) alors applicable, portant sur des faits laissant présumer des irrégularités dans la gestion financière de la société ALPEXPO, société d'économie mixte locale ultérieurement transformée en société publique locale (SPL).

Il n'existait aucun doute sur la compétence de la Cour des comptes pour statuer dans cette affaire dès lors que le 3° de l'article L. 131-1 du CJF fait figurer parmi les justiciables du nouveau régime de responsabilité tout représentant, administrateur ou agent des autres 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. En sa qualité d'entreprise publique locale, la société ALPEXPO relevait bien du champ de compétence de contrôle de la CRC et ses dirigeants étaient bien justiciables de la Cour.

Le président-directeur général de cette société avait signé, avec une société de prestation de services (MCG Managers), un contrat dit de « management de transition » prévoyant la mise en place d'une gestionnaire (ci-après, M^{me} Z.), désignée comme « manager intervenant ». Cette mission dite de transition s'est prolongée durant près de trois ans au cours desquels M^{me} Z., sans aucun titre, a occupé une place prépondérante dans le fonctionnement de l'entreprise et dans la prise de décisions, y compris dans la signature de contrats de travail et dans l'achat de diverses prestations.

Cette première affaire donne le ton de la jurisprudence à construire dans la mesure où le juge fait preuve ici tout à la fois d'une certaine audace mais surtout d'une très grande rigueur dans son rôle de juge répressif. Audace dans la définition même du champ de justiciabilité ici retenu dès lors que la personne sanctionnée n'était que dirigeante « de fait », démontrant ainsi la volonté de la Cour de ne pas se laisser paralyser par des artifices juridiques. Rigueur ensuite car, fort heureusement, le juge s'en tient à une caractérisation stricte des infractions susceptibles d'être sanctionnées et de leurs éléments constitutifs. Il convenait toutefois, au préalable, de déterminer le régime juridique applicable, s'agissant d'une affaire introduite avant la mise en oeuvre de la réforme mais jugée après.

I - Quel régime juridique appliquer ? La loi pénale plus douce

Ce sont les articles 29 et suivants de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 qui ont fixé au 1^{er} janvier 2023 l'entrée en application des nouvelles règles relatives au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics. Les affaires ayant fait l'objet d'un réquisitoire introductif devant la CDBF avant le 1^{er} janvier 2023, ont été, à cette date, transmises à la Cour des comptes. L'article 11-II du décret du 22 décembre 2022 prévoit que les actes de procédure antérieurs au 1^{er} janvier 2023 restent valables. Tel est le cas de la présente espèce, le déféré étant daté du 30 octobre 2018 tandis que le réquisitoire introductif avait été pris le 16 mai 2019.

Reste que le juge était invité à une comparaison fine des dispositions nouvelles avec les règles antérieures à la réforme afin de déterminer les infractions sanctionnables et leur régime juridique.

On sait que le Conseil constitutionnel considère qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789, « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » ; le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ; dès lors, sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée » (Cons. const. 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC [🔗](#), AJ pénal 2011. 30, obs. J.-B. Perrier [🔗](#)).

A l'occasion de sa dernière affaire jugée, la CDBF avait été saisie d'une demande de transmission au Conseil d'Etat de la question de la conformité à la Constitution des dispositions des articles 29 et 30 de l'ordonnance du 23 mars 2022 relatifs à son entrée en vigueur (24 nov. 2022, n° 264-865 , QPC, *Régie régionale des transports des Landes [RRTL]*, Gestion et fin. publ. 2023). La personne poursuivie devant la CDBF estimait en effet que le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics constituait une loi répressive plus douce et devrait ainsi faire l'objet d'une application rétroactive. La CDBF avait considéré que cette question ne pouvait être regardée comme dépourvue de caractère sérieux et avait ainsi saisi le Conseil d'Etat, lequel allait toutefois décider de ne pas transmettre la QPC au Conseil constitutionnel au motif, en définitive, que la question ne se posait plus (CE 23 févr. 2023, n° 469199 [🔗](#)). En effet, dès lors que la CDBF avait sursis à statuer en transmettant la QPC quelques semaines avant le 1^{er} janvier 2023, c'était bien désormais la chambre du contentieux de la Cour des comptes qui était exclusivement compétente, laquelle appliquera le nouveau régime de responsabilité mis en oeuvre par l'ordonnance du 23 mars 2022.

Cet épisode contentieux ne pouvait ainsi être d'aucun secours pour la chambre du contentieux, laquelle va analyser avec un remarquable souci du détail cette question difficile de la rétroactivité de la loi pénale plus douce, procédant ainsi à une comparaison particulièrement éclairante pour l'avenir entre les anciennes et les nouvelles dispositions.

De cette analyse, il résulte en premier lieu le constat d'équivalence s'agissant des éléments constitutifs de l'infraction, désormais visée au 3° de l'article L. 131-13 (anciennement art. L. 313-3), à savoir l'engagement d'une dépense sans en avoir le pouvoir ou sans avoir reçu délégation à cet effet ; on peut ainsi en déduire que la jurisprudence de la CDBF rendue sous l'empire des anciennes dispositions est ici transposable.

S'agissant de l'infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens prévue désormais à l'article L. 131-9 transposant l'infraction générale auparavant visée à l'article L. 313-4, la Cour relève que la loi nouvelle est plus exigeante puisqu'une amende ne pourra intervenir qu'après la démonstration d'une faute grave ayant entraîné un préjudice financier significatif ; ces dispositions sont d'applicabilité immédiate dès lors que la mise en cause de la responsabilité de la personne poursuivie est rendue plus difficile, la loi nouvelle étant ainsi plus douce. Il en va de même du plafond de l'amende, lequel a été diminué de moitié par les nouvelles dispositions (3).

La question était plus difficile s'agissant de la combinaison du nouvel article L. 131-12 et de l'ancien article L. 313-6, dispositions relatives à l'infraction constituée par le fait d'avoir procuré, par intérêt personnel direct ou indirect, à autrui, ou à soi-même, un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature.

En l'espèce, l'achat par M^{me} Z. d'un billet d'avion au bénéfice de son conjoint constitue une dépense étrangère à l'objet social d'ALPEXPO engagée au bénéfice d'autrui ; en outre, cette dépense a causé un préjudice à la société, M^{me} Z. ayant agi par intérêt personnel, direct et indirect « s'agissant des avantages qu'elle a procurés à son conjoint, avec lequel elle entretient un lien suffisant pour établir l'existence d'un tel intérêt ».

La Cour relève toutefois que le nouvel article évoque l'avantage injustifié à soi-même, ce qui n'était pas le cas auparavant. Selon le parquet, cette innovation devait être considérée comme sans incidence sur l'applicabilité des dispositions nouvelles dès lors que l'avantage procuré à soi-même pouvait être poursuivi au titre de l'infraction générale (Anc. art. L. 313-4) tirée de la violation de règles en matière d'exécution des dépenses. La Cour ne va toutefois pas suivre le parquet sur ce point : « le nouvel article L. 131-12 [...] décrit une infraction qui présente les caractéristiques d'une loi complexe, modifiant la loi ancienne sur deux points non divisibles de sens opposé. Au cas d'espèce, l'extension, portée par l'ordonnance précitée de l'infraction aux avantages indus procurés à soi-même, ne peut avoir de portée rétroactive et s'appliquer à des faits survenus avant le 1^{er} janvier 2023 ».

II - Une dirigeante « de fait » incluse parmi les justiciables

La rédaction de l'article L. 131-1 du CJF, désormais applicable, est directement inspirée de l'ancien article L. 312-1 qui énumérait les personnes justiciables de la CDBF. La seule modification entre les deux listes est constituée par l'extension des justiciables aux membres des cabinets des organes exécutifs des collectivités territoriales. Le 3^o de l'article L. 131-1 reconnaît ainsi la justiciabilité de « tout représentant, administrateur ou agent des autres 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 ».

S'agissant tout d'abord des deux présidents-directeurs généraux successifs de la société ALEXPO, point de difficulté. En effet, la Cour relève qu'ils ont exercé *de jure* les fonctions de directeur général de la société d'économie mixte, fonctions qui leur conféraient de manière exclusive la qualité de mandataire social. A ce titre, il leur revenait de représenter la société vis-à-vis des tiers, notamment dans les actes de la vie courante et lors de la signature de contrats ainsi que la capacité juridique d'engager juridiquement et financièrement la société. Ainsi, leur qualité de justiciable ne faisait pas de doute.

D'ailleurs, dans son réquisitoire introductif du 16 mai 2019, le parquet n'avait mis en cause nommément que les deux présidents-directeurs généraux successifs de la société ALPEXPO et non la personne qualifiée de « directrice de fait » (ci-dessous M^{me} Z.) qui sera finalement la seule sanctionnée, argument évidemment soulevé par la défense. Cette apparente difficulté procédurale sera aisément surmontée par la Cour qui précise que « le ministère public n'est pas tenu de citer nommément les personnes susceptibles d'être mises en cause. Il peut, dans ses réquisitions, faire état des responsabilités encourues par des personnes dénommées, ou toutes autres personnes qui auraient participé aux irrégularités constatées », précaution qui avait utilement été prise par le parquet dans le réquisitoire introductif.

Une question plus sérieuse se posait toutefois dans la mesure où M^{me} Z. n'avait aucun lien juridique avec la société ALPEXPO et que l'on était ainsi en droit de s'interroger sur sa justiciabilité. En effet, ALPEXPO n'était engagée qu'avec une société privée (MCG Managers) dans le cadre d'un contrat de prestation de service ayant pour objet la « mise à disposition de prestations de services en management de transition ». Comme le souligne la Cour, le contrat conclu par la société ALEXPO « ne conférait pas à l'intervenante la capacité juridique d'engager juridiquement et financièrement la société » dans la mesure où M^{me} Z. n'était liée qu'avec la société privée prestataire de services.

La Cour souligne qu'il n'a jamais été conclu ni convention tripartite entre ces sociétés et M^{me} Z., ni contrat de travail entre elle et la société ALPEXPO, ni convention d'aucune sorte l'habilitant à se substituer au mandataire social dans les actes de la vie de cette société d'économie mixte, ou précisant les dépenses qu'elle était autorisée à engager en tant que « manager intervenant ». Au surplus, le contrat de management de transition n'avait pas été soumis au conseil d'administration, lequel n'avait donc pas autorisé la signature dudit contrat, ce qui permet d'exclure toute désignation implicite.

