



HAL
open science

Responsables mais pas punissables? Le cumul de sanctions des ordonnateurs en question

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. Responsables mais pas punissables? Le cumul de sanctions des ordonnateurs en question. Debène M. et Médé N. (dir.). Les finances publiques entre globalisation et dynamiques locales, Mélanges en l'honneur de Diarra Eloi et Yonaba Salifou, L'Harmattan, 2021, Harmattan Sénégal, 978-2-343-23879-1. hal-04563959

HAL Id: hal-04563959

<https://univ-lemans.hal.science/hal-04563959v1>

Submitted on 29 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Responsables mais pas punissables ? Le cumul de sanctions des ordonnateurs en question

Par
Fabien BOTTINI
Maître de conférences – HDR
Co-président de la Section droit et science politique
Co-responsable du Master droit des Collectivités territoriales
Directeur-adjoint du LexFEIM
de l'Université Le Havre-Normandie

En même temps qu'il affirme que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », l'article 10 de la DDHC laisse en suspens la nature de la responsabilité en cause s'agissant des ordonnateurs. Si l'expression renvoie aux autorités chargées de décider la dépense ou la recette publique, la question se pose : les autorités politico-administratives qui ont cette qualité doivent-elles être soumises à une responsabilité simplement politique (pour les exécutifs locaux et les ministres tout du moins), financière (d'ordre administratif ou disciplinaire pour ceux qui sont soumis à une autorité hiérarchique) ou carrément pénale (pour tous) ?

Alors que la première a longtemps prévalu à l'égard des ministres ou des autorités exécutives locales qui tirent leur pouvoir du suffrage universel, on a assisté au tournant des années 1990 à une montée en puissance de la responsabilité pénale, sous l'effet conjugué des aspirations des citoyens et de la nouvelle rationalité économique. Tandis que les premiers ont rejeté l'idée de représentants « responsable mais pas coupable »¹, la seconde a conduit à instrumentaliser le droit pénal pour soumettre les ordonnateurs au nouvel ordre économique mondial progressivement mis en place depuis la seconde guerre mondiale. A partir, en effet, du moment où, pour être valide, l'action des ordonnateurs ne doit plus se contenter d'être formellement valable mais doit en plus être légitime par rapport aux attentes des opérateurs économiques, il convient de veiller « à la parfaite neutralité des décisions » budgétaires qu'ils prennent², comme l'a résumé la Cour de cassation. Ces considérations expliquent que le juge administratif n'hésite déjà « plus à exercer un plein contrôle sur les choix économiques des personnes publiques, en tenant compte de leurs effets immédiats comme potentiels et en intégrant de plus en plus l'analyse économique à ses raisonnements »³.

En 2005, Philippe Séguin avait toutefois proposé d'aller plus loin en développant leur responsabilité financière. Parce qu'elle place la performance au cœur de la gestion publique en responsabilisant davantage les ordonnateurs à qui elle reconnaît des marges de manœuvre budgétaires accrues, la loi organique de 2001 relative aux lois de finances appelait à ses yeux cette autre réforme pour sanctionner leur éventuelle mauvaise gestion⁴. Des auteurs ont ainsi présenté l'instauration d'une « trilogie liberté/responsabilité/sanction »⁵ comme la conséquence logique du système mis en place, la condition de sa « cohérence »⁶. Une telle proposition revenait à rompre avec près de 200 ans d'histoire : puisque, historiquement, la méfiance des révolutionnaires vis-à-vis des parlements de l'Ancien Régime combinée à « l'hostilité du ministre des finances en fonction au moment de la création de la Cour des comptes, en 1807 » ont conjugué leurs effets pour justifier la primauté donnée à la responsabilité politique ou disciplinaire des ordonnateurs sur leur responsabilité devant la juridiction financière : tandis que les hommes de 1789 voulaient soustraire les ministres à l'action des juges formés sous l'ancien droit, Napoléon « seul destinataire du rapport annuel de la Cour, était ainsi le seul susceptible d'engager la responsabilité » de ceux qui avaient « failli à la tâche »⁷.

