

# Analyse d'un jugement instructif

Les jugements impliquant des responsables d'EPLE ne sont pas fréquents mais ils sont toujours riches d'enseignements et nous rappellent que notre responsabilité peut être engagée à plusieurs titres. Certes la disparition de la Cour de discipline budgétaire pour les ordonnateurs et de la responsabilité personnelle et pécuniaire pour les comptables a changé la donne. Mais un arrêt du 29 novembre 2023 de la Cour d'appel de Riom vient rappeler que les infractions pénales existent toujours, et que le nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics introduit par l'ordonnance du 23 mars 2022 comporte également des infractions susceptibles de concerner les personnels des établissements scolaires.

## I – Le jugement.

### Les faits.

La chambre régionale des comptes d'Auvergne-Rhône-Alpes avait procédé à partir de 2018 au contrôle des comptes et de la gestion d'un lycée support de GRETA ; et elle s'est intéressée plus particulièrement aux opérations d'achat d'actions de formation continue par le GRETA. La CRC a relevé que les seuils nécessitant une publicité et une mise en concurrence n'avaient pas été respectés et que des marchés avaient été attribués sans respect des dispositions du Code des marchés en la matière. De plus elle a noté des conflits d'intérêt dans l'attribution de certains marchés. Compte tenu des faits constatés le procureur financier de la CRC a adressé en 2019 un signalement au procureur de la République du TGI de Clermont-Ferrand en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale.

Les infractions relevées étaient les suivantes.

Un conseiller en formation continue (CFC) du GRETA avait participé à l'élaboration de conventions d'actions de formation continue au bénéfice d'une association dont il était le président pour un montant de 216 800 € entre 2013 et 2018. Par ailleurs il avait permis le versement à hauteur de 137 900 € de rémunérations à son épouse pour des interventions en qualité d'intervenante dans des formations du GRETA. Ce faisant il lui était reproché d'avoir commis le délit de prise illégale d'intérêt par une personne chargée d'une mission de service public.

Son épouse, en sa qualité d'intervenante au sein du GRETA pour les formations concernées, était également poursuivie pour recel d'une somme qu'elle savait provenir du délit de favoritisme commis au préjudice du GRETA.

Les deux proviseurs du lycée support du GRETA qui s'étaient succédés entre 2013 et 2018 étaient poursuivis pour avoir commis un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, et pour avoir procuré à autrui un avantage injustifié.

A noter que le comptable en charge du GRETA avait alerté à plusieurs reprises les chefs d'établissements successifs de ces irrégularités sans susciter de réaction de la part des ordonnateurs.

### Les condamnations.

Bien que reconnaissant l'existence des délits, le tribunal correctionnel avait prononcé en première instance une dispense de peine considérant que les infractions n'avaient causé aucun préjudice, que le trouble à l'ordre public était inexistant et que le risque de récidive était écarté. Mais la cour d'appel a considéré que les infractions reprochées mettaient en cause

des fonds publics, et à ce seul titre, causeraient nécessairement un trouble en ce qu'elles portaient atteinte à la sécurité, à la fiabilité, et à la sincérité des comptes publics.

S'agissant du CFC il y avait prise illégale d'intérêts, recel de fonds provenant d'un délit pour son épouse, et concernant les ordonnateurs, atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics. Ces faits constituaient des délits causant nécessairement un préjudice en privant d'autres candidats d'une soumission aux marchés publics, en portant atteinte à une légitime concurrence et reposant sur la protection d'intérêts privés. C'est pourquoi la cour a annulé la dispense de peine et prononcé les peines suivantes.

En leur qualité d'ordonnateurs de dépenses publiques, de par leur qualité de provideurs, les chefs d'établissements successifs ne pouvaient ignorer les dispositions du Code des marchés publics, devenu depuis le 1 avril 2019 le Code de la commande publique. En application de l'article 132-1 du Code pénal, compte tenu de leur situation personnelle, familiale et sociale, les deux ordonnateurs ont été condamnés chacun par la cour à une amende de 2 000 euros dont 1 000 avec sursis, ainsi qu'à une peine d'inéligibilité obligatoire pour une durée de 2 ans. Le conseiller en formation continue a été condamné par la cour à une amende de 4 000 euros dont 2 000 avec sursis, ainsi qu'à une peine d'inéligibilité pour une durée de 3 ans, pour délit de prise illégale d'intérêts.