Ainsi, alors même que M^{me} Z. était seulement missionnée par son employeur auprès de la société ALPEXPO et qu'elle n'avait pas de lien juridique avec cette dernière, elle a pourtant signé, au nom de la société ALPEXPO, des contrats de travail et des marchés et, par suite, s'est comportée en « directrice générale de fait » de la SPL. C'est en cette qualité qu'elle est retenue parmi les justiciables. Et, par un intéressant retournement de raisonnement, c'est précisément ce défaut de qualité juridique de dirigeante de la SPL qui va entraîner sa condamnation pour avoir agi comme une dirigeante de droit.

La Cour fait ainsi preuve d'une légitime audace, un tel précédent n'ayant pu, à notre connaissance, être trouvé dans la jurisprudence antérieure de la CDBF.

III - Une caractérisation stricte des infractions

S'inspirant des dispositions antérieures applicables à la CDBF, l'ordonnance du 23 mars 2022 a fixé la liste des infractions (CJF, art. L. 131-9 à L. 131-15) susceptibles d'entraîner le prononcé d'une amende. De nombreuses questions restent toutefois non résolues et soumises ainsi à la seule appréciation du juge, suscitant une certaine appréhension des gestionnaires publics.

La présente espèce offre ainsi l'occasion à la Cour des comptes d'affirmer pleinement son rôle de juge répressif en éclairant les conditions dans lesquelles elle entend faire application du nouveau dispositif.

A. L'engagement irrégulier de dépenses

L'article L. 313-3 du CJF dans son ancienne rédaction sanctionnait déjà le fait pour un justiciable d'avoir engagé une dépense, sans en avoir le pouvoir ou sans avoir reçu délégation à cet effet. La Cour confirme que les termes de l'infraction reprise par le 3^o de l'article L. 131-13 demeurent équivalents, dès lors, en outre, que cette disposition ne prévoit aucune condition supplémentaire tirée de la gravité de la faute ou de l'existence d'un préjudice financier significatif.

Dès lors que M^{me} Z. ne disposait d'aucune capacité juridique pour engager financièrement la société ALPEXPO, qu'aucune stipulation contractuelle ou délibération du conseil d'administration ne lui avait conféré le pouvoir de conclure des contrats ou d'engager des dépenses au nom de la société, elle « a enfreint la règle en vertu de laquelle les dépenses d'un organisme ne peuvent être engagées que par les personnes juridiquement habilitées à le faire selon les règles applicables à l'organisme concerné ». L'infraction visée à l'article L. 131-13, 3^o est ainsi constituée et c'est bien sur ce fondement qu'interviendra le prononcé de l'amende.

B. La violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses

L'article L. 131-9 du CJF reprend l'infraction « générale » prévue à l'ancien article L. 313-4 qui avait donné lieu à une très large application par la CDBF, en l'assortissant toutefois de conditions nouvelles de mise en oeuvre : tout gestionnaire public qui commet une faute grave ayant causé un préjudice financier significatif engage sa responsabilité en cas d'infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens de l'Etat, des collectivités, établissements et organismes mentionnés à l'article L. 131-1.

En l'espèce, les deux présidents-directeurs généraux, successifs de la société ALPEXPO étaient, comme le reconnaît la Cour, investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société et pour la représenter dans ses rapports avec les tiers et il leur incombait, à l'évidence, un devoir général d'organisation, de contrôle et de surveillance ; le parquet avait en outre insisté sur la responsabilité des intéressés dans le désordre constaté dans la conservation des documents comptables ne permettant pas d'établir avec certitude le montant de la dette de M^{me} Z.,

l'absence de diligence en vue du recouvrement de cette dette, l'absence d'établissement d'une lettre de mission pour M^{me} Z. ainsi que le non-respect de certaines dispositions réglementaires en matière de commande publique.

Le présent arrêt donne à la Cour des comptes l'occasion de préciser deux points essentiels sur la notion même de règles, dont la violation est alléguée, et sur la détermination du préjudice financier.

1. Violation de règles

La notion de « règles » avait fait l'objet d'une application très large par la CDBF qui considérait que celles-ci incluaient bien entendu les lois et règlements mais s'étendaient également au statut de l'organisme en cause, à ses règles internes, aux conventions qui le liaient, etc. S'agissant d'entreprises publiques ou d'organismes de droit privé soumis au contrôle de la Cour des comptes ou des CRC, la notion de recettes et de dépenses était entendue, en dehors de toute référence aux règles de la comptabilité publique, en fonction des activités propres de ces organismes (CDBF 11 déc. 1980, *Lacour, Caisse centrale de coopération économique*, Rec. CDBF tome I. 180). La CDBF était allée loin dans cet exercice, stigmatisant par exemple la violation de simples « usages prudentiels » (CDBF 24 févr. 2006, n° 152-404-II, *Henin, Haberer et Paquin c/ Société Altus France*, Lebon T. [📄](#) ; AJDA 2006. 461 [📄](#) ; et 1249 [📄](#), étude N. Groper et C. Michaut [📄](#) ; RFDA 2006. 624, note M. Lascombe et X. Vandendriessche [📄](#) ; Rev. Trésor 2006. 910 ; CE 16 janv. 2008, n° 292790, *Haberer*, Lebon 6 [📄](#) ; AJDA 2008. 1000 [📄](#), note M. Collet [📄](#) ; Rec. C. comptes 99 ; AJDA 2008. 100, note Collet ; Rev. Trésor 2008. 380 ; JCP Adm. 2008. 2173, note Gaté ; RJEP août-sept. 2008. 12, n° 656) ou de « principes traditionnels et constants qui sont la base d'une bonne gestion industrielle et commerciale » (CDBF 25 juill. 2008, n° 161-569, *France Télécom*, Lebon T. 533 [📄](#) ; AJDA 2008. 2435 [📄](#), chron. N. Groper et C. Michaut [📄](#) ; Rev. sociétés 2008. 858, note M. Degoffe [📄](#) ; Rec. C. comptes 82 ; RJEP janv. 2009. 17, n° 660 ; Dr. adm. 2009. 31, note M. Bazex et S. Blazy ; Gestion et fin. publ. 2011. 388 ; CDBF 9 oct. 2020, n° 243-828, *Fonds de solidarité*, AJDA 2021. 616 [📄](#), chron. D. Guilbaud et N. Péhau [📄](#) ; Rec. C. comptes 187 ; Gestion et fin. publ. 2020, n° 6, p. 165).

Dans la présente espèce, la chambre du contentieux se place résolument dans les pas de la jurisprudence englobante de la CDBF. En effet, aux termes des dispositions des articles L. 1522-1 et L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, les sociétés d'économie mixte et les SPL sont des sociétés anonymes régies, sauf dispositions expresses contraires, par le livre II du code de commerce. En outre, selon les articles 19 et 24.1 de ses statuts, dans leurs versions successivement applicables au moment des faits, la direction générale de la société ALPEXPO était assurée soit par le président du conseil d'administration soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. C'est donc en violation de l'ensemble de ces « règles » qu'a pu se déployer l'activité de M^{me} Z.

Ainsi, outre le fait que M^{me} Z. a irrégulièrement engagé diverses dépenses au nom de la société ALPEXPO, la Cour relève qu'elle a également exposé des dépenses personnelles de loisirs, donc étrangères à l'objet social de la société et qu'elle a bénéficié de double paiement de ses frais de déplacement entre son domicile et le siège de la société ALPEXPO. D'évidence, ces opérations constituent une violation des règles d'exécution des dépenses de la société ALPEXPO.

Reste que l'article L. 131-9 du CJF est désormais plus exigeant que ne l'était son homologue antérieur (Art. L. 313-4) puisqu'il fixe l'exigence de rapporter la preuve d'une faute grave ayant entraîné un préjudice financier significatif.

2. Préjudice financier significatif

Il ne suffit pas, pour engager la responsabilité financière d'un gestionnaire public, qu'une violation des règles d'exécution des recettes et des dépenses soit constatée ; encore convient-il désormais que cette infraction ait occasionné un préjudice financier significatif à l'organisme en cause.

La relative indétermination de cette notion a suscité, et suscite encore, de nombreuses interrogations tant le texte reste imprécis dans la détermination de ses contours, s'en remettant au juge pour en fixer les modalités de mise en oeuvre. La présente espèce fournit ainsi des premières indications à cet égard qui devraient contribuer à rassurer, du moins en partie, les gestionnaires publics.

D'un point de vue méthodologique, la chambre du contentieux doit tout d'abord établir l'existence d'un préjudice subi par l'organisme public : dépenses indues, recettes non recouvrées, gains non recherchés. En l'espèce, le montage juridique imaginé par la société ALPEXPO (le contrat de management de transition aux lieu et place du recrutement d'un directeur général), les opérations réalisées par M^{me} Z. (signature de contrats et marchés, recrutement de personnel) ont-ils entraîné un préjudice au détriment de la société ?

Le parquet en était convaincu, estimant que le préjudice était constitué par le montant des honoraires versés par la société ALPEXPO à MCG Managers dans le cadre de l'exécution du contrat et par le total des dépenses dont M^{me} Z. serait encore redevable, que le ministère public évaluait à une somme qui n'était pas inférieure à 12 000 €. Il ajoutait que le préjudice était corroboré par les résultats financiers dégradés de la société ALPEXPO.

La Cour ne va toutefois pas suivre le parquet sur ce point car elle considère qu'« il demeure impossible d'apprécier le montant des sommes dont M^{me} Z. serait restée redevable » et qu'« il n'est pas suffisamment démontré que l'exécution du contrat [...] ait constitué une dépense ayant contribué à aggraver le résultat financier de la société ALPEXPO ». La Cour retient même, à titre de circonstance atténuante de la responsabilité de M^{me} Z., son importante contribution personnelle à la gestion de la société ALPEXPO.