De ce fait, certains ont pu regretter que le projet de loi du 28 octobre 2009 porté par le gouvernement Fillon⁸ pour concrétiser la réforme souhaitée par Philippe Seguin n'ait pu aboutir : le constat est, il est vrai, « rapide et éloquent » : « le décret relatif à la Gestion Budgétaire et Comptable Publique (GBCP) du 7 novembre 2012, qui remplace le Règlement Général de la Comptabilité Publique (RGCP) de 1962 n'a pas fait connaître d'« évolution notable » au

¹ « Mme Dufoix s'estime responsable mais pas coupable », *Le Monde* 5.11.1990. Sur cette question, v. notre thèse : *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, LGDJ 2008.

² Cass. crim. 22.10.2008, *AJDA* 2008. 2144.

³ Touboul C., « Juger l'action économique, c'est encore agir sur l'économie », *RFDA* 2016. 83.

⁴ « Finances publiques et responsabilité, l'autre réforme. Colloque organisé par la Cour des comptes les 5 et 6 avril 2005 », in *RFFP* 2005-92. 9 s. V. également Bouvier M., « La responsabilité financière publique confrontée à un système budgétaire en transition », *RFFP* 2017-139. 17.

⁵ Savineau J.-C., « La responsabilité budgétaire des ordonnateurs d'établissements publics nationaux : règle toujours nécessaire ou régime obsolète ? », *RFFP* 2016-133. 253.

⁶ Heuga J.-L., « Les juridictions financières et les gestionnaires de l'argent public », *RFFP* 2017,- 139. 33.

⁷ Monier F., « Évaluation et responsabilité : le rôle spécial des Cours des comptes », *RFFP* 2016-135. 29.

⁸ « Projet de loi, portant réforme des juridictions financières », *Doc. AN* 2009-2001, p. 7.

régime de responsabilité des ordonnateurs si on fait abstraction « des certifications qu'il délivre et de son lien hiérarchique avec un éventuel responsable de service partagé »⁹. La réforme peine à s'imposer faute de véritable volonté politique en la matière, comme le relevait encore Michel Bouvier en 2017¹⁰. Pour savoir s'il faut s'en réjouir ou le regretter, il convient toutefois de se demander si la modification proposée vise à doubler la responsabilité politique et pénale des intéressés d'une responsabilité administrative ou disciplinaire, ou si elle est destinée dans l'esprit de ses promoteurs à se substituer à celle qu'ils encourent devant le juge répressif.

Juridiquement, la substitution n'est pas de droit malgré l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle sur cette question depuis 2014-2016. Alors que le cumul de responsabilité pénale et administrative ou disciplinaire a longtemps prévalu dans l'ordre interne, cette solution tend désormais à se restreindre sous l'influence de la CEDH. Tandis que le Conseil constitutionnel juge depuis 1989 qu'un cumul de poursuites et de sanctions est possible pour des mêmes faits dès lors que les unes et les autres ne se situent pas sur le même plan et que « le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹¹, la Cour de Strasbourg a elle posé le principe que de tels cumuls devaient être réservés aux cas les plus graves dans la mesure où ils violaient l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention¹². Or, le Conseil s'est aligné en matière de cumul de responsabilité pénale et fiscale¹³ après l'avoir fait en matière de cumul de responsabilité pénale et administrative / disciplinaire¹⁴ : puisqu'il juge désormais que le cumul « des sanctions (...) infligées à l'issue de poursuites différentes en application de corps de règles distincts » peut « méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines si (...) les sanctions réprime(nt) les mêmes faits », ne sont pas « d'une nature différente », relèvent « du même ordre de juridiction » et protègent les mêmes « intérêts sociaux »¹⁵. En l'occurrence toutefois, si les sanctions peuvent tendre à la répression de mêmes faits, ne pas être de nature différente, on peut se demander si elles visent bien à protéger les mêmes intérêts sociaux dans la mesure où la répression pénale tend à défendre les valeurs cardinales de la société tandis que la responsabilité financière incline à faire en sorte que la dépense publique soit « économe, efficiente et effective »¹⁶, pour reprendre les objectifs assignés aux États par la nouvelle gestion publique. Surtout, elles ne semblent pas destinées à relever du même ordre de juridiction : puisque la Cour de cassation est le juge suprême des recours formés contre les décisions des juridictions pénales alors que le Conseil d'État reste celui de ceux qui visent les décisions de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)¹⁷.