L'épouse du CFC, intervenante dans les formations, a été condamnée par la cour à une amende de 3 000 euros dont 1 500 avec sursis, pour recel par un professionnel de biens provenant d'un délit.

## **II - Analyse.**

Cet arrêt, même s'il a été prononcé dans le cadre d'une procédure pénale et non dans le cadre d'une procédure administrative, est riche d'enseignements et doit interpellé tous les agents des EPLE ayant des responsabilités en matière budgétaire, et plus particulièrement dans le domaine de la commande publique.

En effet les faits découverts à l'occasion d'un audit de la CRC n'ont rien d'exceptionnels. Le non-respect des seuils concernant l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de la passation d'un marché public est une pratique que l'on rencontre hélas dans de nombreux EPLE, soit par facilité, soit par ignorance de la réglementation, soit encore par choix délibéré pour conserver un prestataire donnant toute satisfaction.

Certes tous les manquements au respect du Code de la commande publique ne donnent pas lieu à saisie du procureur de la République mais il n'en reste pas moins que le risque existe. Et cet arrêt a le mérite de rappeler que les marchés publics ne sont pas un domaine anodin qu'il faut négliger. Cet arrêt doit avoir un rôle pédagogique, et il peut être servir aux gestionnaires à titre d'exemple pour informer les ordonnateurs sur leur responsabilité. D'autant plus que dans le nouveau cadre de la Responsabilité des Gestionnaires Publics (RGP) de tels manquements concernant l'achat public ou d'autres domaines peuvent également être sanctionnés.

### **II.1 - La responsabilité pénale.**

Compte tenu de la gravité et du cumul de plusieurs délits, la CRC a saisi le procureur de la République sur la base des articles 432-12 et 432-14 du Code pénal.

#### **Le délit de favoritisme.**

L'article 432-14 prévoit qu' « *est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne*

*agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».*

La loi définit les éléments nécessaires pour constituer un délit de favoritisme, dénomination courante du délit d'octroi d'un avantage injustifié. Ces éléments sont relatifs à l'auteur, à l'avantage injustifié donné à autrui et à la présence d'un acte contraire aux règles de la commande publique.

Concernant l'auteur, l'article concerne tout agent agissant pour le compte d'une personne publique dans le cadre d'un marché public. Cela permet d'inclure toute personne qui intervient à n'importe quel moment de la procédure sous n'importe quelle forme que ce soit et qui exerce une influence sur le choix de l'attributaire du marché. C'est ainsi que dans l'arrêt commenté ici, la Cour d'appel a précisé que le fait que le CFC n'ait pas été signataire des conventions entre le GRETA et son association était sans incidence dans la mesure où il ne pouvait ignorer le devoir de probité qui s'imposait à lui. De même il ne pouvait ignorer, compte tenu de ces diverses fonctions, la nécessité de mise en concurrence des prestataires dans le cadre des marchés publics. Dans un EPLE ce ne sera donc pas uniquement l'ordonnateur qui pourra se voir reproché ce délit mais également le gestionnaire ou la personne qui a en charge la réalisation des marchés de l'établissement.

S'agissant de la présence d'un avantage injustifié, il peut prendre la forme d'un acte matériel, administratif ou juridique (information privilégiée, publicité réduite ou inexistante du marché, clause technique « sur mesure », etc...) constitutif d'une rupture du principe d'égalité devant la commande publique. Cet avantage injustifié doit être procuré par un acte irrégulier qui peut être un acte volontaire. Il existe dans ce cas une intention frauduleuse. L'intention se déduit du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de dire qu'il a agi en pleine connaissance de cause.

Et concernant la présence d'un acte contraire aux règles de la commande publique, sont visées les pratiques discriminatoires caractérisées par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics public ; et ce même pour les marchés à procédure adaptée. La volonté délibérée d'attribuer systématiquement à une même entreprise une commande même de faible montant, sans publicité ni mise en en concurrence, peut être regardée comme étant de nature à procurer un avantage injustifié à l'entreprise concernée. Idem pour un marché qui se prolonge dans le temps sans nouvelle procédure d'attribution.