Une interprétation trop rapide de cette appréciation pourrait conduire à penser que la Cour a renoncé à identifier le préjudice au seul motif que celui-ci n'était pas chiffrable et strictement mesurable. Il y aurait là manifestement une faille dans le dispositif car il suffirait finalement aux personnes poursuivies d'avoir empêché le chiffrage du préjudice, par exemple en organisant un désordre comptable, pour interdire à la Cour de prononcer l'amende. Ce n'est toutefois pas ce qu'indique la Cour qui ne fait pas du chiffrage du préjudice une condition de son identification. Exerçant pleinement son rôle de juge répressif, elle considère que la preuve de l'existence même d'un préjudice n'a pas été rapportée. Ainsi, l'un des éléments constitutifs de l'infraction était absent et aucune sanction ne pouvait intervenir. Le juge applique ainsi un principe classique du droit répressif qui exige une interprétation stricte des incriminations. Dès lors que la preuve n'était pas rapportée de l'existence même d'un préjudice, l'infraction ne pouvait être considérée comme étant constituée. Il n'est donc pas question ici de chiffrage du préjudice mais d'identification de celui-ci.

Cette position de la chambre du contentieux fait écho à la jurisprudence antérieure de la Cour relative à la détermination de l'existence d'un préjudice financier pour la fixation d'une somme non rémissible. Lorsque le juge des comptes estimait que le comptable avait méconnu les obligations qui lui incombait, il lui appartenait de déterminer si ce manquement avait causé un préjudice financier à l'organisme public concerné et d'évaluer l'ampleur du préjudice subi ; il devait, à cette fin, d'une part, rechercher s'il existait un lien de causalité entre le préjudice et le manquement, à la date où ce dernier avait été commis et, d'autre part, apprécier l'existence et le montant du préjudice à la date à laquelle il statuait en prenant en compte, le cas échéant, des faits postérieurs au manquement tels qu'un éventuel reversement dans la caisse du comptable de sommes correspondant à des dépenses irrégulièrement payées ou à des recettes non recouvrées (CE 22 févr. 2017, n° 397924 [R](#), *Grand port maritime de Rouen*, Lebon T. [R](#) ; AJDA 2017. 438 [R](#) ; Rec. C. comptes 255 ; JCP Adm. 2017. 174 ; et 2139, note P. Grimaud et O. Villemagne ; Gestion et fin. publ. 2017, n° 4, p. 133).

Enfin, dès lors que la preuve n'était pas rapportée de l'existence d'un préjudice subi par la société ALPEXPO, le juge ne s'interroge pas, à l'évidence, sur son caractère significatif. A noter toutefois que dans la présente affaire, le parquet avait proposé d'apprécier le caractère significatif à l'aune de l'entité qu'était la direction générale, de fait assurée par M^{me} Z., en procédant à une comparaison entre le coût du contrat signé avec la rémunération classique d'un directeur général et en prenant en considération les résultats financiers dégradés de la société ALPEXPO.

La jurisprudence ultérieure de la Cour aura donc la tâche de déterminer les critères d'appréciation du caractère significatif du préjudice subi par l'organisme en cause.

C. Les carences graves dans les contrôles

L'article L. 131-10 prévoit une sanction spécifique à l'égard de toute personne occupant un emploi de direction au sein de l'un des organismes relevant du champ de compétence de la Cour qui, dans l'exercice de ses fonctions, cause à cet organisme un préjudice financier significatif par des agissements manifestement incompatibles avec les intérêts de celui-ci, par des carences graves dans les contrôles qui lui incombent ou par des omissions ou négligences répétées dans son rôle de direction.

Reste que la Cour ne disposait pas de la possibilité de mobiliser cette infraction dès lors que celle-ci n'avait pas été reprise par la décision de renvoi du ministère public.

En effet, la procédure, telle qu'elle est fixée désormais aux articles L. 142-1-4 et suivants du CJF, confirme le monopole des poursuites dont est investi le ministère public. La Cour avait déjà confirmé que la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement est un principe fondamental de l'organisation des juridictions financières, le ministère public a le monopole des poursuites, la saisine de la juridiction étant subordonnée à sa décision (C. comptes 16 oct. 2015, n° 72739, *Autorité de régulation des activités ferroviaires*, AJDA 2016. 658 [📄](#), chron. S. Gaillard et J. Goubault [📄](#) ; Rec. C. Comptes 118 ; Gestion et fin. publ. 2016, n° 2, p. 139). L'enclenchement de la procédure contentieuse est subordonné à une décision du représentant du ministère public, prenant la forme d'un réquisitoire ; dans ce cadre organisé dans le respect des exigences d'un procès équitable et du caractère contradictoire de la procédure, le juge ne peut statuer que sur les éléments retenus par le ministère public, éventuellement étendus par un réquisitoire supplétif (C. comptes 28 mars 2019, n° 2019-0767, *Commune de Chambéry*, Rec. Comptes 62 ; Gestion et fin. publ. 2019, n° 4, p. 127, CE 17 oct. 2019, n° 416814 ; Rec. Comptes 243 ; Gestion et fin. publ. 2019, n° 6, p. 174. C. comptes 31 juill. 2020, n° 2020-1256, *Institut d'études politiques de Lille*, Gestion et fin. publ. 2020, n° 6, p. 163). Du reste, le Conseil constitutionnel avait lui-même validé le monopole des poursuites confié au ministère public (Cons. const. 5 juill. 2019, n° 2019-795 QPC [📄](#), *Commune de Sainte-Rose*, AJDA 2019. 1425 [📄](#) ; Constitutions 2019. 437 [📄](#) ; Rec. C. comptes 231 ; Gestion et fin. publ. 2019, n° 4, p. 128).

Il n'était donc pas possible pour la Cour de rechercher la responsabilité des deux présidents-directeurs généraux successifs de la société ALPEXPO, ce qui n'enlève rien à la dimension particulièrement pédagogique de l'arrêt qui stigmatise leurs carences dans leurs fonctions de direction et de contrôle.

La présente espèce n'était certainement pas la plus simple ou la plus éclairante pour mettre en oeuvre le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics. Reste que la Cour des comptes, en s'emparant des nouvelles dispositions, a ici pleinement exercé son rôle de juge répressif, ce qui augure d'un développement tout autant serein que vigilant du système unifié de responsabilité financière des gestionnaires publics.

(1) Il faut ici regretter le recours à une ordonnance de l'article 38 C. dès lors que cette question essentielle de la responsabilité des gestionnaires publics n'a pu faire l'objet d'un débat public ; elle prive par ailleurs les acteurs de la connaissance de l'intention du législateur.

(2) Le Parquet général près la Cour des comptes a fait appel de cet arrêt le 20 juillet 2023.

(3) L'article L. 313-1, dans son ancienne rédaction, prévoyait un montant maximal équivalent au traitement ou salaire brut annuel alloué à la date à laquelle le fait a été commis ; l'article L. 131-16 du CJF fixe désormais ce montant à six mois de rémunération annuelle de la personne faisant l'objet de la sanction à la date de l'infraction.

AJDA

AJDA 2024 p.69

Premier arrêt de la cour d'appel financière**Arrêt rendu par Cour d'appel financière**

12-01-2024

n° 2024-01

Sommaire :

La première décision rendue par la chambre du contentieux de la Cour des comptes après la réforme de la responsabilité des gestionnaires publics (C. comptes 11 mai 2023, n° S-2023-0604, *Société Alpexpo*, AJDA 2023. 1511 , note X. Vandendriessche  ; AJCT 2023. 512, obs. G. Durand  ; et 326, étude C. Pierucci ) a été confirmée en tous points par le premier arrêt de la cour d'appel financière, lu le 12 janvier. C'est le parquet général qui avait fait appel *a minima*, jugeant trop faible l'amende prononcée contre l'une des personnes poursuivies et contestant la relaxe des deux autres.

L'affaire concernait une société d'économie mixte (SEM), Alpexpo. La Cour avait été amenée à juger une dirigeante de fait et deux anciens présidents de la SEM. M^{me} Z., salariée de la société MCG Managers, avait été mise à disposition d'Alpexpo, comme « manager de transition ». Et, sans avoir de lien juridique avec la SEM, elle s'était comportée comme sa dirigeante, effectuant des opérations bancaires, signant des contrats de travail et des marchés. Outre cette irrégularité de principe, il lui était également reproché d'avoir fait bénéficier elle-même et son conjoint d'avantages personnels. La Cour des comptes l'avait condamnée à une amende de 3 500 € pour les avantages procurés à son conjoint, mais avait jugé que le nouvel article L. 131-12 du code des juridictions financières, qui incrimine le fait pour le gestionnaire public de s'octroyer un avantage à lui-même, ne pouvait pas être appliqué à des faits antérieurs au 1^{er} janvier 2023.

Le préjudice n'était pas significatif

Cette analyse est partagée par la cour d'appel financière. « Il résulte des dispositions du code des juridictions financières antérieures au 1^{er} janvier 2023 [...], telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière, que si, avant le 1^{er} janvier 2023, l'octroi d'un avantage à soi-même pouvait résulter d'une infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses et constituer, par suite, une circonstance aggravante de l'infraction définie à l'article L. 313-4, un tel agissement ne constituait pas, en lui-même, une infraction punissable sur le fondement des dispositions de ce code. Eu égard à sa nouveauté, l'infraction créée par l'article L. 131-12 [...] ne peut, par suite, [...], s'appliquer à des faits commis avant son entrée en vigueur. »

Aux présidents successifs de la SEM, il était reproché un défaut de surveillance des agissements de M^{me} Z. La chambre du contentieux les a relaxés au motif que le caractère significatif du préjudice subi par Alpexpo n'était pas démontré. Sur ce point, la cour d'appel financière considère que sans « qu'il soit nécessaire d'établir le montant exact du préjudice financier éventuel, l'ordre de grandeur de ce préjudice doit être évalué avec une précision suffisante pour pouvoir ensuite être apprécié au regard des éléments financiers de l'entité ou du service concerné. Lorsque, par ailleurs et comme en l'espèce, cette entité ou ce service n'est pas tenu d'établir et d'approuver un budget, il convient de se référer aux éléments financiers pertinents selon le régime juridique et comptable applicable à cette entité ou à ce service, tels notamment ceux qui ressortent du bilan ou du compte de résultat. Il appartient au juge de fonder sa décision sur les pièces apportées au cours de la procédure et contradictoirement discutées devant lui ».