Pourtant, pour Philippe Séguin les choses ont toujours été claires : la mise en cause de l'irresponsabilité des ordonnateurs devant les juridictions financières s'impose comme un moyen de réduire le risque pénal pesant sur les intéressés. Le projet de loi précité de 2009 proposait en conséquence clairement « d'inclure parmi les justiciables de la Cour des comptes ceux qui auraient commis de manière non intentionnelle des faits de favoritisme, étant entendu que les faits commis de manière intentionnelle auraient vocation à continuer de relever du juge répressif »¹⁸.

Alors même que le constat fait par le Procureur Général de la Cour des comptes, Gilles Johanet, dans son discours lors de l'audience solennelle du 15 janvier 2015 reste sans appel : « quand les mauvaises performances d'un décideur caractérisent une faute de gestion grave et causent un préjudice à la collectivité publique », « le citoyen a de plus en plus de difficulté à accepter que les errements (...) ne soient pas suivis de sanctions ». C'est pourquoi il convient de s'interroger : doit-on véritablement se réjouir d'une réforme destinée à transformer le plomb en or ; la responsabilité pénale des donneurs d'ordre devant les juridiction répressive en responsabilité administratives (pour les ministres et les élus locaux) ou disciplinaires (pour les autres ordonnateurs administratifs) devant les juridictions financières ?

Dit autrement, le renforcement de la responsabilité devant les juridictions financières (I) s'impose-t-il véritablement comme une nécessité pour atténuer une responsabilité des ordonnateurs devant les juridictions pénales souvent perçue comme « disproportionnée »¹⁹ par les intéressés (II) ?

I. LE RENFORCEMENT DE LA RESPONSABILITE DEVANT LES JURIDICTIONS FINANCIERES...

En l'état actuel des règles applicables, les ordonnateurs sont soumis à un double contrôle, de gestion et budgétaire. Tandis que le premier « consiste à apprécier la régularité et la performance de la gestion d'un organisme » – sans pouvoir « conduire à juger de l'opportunité des décisions prises par l'exécutif » –, le second, réservé aux chambres

⁹ Savineau J.-C., *loc. cit.*, p. 253.

¹⁰ Bouvier M., *loc. cit.*, p. 17.

¹¹ CC 260 DC du 28.7.1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, R. 71, cs. 22 : cumul de sanctions administrative et pénale ; 423 QPC du 24.10.2014, Cour de discipline budgétaire et financière, JO 2014-249, texte n° 40, cs. 36 : cumul de sanctions disciplinaire et pénale.

¹² CEDH 4.3.2014, Grande Stevens et a. c/ Italie, Aff. n° 18640/10.

¹³ CC 545/546 QPC du 24.6.2016, Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale (2 esp.), JO 2016-151, textes n° 110 et 111, resp. cs. 8 et 7.

¹⁴ CC 1453/454/462 QPC du 8.3.2015, Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié, JO 2015-67, texte n° 98, cs. 28.

¹⁵ CC 546 QPC du 24.6.2016, *préc.*, cs. 7.

¹⁶ Polidano C., « *Administrative reform in core civil services: application and applicability of the new public management* », in *The internationalization of Public Management*, E. Elgar 2001, p. 64.

¹⁷ CE 22.1.2007, Forzy, AJDA 2007. 697, note Biscaino.

¹⁸ « Projet de loi, portant réforme des juridictions financières », *op. cit.*, p. 7.

¹⁹ *Id.*, p. 6.

régionales des comptes, intervient « dès lors qu'un document budgétaire n'est pas adopté ou l'est en déséquilibre »²⁰. Si le Projet de loi de 2009 se proposait de poursuivre la réforme de la gestion publique autour d'un triple objectif de « transparence, performance et responsabilité » des ordonnateurs²¹, c'est parce que les sanctions politiques restent insuffisantes pour les exécutifs locaux et le ministres (A) face à une responsabilité administrative qui reste largement à construire dans l'hypothèse d'une refonte des sanctions disciplinaires actuellement prévues devant la CDBF (B).