L'élément intentionnel « Nul n'est censé ignorer la loi » est un point important car on pense souvent que délit de favoritisme veut dire obligatoirement malversation, acte volontaire, corruption ; or il n'en est rien. En ce qui concerne l'élément intentionnel du délit de favoritisme, la Cour de cassation estime que « *la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire, implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article L. 121-3 du code pénal* » (Cour de cassation 15 septembre 1999, 98-87588 ; 24 octobre 2001, 01-81039 ; 14 janvier 2004, n°03-83396). L'intention se déduit du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de constater qu'il a agi en pleine connaissance de cause. Le juge estime qu'il est des fonctions où l'ignorance n'est pas admissible. Il est de jurisprudence constante que du fait de leurs fonctions, certaines catégories d'agents ne peuvent invoquer leur ignorance des règles concernant l'achat public comme excuse. Ainsi, dans l'arrêt objet de cet article, la Cour d'appel a clairement indiqué qu'en qualité d'ordonnateurs de dépenses publiques, les deux chefs d'établissement ne pouvaient ignorer la réglementation en matière de marchés publics. Elle a ajouté qu'ils ne pouvaient s'exonérer de leur responsabilité en invoquant le manque de formation dans ce domaine, pas plus que l'absence de réaction de la part du rectorat ou de l'administration. C'est un point capital qui ne concerne pas que les personnels de direction mais également tous ceux

qui ont en charge la gestion effective de l'achat public dans les EPLE ; et donc les gestionnaires. Dans diverses structures importantes des directeurs administratifs, des responsables des achats ou des gestionnaires ont ainsi pu être concernés par le délit de favoritisme et se retrouver face aux juges, parfois même à la place des ordonnateurs.

### La prise illégale d'intérêt.

L'article 432-12 du code pénal prévoit que : « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction* ».

Le chef d'établissement n'est pas le seul à pouvoir être poursuivi pour cette infraction. D'autres personnes peuvent être amenées à en répondre, notamment le gestionnaire dans le cadre de sa délégation de fonction, ou pour des affaires l'intéressant personnellement, ainsi que les agents, à condition qu'ils aient participé à la préparation de l'acte en cause,

A noter que la prise illégale d'intérêts est une infraction intentionnelle qui suppose chez l'auteur la conscience et la volonté de prendre un intérêt illicite dans une affaire qui est soumise à sa surveillance.

## **II.2 - La responsabilité du gestionnaire public.**

Si la CRC a choisi la voie d'une procédure pénale, elle aurait également pu à l'époque saisir l'ancienne Cour de discipline budgétaire qui a disparue avec la mise en application au 1 janvier 2023 du régime juridictionnel unifié de responsabilité des gestionnaires publics (RGP). Désormais le nouveau régime de responsabilité financière se caractérise par une organisation juridictionnelle unifiée avec la compétence, en première instance, d'une chambre unique de la Cour des comptes.

Il est important de préciser que l'article L.142-1-12 du CJF indique par ailleurs que les poursuites devant la Cour des comptes ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire. Si l'instruction révèle des faits qui paraissent de nature à justifier une sanction disciplinaire, le président de la chambre du contentieux signale ces faits à l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire sur la personne mise en cause. Si l'instruction fait apparaître des faits susceptibles de constituer des délits ou des crimes, le procureur général transmet le dossier au procureur de la République.

La RGP a introduit dans le Code des juridictions financières (CJF) diverses infractions :

- les fautes graves ayant causé un préjudice financier significatif (art. L.131-9) ;
- l'obstruction à une procédure de mandatement d'office (art. L.131-11) ;
- la non production des comptes dans les délais (art. L.131-13) ;
- l'engagement d'une dépense, sans en avoir le pouvoir ou sans délégation (art. L.131-13) ;
- l'inexécution d'une décision de justice (art. L.131-14) ;
- la gestion de fait (art. L.131-15).

Si dans l'affaire concernant le GRETA ces diverses infractions ne pouvaient motiver la saisine de la Cour des comptes, notamment compte tenu de l'absence de préjudice financier avéré pour l'établissement, ce n'était pas le cas pour l'infraction visée par l'article L.131-12 du CJF. En effet, cet article sanctionne l'octroi d'un avantage injustifié en ces termes : « *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* ».