Or, le préjudice retenu par la Cour s'élève à environ 15 000 €. Rapporté au chiffre d'affaires de la société, d'environ 6 M€, il ne peut pas être considéré comme significatif.

Marie-Christine de Montecler

Texte intégral :

Au nom du peuple français

La Cour d'appel financière, siégeant en audience publique, a rendu l'arrêt suivant :

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure

La chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes a déféré le 31 octobre 2018 au procureur général près la Cour des comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière, des faits laissant présumer d'irrégularités dans la gestion financière de la société Alpexpo.

Par un réquisitoire introductif du 16 mai 2019 et un réquisitoire supplétif du 20 mai 2022, le ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière a saisi cette juridiction de cette affaire.

Par une décision du 18 janvier 2023, le procureur général près la Cour des comptes a renvoyé MM. X. et Y., mis en cause par lettres recommandées du 25 septembre 2019, et M^{me} Z., mise en cause par lettre recommandée du 11 avril 2022, devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes.

Par un arrêt n° S-2023-0604 du 11 mai 2023, la chambre du contentieux de la Cour des comptes a condamné M^{me} Z., dirigeante de fait de la société Alpexpo, à une amende de 3 500 € et relaxé MM. X. et Y., dirigeants de droit successifs de cette société durant la période non couverte par la prescription, des fins des poursuites.

Procédure devant la cour d'appel financière

Par une requête enregistrée le 7 juillet 2023, le procureur général près la Cour des comptes, ministère public près la cour d'appel financière, demande à la Cour :

1°) d'infirmier l'arrêt du 11 mai 2023 en tant qu'il ne condamne M^{me} Z. qu'au versement d'une amende de 3 500 € et de porter cette amende au montant de 5 000 € ;

2°) d'annuler l'arrêt du 11 mai 2023 en tant qu'il prononce la relaxe de MM. X. et Y. et de condamner M. X. à une amende de 2 500 € et M. Y. à une amende de 1 500 €.

Le procureur général soutient que :

en tant qu'il a statué sur les faits reprochés à M^{me} Z., l'arrêt attaqué est entaché d'erreur de droit en ce qu'il a écarté l'application rétroactive des dispositions de l'article L. 131-12 du code des juridictions financières incriminant

l'avantage injustifié procuré à soi-même ;

en tant qu'il a statué sur les faits reprochés à MM. X. et Y., c'est à tort que l'arrêt attaqué a estimé que l'infraction définie à l'article L. 131-9 du code des juridictions financières - applicable aux faits de l'espèce en vertu du principe de rétroactivité « *in mitius* » - n'était pas constituée dès lors que ne serait pas établie l'existence d'un préjudice financier significatif résultant de fautes graves dans la gestion de la société Alpexpo.

Par deux mémoires en défense enregistrés les 11 août et 11 octobre 2023, M. Y. conclut au rejet de la requête et à la confirmation de l'arrêt attaqué en tant qu'il l'a relaxé des fins de la poursuite. Il fait valoir que les moyens soulevés par le procureur général près la Cour des comptes ne sont pas fondés.

Par un mémoire enregistré le 27 septembre 2023, le ministère public a présenté des observations en réplique.

Par un mémoire en défense enregistré le 11 décembre 2023, M. X. conclut au rejet de la requête et à la confirmation de l'arrêt attaqué en tant qu'il l'a relaxé des fins de la poursuite. Il fait valoir que les moyens soulevés par le procureur général près la Cour des comptes ne sont pas fondés.

Vu les pièces de la procédure de première instance ;

Vu l'ordonnance de règlement de M. Tanneguy Larzul, membre de la Cour chargé du supplément d'information ;

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la Constitution ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022, notamment ses articles 29 et 30 ;
- le code des juridictions financières ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience.

Entendu au cours de l'audience publique :

- le membre de la Cour chargé du supplément d'information ;
- le procureur général en ses conclusions ;
- M^{me} Z., Maître Jorquera pour M. X. et Maître Scrmier pour M. Y. ayant été invités à présenter leurs explications et observations, les parties ayant eu la parole en dernier ;

Après avoir entendu au cours du délibéré, M. Jean-Claude Hassan, réviseur, en ses observations ;

Après en avoir délibéré ;

Considérant ce qui suit :

1. La société Alpexpo, constituée d'abord sous la forme de société d'économie mixte locale au sens de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, devenue ensuite une société publique locale au sens de l'article L. 1531-1 du même code, sous les dénominations de Société d'amélioration et d'exploitation des biens de Grenoble et de l'agglomération puis de Société Alpexpo, a pour activité l'exploitation commerciale d'un site né des Jeux olympiques de Grenoble de 1968 et de ses équipements. Elle a fait l'objet d'un contrôle de la chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes à l'issue duquel la Cour de discipline budgétaire et financière a été saisie de faits susceptibles de constituer des infractions sanctionnées par cette juridiction. Par un arrêt du 11 mai 2023, la chambre du contentieux de la Cour des comptes, à laquelle cette affaire a été transmise conformément au II de l'article 30 de l'ordonnance du 23 mars 2022 susvisée, a condamné M^{me} Z., dirigeante de fait de la société Alpexpo, à une amende de 3 500 € et relaxé MM. X. et Y., dirigeants de droit successifs de cette société, des fins des poursuites. Le procureur général près la Cour des comptes relève appel de cet arrêt par une requête du 7 juillet 2023.

Sur la régularité de l'arrêt attaqué

2. Si le procureur général appelant soutient que l'arrêt attaqué serait insuffisamment motivé sur plusieurs points, contrairement aux exigences de l'article R. 142-3-13 du code des juridictions financières, il ne conclut pas qu'il devrait, pour ce motif, être annulé.

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué

En ce qui concerne M^{me} Z :

3. Il ressort de l'instruction qu'un contrat de prestation de services a été conclu le 14 février 2012 entre M. X., alors président directeur général de la société Alpexpo, et le directeur général de la société MCG Managers. Ce contrat, après avoir énoncé que le « budget [de la société] est d'environ 9 M€ et [qu'elle] emploie un peu plus de 30 salariés », fait le constat partagé que : « [...] à l'aube de l'année 2012, la SAEM [société anonyme d'économie mixte] Alpexpo se retrouve sans direction opérationnelle, avec une situation sociale lourde, une image qui semble dégradée et des incertitudes pour le futur ». Ce contrat définit la mission du « manager MCG Intervenant » comme couvrant « l'ensemble des composantes d'une direction générale ». Il stipule ensuite que M^{me} Z., « Manager Intervenant », « assurera la conduite de la mission chez le Client » et désigne également un « Manager Encadrant » qui « assurera l'encadrement de la mission ». Ce contrat fixe enfin à 22 000 € (HT) par mois le montant des honoraires « pour les travaux du Manager MCG Intervenant décrits [...] et la mise à disposition de l'ensemble du dispositif MCG Managers (ressources, compétences, savoir-faire, expériences,...) » et mentionne, au titre des frais complémentaires pris en charge par la société Alpexpo, « les frais du Manager MCG Intervenant dans le cadre de sa mission : avion, train, péage, parking, taxi, repas, hôtels,... ». Ce contrat a été prolongé à plusieurs reprises - l'avenant n° 2 en date du 1^{er} novembre 2012 ayant complété cette dernière énumération par un élément nouveau : « hébergement à but professionnel sur Grenoble » - et a pris fin le 26 février 2015. Il y a lieu enfin de relever que, dans le contrat de travail à durée indéterminée signé le 2 mars 2012 entre la société MCG Managers et M^{me} Z., l'article 13, qui traite notamment des « frais de déplacement domicile/travail » stipule : « Les frais engagés pour vous rendre sur le lieu de la mission (Trajet Domicile-Travail, Hébergement, Repas, Téléphone...) seront couverts sur présentation des justificatifs par la SAEM Alpexpo. La SAEM Alpexpo s'engage à apporter son soutien pour la mise à disposition d'un lieu d'hébergement lequel sera mis à la disposition de l'intervenant. / Sur la base forfaitaire mensuelle plafonnée à 1 800 €, une indemnisation dite de "panier" pour éloignement vous sera attribuée forfaitairement ».

4. Il ressort également de l'instruction que M^{me} Z., pour l'exécution de ce contrat de prestation de services auquel elle

n'était pas directement partie, a reçu de M. X. puis de son successeur M. Y., une procuration pour effectuer des opérations sur les comptes bancaires de la société Alpexpo, alors qu'elle ne disposait pas de délégation de pouvoir ni de délégation de signature l'autorisant à engager la société. C'est dans ce cadre que M^{me} Z. a engagé des dépenses étrangères à l'objet social de la société, soit au bénéfice de son conjoint, soit au sien propre. La chambre du contentieux a jugé, par l'arrêt attaqué, qui n'est pas contesté sur ce point, que l'engagement de dépenses au bénéfice de son conjoint était constitutif de l'infraction d'avantage injustifié procuré à autrui, tant au sens de l'ancien article L. 313-6 du code des juridictions financières qu'à celui de son nouvel article L. 131-12. La chambre du contentieux a, en revanche, jugé que les dépenses engagées par M^{me} Z. pour son profit personnel, de 12 500 € environ, ne pouvaient être incriminées ni sur le fondement de l'article L. 313-6, ni sur celui du nouvel article L. 131-12.

5. En vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. » Il découle de ce principe la règle selon laquelle la loi répressive nouvelle ne peut s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur et doit, lorsqu'elle abroge une incrimination ou prévoit des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux auteurs d'infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des décisions devenues irrévocables.

6. En premier lieu, aux termes de l'article L. 313-6 du code des juridictions financières, en vigueur à l'époque des faits : « Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 300 € et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction. » L'article L. 313-4 du même code, en vigueur à l'époque des faits, disposait : « 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'Etat 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. »

7. En second lieu, aux termes de l'article L. 131-12 du code des juridictions financières entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023 : « 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, est passible des sanctions prévues à la section 3. » L'article L. 131-9 du même code, entré en vigueur à la même date, dispose : « Tout justiciable au sens de l'article L. 131-1 qui, par une infraction aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens de l'Etat, des collectivités, établissements et organismes mentionnés au même article L. 131-1, commet une faute grave ayant causé un préjudice financier significatif, est passible des sanctions prévues à la section 3. »

8. Il résulte des dispositions du code des juridictions financières antérieures au 1^{er} janvier 2023 mentionnées au point 6, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière, que si, avant le 1^{er} janvier 2023, l'octroi d'un avantage à soi-même pouvait résulter d'une infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses et constituer, par suite, une circonstance aggravante de l'infraction définie à l'article L. 313-4, un tel agissement ne constituait pas, en lui-même, une infraction punissable sur le fondement des dispositions de ce code. Eu égard à sa nouveauté, l'infraction créée par l'article L. 131-12 cité au point 7 ne peut, par suite, et pour le motif exposé au point 5, s'appliquer à des faits commis avant son entrée en vigueur.