Bien que présentant des similitudes, cette infraction est différente du « délit de favoritisme » dans le cadre des marchés publics visé par l'article 432-14 du Code pénal. En effet elle ne concerne pas que les marchés publics et son champ d'application est plus large.

Un exemple de l'application de cette infraction est donné avec l'arrêt de la Cour des comptes rendu dans le cadre du nouveau régime de la RGP « Alpexpo » du 11 mai 2023. En l'espèce, la Cour des comptes était saisie pour de nombreuses dépenses réalisées par une directrice générale de fait susceptibles de constituer des avantages injustifiés octroyés à autrui, ou à soi-même, dont un billet d'avion au profit de son conjoint, des cours de golf et des frais de train et de taxi. A noter que les deux présidents-directeurs généraux successifs de la société d'économie mixte étaient quant à eux poursuivis pour faute grave ayant entraîné un préjudice significatif pour leur société (article L. 131-9 du CJF). On voit qu'un même comportement répréhensible peut induire la responsabilité de diverses personnes, notamment pour manquement au devoir général d'organisation, de contrôle et de surveillance qui incombe à tout responsable d'un organisme.

Dans un autre arrêt « RRTL » du 26 septembre 2023, le procureur général de la Cour des comptes reprochait au justiciable de s'être « *procuré à lui-même un avantage injustifié, en méconnaissance de ses obligations et par intérêt personnel direct* », en ayant prescrit la prise en charge de frais de déplacement et de repas sans lien avec les besoins ou les nécessités du service, le remboursement de ses déplacements domicile-travail avec en plus un kilométrage erroné, et la prise en charge de frais de repas pris sur son lieu de travail.

Même s'il n'y a pas eu condamnation pour des motifs de non rétroactivité (l'ancien texte avant 2023 ne prévoyant pas l'infraction pour soi-même), ces deux exemples montrent bien que cette infraction est susceptible de couvrir un champ étendu.

Il est encore trop tôt pour lister les diverses irrégularités concernées mais nul doute que les prochaines décisions de la Cour des comptes permettront de mieux définir le contour de cette infraction qui, là encore, ne concerne pas que les ordonnateurs ou les gestionnaires. Il semble que certains comportements répréhensibles qu'on peut parfois constater dans les EPLE tombent sous le coup de cet article L.131-12. Par exemple, on peut raisonnablement penser que des travaux dans un logement de fonction qui dépassent la simple rénovation, l'utilisation répétée d'un véhicule de l'établissement pour des déplacements personnels ou l'appropriation personnelle de matériels entreront dans le cadre de cette infraction. C'est pourquoi il est souhaitable de sensibiliser les responsables d'établissements scolaires sur ce risque qui sera vraisemblablement l'infraction la plus fréquemment sanctionnée.

C'est pourquoi il est utile de rappeler que l'ordonnance de mars 2022 précise que l'agent 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 (articles L.131-5 et L.131-6). Plus encore que par le passé il sera donc indispensable pour le gestionnaire confronté à une demande irrégulière de son chef d'établissement de se couvrir par un document indiquant qu'il ne fait que se conformer à un ordre hiérarchique. Ce peut être le cas par exemple lorsque le chef d'établissement souhaitera attribuer un marché public en ne respectant pas la procédure de publicité ou de mise en concurrence prévue par le Code de la commande publique. La même attention devra être apporté aux décisions qui pourraient revêtir la qualification de gestion de fait (gestion d'opérations par un tiers ou une association à la place de l'EPLE). Idem pour toute décision susceptible de constituer un avantage injustifié. A minima le gestionnaire ou l'agent devra conserver les échanges de courriels par lesquels il aura informé son supérieur de l'irrégularité de la décision qu'on lui demande d'appliquer ou de mettre en oeuvre.

A noter également que l'article L.131-7 indique que « *dans les conditions prévues par décret, le comptable peut signaler à l'ordonnateur toute opération qui serait de nature à relever des infractions prévues à l'article L.131-9* » ; c'est-à-dire les infractions aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens de l'établissement dont il assure la comptabilité. Un arrêté du 19 décembre 2023 est venu expliciter les modalités de ce signalement du comptable à l'ordonnateur.

Les prochains jugements de la Cour des comptes seront riches d'enseignements sur le champ d'application de cette RGP ; et nous y reviendrons dans un futur article.