9. Il résulte de ce qui précède que le ministère public appelant n'est pas fondé à se plaindre de ce que, par l'arrêt

attaqué, la chambre du contentieux de la Cour des comptes a écarté tout caractère rétroactif à l'article L. 131-12 du code des juridictions financières, en tant qu'il porte sur les avantages injustifiés procurés à soi-même.

En ce qui concerne MM. X. et Y. :

10. Il ressort de l'instruction qu'étaient présidents-directeurs généraux successifs de la société Alpexpo, M. X. jusqu'au 27 mai 2014 et M. Y. du 28 mai 2014 au 20 août 2017, tous deux investis aux termes des statuts de la société « des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ». La décision de renvoi du 18 janvier 2023 susvisée considère comme éléments constitutifs d'une infraction qui leur est à chacun imputable, quoiqu'à des degrés moindres, le défaut de surveillance sur les agissements d'un agent de fait qui a favorisé le désordre dans la tenue des documents comptables, le défaut de recouvrement de la dette à l'encontre de M^{me} Z., le défaut d'exécution du contrat de management de transition et des achats réalisés en méconnaissance des règles de la commande publique. La chambre du contentieux, sans statuer sur la réalité et la gravité des fautes alléguées, a relaxé, par l'arrêt attaqué, MM. X. et Y. des fins des poursuites, au motif que le préjudice financier et son caractère significatif, au sens de l'article L. 131-9, n'étaient pas établis.

11. Pour les motifs exposés par les premiers juges au point 51 de leur arrêt et qui ne sont pas contestés, les divers manquements imputés à MM. X. et Y. dans leur gestion de la société Alpexpo doivent être appréciés au regard des dispositions de l'article L. 131-9 du code des juridictions financières mentionnées au point 7 et entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

12. Les dispositions de cet article imposent, pour entrer en sanction, que les fautes incriminées aient causé un « préjudice financier significatif ». Aux termes du troisième alinéa de l'article 131-9 : « Le caractère significatif du préjudice financier est apprécié en tenant compte de son montant au regard du budget de l'entité ou du service relevant de la responsabilité du justiciable. » Sans qu'il soit nécessaire d'établir le montant exact du préjudice financier éventuel, l'ordre de grandeur de ce préjudice doit être évalué avec une précision suffisante pour pouvoir ensuite être apprécié au regard des éléments financiers de l'entité ou du service concerné. Lorsque, par ailleurs et comme en l'espèce, cette entité ou ce service n'est pas tenu d'établir et d'approuver un budget, il convient de se référer aux éléments financiers pertinents selon le régime juridique et comptable applicable à cette entité ou à ce service, tels notamment ceux qui ressortent du bilan ou du compte de résultat. Il appartient au juge de fonder sa décision sur les pièces apportées au cours de la procédure et contradictoirement discutées devant lui.

13. A cet égard, et en premier lieu, le ministère public n'établit pas, en se bornant à énumérer le montant des dépenses afférentes « aux contrats passés en méconnaissance des règles de la commande publique », que ces dépenses auraient pu être moindres - dans des proportions qu'au demeurant, il ne précise pas - si ces règles avaient été respectées.

14. En deuxième lieu, si le total des honoraires versés à la société MCG Managers a été nettement supérieur au coût global de la rémunération d'un directeur général, il résulte, d'une part, des termes du contrat qui s'est prolongé sur trois années que les prestations de MCG Managers ne comprenaient pas que la seule mise à disposition de M^{me} Z. ainsi qu'il est exposé au point 3. Le ministère public ne soutient pas, d'autre part et en tout état de cause, que le recours à un management de transition et sa prolongation sur trois années aient constitué une faute de gestion, ni davantage que les honoraires versés par la société Alpexpo ne correspondaient pas aux prestations rendues.

15. En troisième lieu, si les divers manquements allégués des dirigeants de droit pourraient être regardés comme ayant permis l'octroi à M^{me} Z. et son conjoint de divers avantages irréguliers, le préjudice financier qui en serait résulté ne paraît pas dépasser un ordre de grandeur de 15 000 €. Ce montant ne revêt pas de caractère significatif au regard des différents éléments figurant dans les comptes annuels attestés par les rapports du commissaire aux comptes, dont il ressort que le chiffre d'affaires annuel moyen de la société Alpexpo a dépassé 6 M€ sur la période en cause et que le

montant des charges d'exploitation annuelles de la société a évolué sur la même période de 8,8 M€ à 6,7 M€.

16. Il résulte de ce qui précède que le ministère public n'est pas fondé, par les arguments qu'il invoque à l'appui des moyens qu'il soulève, à soutenir que c'est à tort que, par l'arrêt attaqué, la chambre du contentieux de la Cour des comptes a estimé, en ce qui concerne les poursuites engagées à l'encontre de MM. X. et Y., que l'existence d'un préjudice financier significatif pour la société Alpexpo n'était pas établie.

Sur la publication de l'arrêt au Journal officiel

17. Il y a lieu, compte tenu des circonstances de l'espèce, de publier le présent arrêt au Journal officiel de la République française, en application de l'article L. 142-1-11 du code des juridictions financières.

Par ces motifs,

Arrête :

Article 1^{er} : La requête du procureur général est rejetée.

Article 2 : Le présent arrêt sera publié au Journal officiel de la République française.

Demandeur : Alpexpo (Sté)

N° 469199

CONSEIL D'ETATstatuant
au contentieux

N° 469199

REPUBLIQUE FRANÇAISE

M. CHOPIN

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAISMme Rozen Noguellou
RapporteureLe Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies)M. Nicolas Agnoux
Rapporteur publicSur le rapport de la 6^{ème} chambre
de la Section du contentieuxSéance du 6 février 2023
Décision du 23 février 2023

Vu la procédure suivante :

M. Eric Chopin, à l'appui de son mémoire en défense présenté devant la Cour de discipline budgétaire et financière et tendant au rejet du déféré présenté par la Procureure générale près la Cour des Comptes le 31 août 2022 pour qu'il soit statué sur sa responsabilité au titre des articles L. 313-4, L. 313-5 et L. 313-6 du code des juridictions financières et fait application à son encontre des sanctions prévues par ces articles, a produit un mémoire, enregistré le 3 novembre 2022 au greffe de cette cour, en application de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, par lequel il a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité.

Par un arrêt n° 264-865 du 24 novembre 2022, enregistré le 28 novembre 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Cour de discipline budgétaire et financière, avant qu'il soit statué sur le déféré de la Procureure générale près la Cour des comptes, a décidé, par application des dispositions de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, de transmettre au Conseil d'Etat la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles 29 et 30 de l'ordonnance du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics.

Par la question prioritaire de constitutionnalité transmise et un mémoire complémentaire, enregistré au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 20 décembre 2022, M. Chopin soutient que les dispositions du I de l'article 29 et du II de l'article 30 de l'ordonnance du 23 mars 2022, applicables au litige et qui n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution, méconnaissent le principe de nécessité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, notamment son article 61-1 ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- les articles 29 et 30 de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Rozen Noguellou, conseillère d'Etat,
- les conclusions de M. Nicolas Agnoux, rapporteur public ;

1. Il résulte des dispositions de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que, lorsqu'une juridiction relevant du Conseil d'Etat a transmis à ce dernier, en application de l'article 23-2 de cette même ordonnance, la question de la conformité à la Constitution d'une disposition législative, le Conseil constitutionnel est saisi de cette question de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

2. Aux termes de l'article 29 de l'ordonnance du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics : « I. Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables à compter du 1^{er} janvier 2023 dans les conditions fixées au II (...) / II. - Les dispositions relatives au régime de responsabilité des comptables publics patents et assimilés, des comptables de fait, des régisseurs, des trésoriers militaires et des comptables des organismes primaires de sécurité sociale demeurent applicables dans leur version antérieure à la présente ordonnance aux opérations ayant fait l'objet d'un premier acte de mise en jeu de leur responsabilité notifié avant le 1^{er} janvier 2023, lorsque le manquement litigieux a causé un préjudice financier à l'organisme public concerné ». Aux termes de l'article 30 de la même ordonnance : « I. - Les affaires ayant fait l'objet d'un premier acte de mise en jeu de la responsabilité d'un comptable public devant les chambres régionales des comptes à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance sont, à cette date, transmises à la Cour des comptes. / II. - Les affaires ayant fait l'objet d'un réquisitoire introductif devant la Cour de discipline budgétaire et financière à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance sont, à cette date, transmises à la Cour des comptes ».

3. Ces dispositions, qui n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, déterminent les conditions d'application dans le temps du nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics et le juge compétent pour en connaître.

4. M. Chopin soutient que les dispositions citées au point 2 méconnaissent le principe de nécessité des délits et des peines, garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en tant que le I de l'article 29 reporte au 1^{er} janvier 2023 l'application du nouveau régime de responsabilité aux ordonnateurs et en tant que le II de l'article 30 fixe à cette même date la transmission, à la Cour des comptes, des affaires ayant fait l'objet d'un réquisitoire introductif devant la Cour de discipline budgétaire et financière à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance. Il résulte toutefois de ces dispositions que M. Chopin, initialement poursuivi devant la Cour de discipline budgétaire et financière au titre de faits commis dans ses fonctions d'ordonnateur, doit, compte tenu de l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance du 23 mars 2022 le concernant, soit le 1^{er} janvier 2023, être jugé par la Cour des comptes, qui appliquera le nouveau régime de responsabilité mis en place par l'ordonnance. Dès lors, la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions du I de l'article 29 et du II de l'article 30 en tant qu'elles reportent l'entrée en vigueur du nouveau régime de responsabilité des ordonnateurs, est sans incidence sur le litige dont est désormais saisi la Cour des comptes. Par suite, ces dispositions ne sont pas applicables au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

5. Il n'y a, par suite, pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

DECIDE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de discipline budgétaire et financière.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Eric Chopin, au Procureur général près la Cour des Comptes et au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique.

Copie en sera adressée à la Première ministre, au Conseil constitutionnel et à la Cour de discipline budgétaire et financière.

N° 469199

M. Chopin (QPC)

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 6 février 2023

Décision du 23 février 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

A la suite d'un contrôle de la chambre régionale des comptes de Nouvelle-Aquitaine ayant révélé diverses irrégularités dans la gestion de la Régie régionale des transports des Landes, son directeur, M. Chopin, a fait l'objet d'un renvoi devant la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) le 31 août 2022. L'intéressé est mis en cause à raison notamment de l'utilisation de son véhicule personnel en l'absence d'autorisation préalable, de la prise en charge de frais de déplacement sans lien avec les besoins ou nécessités du service, ainsi que de l'absence de dispositif de contrôle interne.

Par un mémoire produit le 3 novembre 2022, M. Chopin a soulevé devant la CDBF la question de la conformité à la Constitution des dispositions des articles 29 et 30 de l'ordonnance du 23 mars 2022¹. La Cour vous a transmis cette QPC par un arrêt du 24 novembre dernier et sursis à statuer sur le fond de l'affaire.

Comme vous le savez, cette ordonnance a réformé en profondeur le régime de responsabilité des gestionnaires publics. Elle institue un nouveau régime de responsabilité des gestionnaires, commun aux ordonnateurs et aux comptables, dans lequel sont poursuivies les infractions aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens, seulement lorsqu'elles sont constitutives d'une faute grave ayant causé un préjudice financier significatif. Ces infractions relèvent désormais en première instance de la compétence de la 7^{ème} chambre du contentieux de la Cour des comptes et, en appel, de la nouvelle cour d'appel financière, le Conseil d'Etat demeurant juge de cassation. La CDBF instituée par la loi du 25 septembre 1948 disparaît donc : l'arrêt transmettant la présente QPC restera donc comme son ultime décision.

M. Chopin conteste la constitutionnalité des articles 29 et 30 qui régissent l'entrée en vigueur de l'ordonnance, en faisant valoir que les dispositions du texte définissant les infractions et sanctions désormais applicables aux gestionnaires publics (sections 2 et 3 du chapitre III du titre Ier du livre III du code des juridictions financières), dont il estime qu'elles doivent être regardées, compte tenu notamment des nouveaux critères de qualification des infractions, comme des lois répressives plus douces, n'ont pas été rendues applicables immédiatement, s'agissant des affaires jugées par la CDBF contre la publication de l'ordonnance et le 1^{er} janvier 2023. Il en résulterait une atteinte au principe de nécessité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

¹ Ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics. Etant rappelé que les dispositions contestées relèvent du domaine de la loi et que le délai d'habilitation de six mois fixé par l'article 168 de la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022 est expiré.

L'article 29 prévoit en son I que les dispositions de l'ordonnance sont, sauf exception², « applicables à compter du 1^{er} janvier 2023 dans les conditions fixées au II ». Ce II précise que demeurent applicables dans leur version antérieure à l'ordonnance les dispositions relatives au régime de responsabilité des comptables publics, s'agissant des opérations ayant fait l'objet d'un premier acte de mise en jeu de leur responsabilité notifié avant le 1^{er} janvier 2023 lorsque le manquement litigieux a causé un préjudice financier à l'organisme public concerné : les dispositions de ce second paragraphe ne sont donc pas applicables au présent litige qui a trait au régime de responsabilité de l'ordonnateur.

L'article 30 organise le transfert des affaires en instance aux nouvelles juridictions : selon le II, les affaires ayant fait l'objet d'un réquisitoire introductif devant la Cour de discipline budgétaire et financière au 1^{er} janvier 2023 sont, à cette date, transmises à la Cour des comptes – ce qui a notamment pour effet d'ouvrir la voie de l'appel contre la décision rendue en premier ressort.

Le rapport au Président de la République indique que « s'agissant des affaires en cours devant la CDBF, il appartiendra au juge d'appliquer, pour chaque affaire, les règles de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère et de rétroactivité de la loi répressive la plus douce, le nouveau régime étant de même nature et venant succéder à celui de la CDBF, juridiction administrative de nature répressive ». Néanmoins ces indications se réfèrent seulement aux règles qui seront appliquées par les juges à compter du 1^{er} janvier 2023.

La lettre même de l'article 29, qui reporte à cette date l'entrée en vigueur de l'ordonnance, paraît donc devoir être interprétée, ainsi qu'en convient d'ailleurs le ministre dans ses observations devant vous, comme faisant obstacle à l'application par le juge financier des nouvelles règles répressives plus favorables lorsqu'il statue avant le 1^{er} janvier 2023.

C'est la lecture qu'en ont faite les juges financiers : la CDBF de manière implicite (faute, semble-t-il, d'avoir été saisie de moyens en ce sens avant la présente QPC), en faisant application de l'ancienne législation pour les affaires qu'elle a jugées postérieurement à la publication de l'ordonnance ; la 7^e chambre de la Cour des comptes de manière motivée dans un arrêt rendu le 28 septembre³, par lequel elle a écarté le moyen tiré de l'invocation des dispositions de l'ordonnance du 23 mars 2022 au motif que ce texte avait retardé l'entrée en vigueur du nouveau régime de responsabilité financière des gestionnaires publics au 1^{er} janvier 2023.

La présente QPC soulève une question intéressante sur les modalités d'application du principe de rétroactivité *in mitius*.

On rappelle que par sa décision « Sécurité et liberté » du 20 janvier 1981 (n° 80-127 DC), le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 8 de la Déclaration de 1789 le principe constitutionnel de l'application immédiate de la loi pénale plus douce puis étendu la portée de ce principe à toute sanction ayant le caractère d'une punition : sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le

² A l'exception de la suppression du délai de trois ans pendant lequel un magistrat de chambre régionale des comptes ne peut exercer de fonctions dans une structure dont il a jugé les comptes, qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2026.

³ Arrêt n°S-2022-1656 du 28 septembre 2022 « Direction départementale des finances publiques (DDFiP) du Morbihan ».

principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée (décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, cons. 3).

Si, à notre connaissance, la question n'a jamais encore été abordée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, nous tendons à penser, comme le ministre, que le principe constitutionnel de rétroactivité *in mitius* impose seulement l'application des nouvelles règles à compter de l'entrée en vigueur du nouveau dispositif répressif définie par le législateur, et non dès la publication de la loi.

On observera d'ailleurs que c'est à « l'entrée en vigueur » de la loi qu'il est fait référence dans le considérant de principe de votre récente décision de section, par laquelle vous avez jugé qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une sanction, de faire application, même d'office, d'une loi répressive nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue, et qu'il en va de même pour le juge de cassation si la loi nouvelle est entrée en vigueur postérieurement à la décision frappée de pourvoi (CE Sect. 7 octobre 2022, *Société KF3 Plus*, n°443476, au recueil).

Certes, la logique inhérente au principe de rétroactivité *in mitius* pourrait plaider pour une interprétation plus exigeante : comme le résumait le commentaire aux cahiers portant sur la décision QPC précitée du 3 décembre 2010, ce principe revient à considérer qu'au moment même où il décide d'adoucir une loi pénale et assouplit donc l'exigence de nécessité d'un délit ou d'une peine, le législateur ne peut, sans se contredire lui-même, exclure du bénéfice de cette mesure des infractions commises antérieurement et non définitivement jugées.

Néanmoins nous pensons que le législateur conserve un marge d'appréciation pour déterminer à quelle date les nouvelles règles doivent être rendues – à tous – applicables. Comme l'explique la professeure Sophie Gaudemet dans un article paru au *Jurisclasseur*, « *L'immédiateté [qu'implique le principe] n'a pas pour objet la date d'entrée en vigueur de la loi, mais ses modalités d'application une fois cette date arrêtée. (...) L'entrée en vigueur différée n'exclut pas l'effet immédiat* »⁴.

La thèse inverse rendrait en outre difficile la fixation du curseur temporel : poussée à son terme, la logique finaliste conduirait à le faire remonter avant même le lendemain de la publication de la loi au Journal officiel, à la date de sa promulgation voire de son adoption définitive par le Parlement, ce qui ne semble guère cohérent.

En tout état de cause, nous pensons que vous n'aurez pas à pousser plus loin l'analyse dans la mesure où les dispositions contestées ne sont pas applicables au litige ou à la procédure, ni ne constituent le fondement des poursuites.

M. Chopin conteste en effet la constitutionnalité des articles 29 et 30 en tant qu'ils ne prévoient pas l'application des nouvelles infractions et sanctions « *aux affaires susceptibles d'être jugées par la Cour de discipline budgétaire et financière avant la date du 1^{er} janvier 2023.* »

⁴ S. Gaudemet, *Jurisclasseur code civil - Art. 2 - Fasc. 20 : Application de la loi dans le temps - Le juge et l'article 2 du Code civil.*

Or M. Chopin ne relève pas, ou plus précisément ne relève plus, d'une telle situation. La CDBF ayant sursis à statuer en vous transmettant la QPC quelques semaines avant l'échéance du 1^{er} janvier 2023, c'est depuis cette date la chambre du contentieux de la Cour des comptes qui est compétente pour se prononcer au fond et qui statuera en faisant application des règles issues de l'ordonnance du 23 mars 2022.

La QPC ne présente donc plus d'effet utile pour le requérant. Plus exactement, *le dépôt* de la question a eu pour intérêt que la CDBF sursoie à statuer, retardant ainsi le jugement de l'affaire au-delà de l'échéance du 1^{er} janvier 2023 ; mais la réponse que le Conseil constitutionnel apporterait à la question ne présente aucun enjeu pour le requérant puisque les dispositions contestées ne lui seront pas appliquées.

Il nous semble indifférent que les dispositions attaquées aient été temporairement applicables à M. Chopin à la date à laquelle la décision de transmission a été rendue par la CDBF, dès lors que cette décision ne lui fait pas grief et que le litige, au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, porte exclusivement sur les poursuites disciplinaires dont il fait l'objet et la sanction susceptible d'être prononcée en conséquence.

C'est en effet une appréciation pragmatique de l'applicabilité au litige, où prédomine l'effet utile de la QPC, que vous vous attachez à faire prévaloir. Depuis une décision de non-renvoi du 19 janvier 2011, *EARL Schmittseppel et M. Noir*, n° 343389, aux tables, vous regardez les dispositions législatives contestées comme n'étant pas applicables au litige lorsque la question soulevée demeure sans incidence sur l'appréciation de la légalité des actes attaqués dans le cadre du recours en excès de pouvoir à l'occasion duquel la QPC est soulevée⁵.

Pour achever de vous convaincre, nous dirons un mot des jugements qui ont été rendus au fond avant le 1^{er} janvier 2023 par la CDBF et par la Cour des comptes. De deux choses l'une : soit ils n'ont pas été contestés et sont devenus irrévocables, de sorte qu'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité demeurerait sans effet ; soit ils ont fait l'objet d'un pourvoi et il pourra alors être fait application des nouvelles règles plus favorables rendues applicables au 1^{er} janvier 2023 : conformément au principe dégagé par votre décision de section précitée *Société KF3 Plus*, vous ferez application, comme juge de cassation, de la loi nouvelle plus douce, cette dernière étant entrée en vigueur postérieurement à la décision frappée de pourvoi.

PCMNC à ce que la question ne soit pas renvoyée au Conseil constitutionnel.

⁵ Voir également pour d'autres exemples et configurations : CE 7 juin 2019, *SAS Bonhom*, n° 421946, inédite ; CE 9 mars 2018, *M. et Mme Agnellet*, n°416492, RJF 6/18 n° 659 ; CE 11 avril 2018, Section française de l'observatoire international des prisons, n°417471, aux tables ; CE 30 septembre 2020, *M. Lefevre*, n°439789, inédit ; CE 31 mai 2022, *UDAF et France Liberté voyage*, n°462145, inédit.

Conseil constitutionnel

Décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010

NOR : CSCX1031066S

(M. JEAN-MARC P. ET AUTRES)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 30 septembre 2010 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 5257 du 22 septembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par MM. Jean-Marc P., René B., Eric B. et la société AUCHAN France, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions du paragraphe IV de l'article 47 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code pénal ;

Vu la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ;

Vu la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour les requérants par la SCP Arcole-Nail Chas et Associés, avocat au barreau de Tours, enregistrées le 7 octobre 2010 et le 27 octobre 2010 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 22 octobre 2010 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

M^e Antoine Brillatz pour les requérants et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 23 novembre 2010 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 47 de la loi du 2 août 2005 susvisée : « I. – Le second alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1^{er} janvier 2006.

« Ce seuil est de 15 % à compter du 1^{er} janvier 2007.

« II. – A compter du 1^{er} janvier 2006, le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

« III. – Jusqu'au 31 décembre 2005, le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

« Du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2006, pour l'application de l'article L. 442-2 du code de commerce, le montant minorant le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat n'excède pas 40 % du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit.

« IV. – Par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission » ;

2. Considérant que, selon les requérants, les dispositions du paragraphe IV de l'article 47 précité ont pour effet d'exclure l'application immédiate, même aux faits commis avant son entrée en vigueur, des dispositions pénales plus douces que constituent les paragraphes I, II et III du même article 47 ; qu'en conséquence, elles seraient contraires à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » ; que le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les

peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ; que, dès lors, sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ;

4. Considérant que la première phrase du premier alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce punit « le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif » ; que les paragraphes I à III de l'article 47 précité prévoient de nouvelles modalités de détermination du prix d'achat effectif tendant à abaisser le seuil de revente à perte ; que la précédente définition de ce seuil était inhérente à la législation économique antérieure résultant notamment de la loi du 1^{er} juillet 1996 susvisée ; que, dès lors, en écartant l'application immédiate des paragraphes I à III de l'article 47, le paragraphe IV du même article n'a pas porté atteinte au principe de nécessité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ;

5. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

Décide :

Art. 1^{er}. – Le paragraphe IV de l'article 47 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises est conforme à la Constitution.

Art. 2. – La présente décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 2 décembre 2010, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Le président,
JEAN-LOUIS DEBRÉ

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 30

Décision n° 2010-74 QPC – 3 décembre 2010

M. Jean-Marc P. et autres

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 30 septembre 2010, par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Jean-Marc P. et plusieurs autres requérants et relative au paragraphe IV de l'article 47 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Ce paragraphe était relatif aux conditions d'application, avant le 31 décembre 2006, des dispositions relatives à la répression de la revente à perte.

Dans sa décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré le paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005 conforme à la Constitution.

I. – La disposition contestée

Spécificité du droit français, la revente à perte a été interdite par l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1963 de finances rectificative¹ : « *Est interdite la revente de tout produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif majoré des taxes sur le chiffre d'affaires afférentes à cette revente. Le prix d'achat effectif s'entend déduction faite des rabais ou remises de toute nature consentis par le fournisseur au moment de la facturation.* » Ce prix d'achat effectif majoré constitue le seuil de revente à perte (SRP).

Si, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986², aujourd'hui codifiée dans le code de commerce³, le législateur a renoncé au contrôle des prix et a dépénalisé les pratiques discriminatoires, il a choisi de continuer à sanctionner pénalement les atteintes les plus graves à la transparence des pratiques commerciales et de prévoir ainsi, pour la

¹ Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière.

² Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

³ Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.

revente à perte, les dispositions suivantes⁴ : « *Est puni d'une amende de 5 000 à 100 000 F le commerçant qui revend un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. Le prix d'achat effectif est présumé être le prix porté sur la facture d'achat, majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et, le cas échéant, du prix du transport.* »

En 1996, avec l'adoption de la loi dite « loi Galland »⁵, le législateur a souhaité clarifier les relations fournisseurs-distributeurs, notamment en aggravant le régime de la revente à perte, faisant passer l'amende encourue de 100 000 à 500 000 F⁶.

L'efficacité du dispositif légal a été sérieusement mise en doute, notamment par les associations de consommateurs, constatant une hausse importante des prix des produits de grande consommation, et par les fournisseurs de la grande distribution. Le ministre de l'économie et des finances a alors, d'une part, invité les représentants de l'industrie et de la distribution à s'entendre sur une réduction progressive des « marges arrière » du fait de la hausse du SRP – ce qui a abouti à l'accord dit « Sarkozy » du 17 juin 2004⁷ –, et, d'autre part, confié à une commission d'experts, présidée par le Premier président Guy Canivet, la mission de réaliser un bilan de la législation existante sur les plans juridique et économique.

Cette commission a relevé que le SRP permettait « à un producteur puissant de contrôler le prix de revente de ses produits en augmentant le prix sur facture (qui doit figurer dans les conditions générales de vente et ne doit pas être discriminatoire) et en rétribuant les distributeurs par le biais de marges arrière plus fortes afin qu'ils acceptent de commercialiser le produit malgré le prix plus élevé. Les distributeurs, qui se font une concurrence particulièrement vive sur un petit nombre de grandes marques, sont les premiers avantagés par cette mesure d'interdiction de revente à perte, puisque ce mécanisme de prix plancher limite alors directement la concurrence intramarques sur ces produits »⁸. Tout en regrettant la fréquence des changements législatifs et son décalage avec la réalité économique, elle proposait

⁴ Article 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiant l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1963 précitée.

⁵ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁶ Article 11 de la loi du 1^{er} juillet 1996 précitée.

⁷ M. Gérard Cornu, *Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi de finances pour 2005, tome VIII : PME – commerce et artisanat*, Sénat, session ordinaire de 2004-2005, n° 76, 25 novembre 2004, p. 42.

⁸ M. Guy Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix. Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce, rapport au ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, octobre 2004, p. 55.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

notamment la modification ou la renonciation à l'interdiction de la revente à perte qui devait, si elle était conservée, se rapprocher « *de la réalité économique* »⁹.

Tenant compte partiellement de ces propositions et pour faire baisser les prix de revente aux consommateurs, la loi du 2 août 2005, dite « loi Dutreil », a modifié, sans en supprimer la répression, le régime de la revente à perte dans le sens d'un assouplissement :

- elle a précisé la notion de prix d'achat effectif ;
- elle a introduit une faculté de minoration du SRP, en permettant au revendeur-distributeur d'imputer une partie du prix des services rendus aux fournisseurs (marges arrière) pour favoriser la commercialisation de leurs produits¹⁰.

Ainsi, depuis la loi du 2 août 2005, « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1^{er} janvier 2006* ». Depuis le 1^{er} janvier 2007, peut être intégré au seuil de revente à perte le montant des marges arrière excédant 15 % du prix unitaire net du produit. Les avantages financiers déductibles incluent les réductions de prix hors facture, les rémunérations versées au titre de la coopération commerciale et des services distincts. Les avantages financiers excédant 20 %, puis 15 %, doivent apparaître sur la facture d'achat et être intégrés dans le calcul du seuil de revente à perte (paragraphe I de l'article 47 de la loi du 2 août 2005).

Pour les grossistes, une dérogation permet d'appliquer un SRP inférieur de 10 % (paragraphe II de l'article 47 de la loi du 2 août 2005).

Selon un mécanisme prévu dans le projet de loi initial¹¹ et étendu par amendement, le paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005, contesté dans la QPC, prévoyait que, « *par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal,*

⁹ *Id.*, p. 119.

¹⁰ C'est la « *remontée des marges arrière* ».

¹¹ « *Par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant l'expiration du délai de six mois suivant la publication de la présente loi est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission.* »

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission ».

Or, les versions antérieures de l'article L. 442-2 du code de commerce disposaient que « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport* ». Le prix d'achat effectif, et donc le SRP, était ainsi plus élevé sous l'empire de ces anciennes dispositions.

Le juge, prenant acte du caractère plus doux de la loi nouvelle, est revenu par deux fois sur les dispositions de la loi d'août 2005 et a appliqué la loi pénale plus douce¹² :

– le tribunal de grande instance (TGI) d'Évry, dans son jugement n° 108 du 26 juin 2007, en se fondant sur les dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de rétroactivité *in mitius*¹³ ;

– le TGI de Paris, dans son jugement n° 1 du 11 octobre 2007, en se fondant sur le principe de la rétroactivité *in mitius*.

Si le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi du 2 août 2005, à l'origine de la disposition contestée¹⁴, il n'a examiné, dans les motifs et le dispositif de sa décision, que l'article 95 de cette loi. Ce silence ne pouvait être interprété comme une validation puisque le Conseil ne décerne de « brevet de constitutionnalité » qu'aux dispositions sur lesquelles il s'est prononcé « *dans les motifs et le dispositif* » de sa décision.

II. – La conformité à la Constitution

Les requérants faisaient grief aux dispositions du paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005 d'exclure l'application immédiate, même aux faits commis avant son entrée en vigueur, des dispositions des lois pénales plus douces que constituent

¹² Commission d'examen des pratiques commerciales, *Des pratiques équilibrées pour une libre concurrence, rapport d'activité*, année 2008-2009, pp. 82-83.

¹³ Tribunal de grande instance d'Évry, 26 juin 2007, *Carrefour Hypermarchés France*, n° 0603850077.

¹⁴ Décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises*.

l'article 47, paragraphes I, II et III, de la même loi et l'article 1^{er} de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

A. – Le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce : la rétroactivité *in mitius*

Dans sa décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a fait application de la jurisprudence sur la rétroactivité *in mitius*.

En droit pénal, la règle de la rétroactivité de la loi pénale plus douce a été exprimée pour la première fois par un avis du Conseil d'État du 29 prairial an VIII aux termes duquel « *en matière criminelle, (...) il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence* ».

Selon le troisième alinéa de l'article 112-1 du code pénal, la loi pénale de fond plus douce s'applique immédiatement, même aux faits commis avant son entrée en vigueur, dès lors qu'ils n'ont pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée¹⁵.

Les juridictions tant judiciaires qu'administratives appliquent ce principe.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence vers une interprétation plus exigeante de ce principe.

Pendant longtemps, en particulier pour limiter les conséquences sur l'efficacité de la répression des modifications fréquentes de la législation, elle a admis qu'une disposition expresse contraire puisse faire échec au principe d'application de la loi pénale plus douce¹⁶. Puis, notamment en écho à la jurisprudence constitutionnelle, elle a pu écarter de telles dispositions expresses contraires¹⁷, préférant se fonder sur la notion de « support légal de l'incrimination », en jugeant que la loi sanctionnant

¹⁵ « Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes. »

¹⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, 3 février 1986, *M. Philippe X.*, n° 85-93250 ; 29 mars 2000, *M. Robert X.*, n° 99-81938.

¹⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 7 avril 2004, *M. Jean-Paul X.*, n° 03-84191 ; 19 mai 2004, *M. Jean-Claude X.*, n° 03-86192 ; 28 janvier 2004, *M. Louis X.*, n° 02-86597 ; 18 janvier 2006, *M. Olivier X.*, n° 05-84369.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

l'observation de dispositions réglementaires, qui constitue donc le support légal de l'incrimination, n'était pas affectée par la modification, même dans un sens moins sévère, de ces dispositions réglementaires. Ce changement d'orientation n'a été possible que lorsque l'incrimination trouvait son fondement dans une loi qui sanctionne la violation de dispositions réglementaires.

Pour ce qui concerne la juridiction administrative, par exemple dans une décision du 16 novembre 2009¹⁸, le Conseil d'État a jugé qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation d'une sanction (en l'espèce une décision de suspension de pension), de faire application, le cas échéant, d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue. Ce principe s'étend aux sanctions fiscales ayant le caractère de punition¹⁹.

Ce principe ne figure pas dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 15 § 1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ne le définit que pour les peines et non les incriminations²⁰, ce que confirme la jurisprudence²¹. La Cour de justice de l'Union européenne lui reconnaît le caractère de principe général du droit communautaire ; elle en limite, elle aussi, la portée à l'application rétroactive de la peine la plus légère²².

Dans sa décision du 20 janvier 1981 dite « Sécurité et liberté », le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle à ce principe en censurant des dispositions législatives qui le méconnaissaient : *« Considérant que ces dispositions tendent à limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ; que, dès lors, elles doivent être regardées comme contraires au principe formulé par l'article 8 de la Déclaration*

¹⁸ Conseil d'État, 9^e et 10^e sous-sections, *M. Marc A.*, n° 295046.

¹⁹ Conseil d'État, section, avis du 5 avril 1996, *Houdmond*, n° 176611 ; 16 février 2000, *Alet*, n° 180643 ; 8^e et 3^e sous-sections, 26 septembre 2001, *SARL Espace Loisirs*, n° 208238.

²⁰ « I. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. »

²¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 2004, *M. Jacobus X.*, n° 03-84827.

²² Cour de justice des Communautés européennes, 3 mai 2005, *Silvio Berlusconi et autres*, n° C-387/02, § 68 ; 8 mars 2007, *Campina GmbH & Co.*, n° C-45/06, § 32.

des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires" ; qu'en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ; que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 100 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution. »²³

Ainsi, le Conseil constitutionnel a jugé que, dans l'énoncé que lui donne l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ne paraît pas comporter d'exception et ne paraît pas devoir s'appliquer différemment selon que la loi pénale nouvelle est plus sévère ou est plus douce. Comme le relevait Georges Vedel, rapporteur de la décision « Sécurité et liberté », « tant qu'un individu n'a pas fait l'objet d'une condamnation passée en chose jugée, il serait choquant et inhumain de lui appliquer, au moment de le juger, des peines prévues dans le temps où l'infraction a été commise, mais qui, depuis lors, ont été jugées excessives.

« Mais quelle est la force de cette règle de la lex mitior ? A-t-elle valeur constitutionnelle ?

« Elle ne saurait participer de la valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité en matière pénale dont elle constitue une annexe, un complément, mais non un corollaire nécessaire. Le législateur qui exigerait que toute la loi pénale s'applique aux faits commis au moment où elle était en vigueur ne violerait en rien le principe de non-rétroactivité.

« La valeur constitutionnelle de la lex mitior ne saurait résulter de ce qu'elle serait un " principe fondamental reconnu par les lois de la République ". Aucun texte législatif ne le consacre dans sa généralité et si certaines lois ont pu en faire application, il faut bien reconnaître que la source de la règle est avant tout jurisprudentielle. La jurisprudence, si vénérable et si bien fondée soit-elle, n'est pas " l'équivalent des lois de la République ". »

²³ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Sécurité et liberté)*, cons. 75.

Georges Vedel, suivi par l'ensemble des membres du Conseil, conclut : « *Au fond, si l'on y regarde de près, la lex mitior a un fondement constitutionnel. L'article 8 de la Déclaration de 1789 veut que la loi n'établisse que des " peines strictement et évidemment nécessaire "*. Or, quand une loi nouvelle atténue les rigueurs de la loi ancienne, c'est que le législateur reconnaît que les peines prévues par celles-ci sont devenues excessives et donc ne sont plus " strictement et évidemment nécessaires ". La lex mitior trouve là, me semble-t-il, son véritable fondement : elle écarte les rigueurs de la loi ancienne dès lors que le législateur ne les juge plus lui-même " évidemment et strictement nécessaires ". »²⁴

Ainsi, au moment même où il décide d'adoucir une loi pénale et assouplit donc l'exigence de nécessité d'un délit ou d'une peine, le législateur ne saurait, sans se contredire lui-même, exclure du bénéfice de cette mesure des infractions commises antérieurement et non définitivement jugées.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'utiliser de nouveau ce principe dans une décision du 21 février 1992 : « *Considérant que, dans les domaines de sa compétence, il est du pouvoir du législateur organique, sous réserve de l'application immédiate de mesures répressives plus douces, de fixer les règles d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte.* »²⁵

Dans sa décision du 3 décembre 2010, le Conseil a précisé sa jurisprudence en jugeant que, « *sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée* » (cons. 3). Le Conseil a ainsi, d'une part, affirmé la portée constitutionnelle du principe de rétroactivité *in mitius* de la loi pénale plus douce et, d'autre part, réservé les cas dans lesquels la suppression d'une incrimination ou son remplacement par une incrimination moins sévère ne correspondrait pas à un adoucissement de la loi pénale mais à un changement de la réglementation applicable dont la loi pénale ne serait pas séparable.

²⁴ In Bertrand Mathieu et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris Dalloz, Grandes Délibérations, 2009, pp. 377 et 397.

²⁵ Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 112.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

B. – L'application à l'espèce

Dans sa décision du 3 décembre 2010, le Conseil a d'abord établi que les dispositions contestées écartaient l'application d'une loi pénale effectivement plus douce.

La « loi pénale » de 2005 est plus douce que celle de 1996. Comme le montre le tableau ci-après, la succession des régimes fixés au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce montre que le SRP a été fixé de plus en plus bas – les éléments minorant le prix d'achat effectif étant progressivement étendus –, ce qui a eu nécessairement pour conséquence de rendre les conditions de l'infraction de revente à perte plus difficiles à réunir.

Loi n° 96-588 (2 juillet 1996-2 août 2005)	Loi n° 2005-882 (3 août-31 décembre 2005)	Loi n° 2005-882 (2006)	Loi n° 2005-882 (après le 1 ^{er} janvier 2007) ²⁶
Le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.	Jusqu'au 31 décembre 2005, le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.	Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1 ^{er} janvier 2006.	Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 15 % à compter du 1 ^{er} janvier 2006

Les dispositions de l'article 47 de la loi d'août 2005 autres que celles du paragraphe IV ont rendu la commission de l'infraction de revente à perte plus difficile²⁷. Mais la poursuite de la répression était inséparable du régime instauré antérieurement, dans sa dernière version, par la « loi Galland » de 1996 précitée. Dès lors, le législateur pouvait, dans ce cas, pour assurer l'effectivité de la législation

²⁶ Ce régime a été de nouveau assoupli par la suite par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

²⁷ La référence à loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 n'était pas nécessaire au raisonnement.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

économique antérieure et éviter que ceux qui ont obtenu, contre la loi, un avantage concurrentiel par la revente à perte soient exonérés de poursuites, prendre les mesures prévues dans le paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005. Le Conseil constitutionnel a donc déclaré les dispositions de ce paragraphe conformes à la Constitution.