A. UNE RESPONSABILITE POLITIQUE INADAPTEE

Parce que le chef de l'État ne peut « rien exécuter mal sans avoir des conseillers méchants et qui haïssent les lois comme ministres, quoiqu'elles les favorisent comme hommes, ceux-ci peuvent être recherchés et punis »²² expliquait Montesquieu dans *De l'esprit des lois*. Paru en 1748, l'ouvrage a été écrit à une époque où la Chambre des communes ne se privait d'ailleurs pas en Angleterre de mettre pénalement en accusation les ministres, pour tout acte qu'elle considérait comme un crime afin de les écarter du pouvoir. Elle n'a notamment pas hésité à les condamner à mort pour une politique jugée mauvaise. C'est pour cela que les intéressés ont commencé à démissionner face à la menace de leur mise en cause. Accusé par la Chambre d'être responsable « de la mauvaise gestion des affaires » du royaume, Sir Robert Walpole décidait ainsi individuellement de quitter le gouvernement en 1741 avant que celui de Lord North n'en fasse par la suite collectivement autant en 1782. Si la responsabilité politique est née de cette pratique, la France a suivi le même chemin à partir de 1792 au niveau national²³ avant que l'élection des exécutifs locaux au suffrage universel indirect ne soit progressivement instaurée à partir du vote de la loi 5 avril 1884 sur les communes. Philippe Ségur en a justement déduit que la responsabilité politique s'entend de procédures susceptibles « d'aboutir à une sanction positive, l'expression de la confiance, ou à une sanction négative, la manifestation de défiance, cette dernière entraînant la perte du pouvoir politique »²⁴.

Cette responsabilité ainsi comprise continue d'être privilégiée s'agissant des ministres et des autorités exécutives locales. Comme le relève J.-L. Heuga, le contrôle de la gestion comme le contrôle budgétaire se concluent tous deux à leur égard par l'édiction d'un rapport (contrôle de la gestion) ou la formulation d'un avis (contrôle budgétaire) de plus en plus rendus publics par la Cour des comptes et généralement publiés par les chambres régionales des comptes. Compte-tenu de la faculté ouverte à l'article 20 de la Constitution au gouvernement de déterminer et conduire la politique de la Nation sous le contrôle du Parlement prévu à l'article 24 ; et du principe de libre administration des collectivités territoriales et de leurs groupements affirmés par ses articles 34 et 72, ces documents n'ont aucun caractère « prescriptifs »²⁵. Car c'est théoriquement aux citoyens d'« apprécier la régularité et la qualité de la gestion de leur élu ou (...) gouvernant »²⁶, soit directement, soit via les assemblées délibérantes. Pour ce faire, les textes ou la pratique ont repris, en l'adaptant, la technique du *name and shame* (*NaS*) pour accroître l'effectivité des conclusions formulées par les juridictions financières. D'inspiration anglo-saxonne, le *NaS* consiste à nommer pour faire honte une personne (en l'occurrence économique) qui ne respecterait pas les règles du jeu (du marché)²⁷. D'une certaine façon, un tel mécanisme a déjà été transposée au niveau national par la Cour des comptes dans le champ politique. Puisque son rapport public annuel évalue en pourcentage le taux d'exécution par le gouvernement ou les collectivités territoriales des recommandations qu'elle ou les chambres régionales des comptes ont précédemment formulées. Or, la loi NOTRe du 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale, a généralisé la solution aux observations formulées à un établissement intercommunal devant les assemblées délibérantes de chacune des communes membres tout en prévoyant l'obligation pour les ordonnateurs locaux de rendre compte des suites qu'ils ont données aux observations des chambres, un an après leur notification. De sorte que la Cour a pu estimer dans son rapport 2019 à plus de 72,4 et 78,9 % le taux d'exécution total ou partiel des recommandation formulées par elle ou les chambres²⁸.

Malgré l'intérêt de tels procédés la sanction par la responsabilité politique est toutefois loin d'être suffisante, faute pour elle d'être une véritable sanction dans de nombreux cas. Pour qu'elle en demeure une, il faudrait que l'autorité destituée ou non reconduite lors du renouvellement générale des élections ait véritablement eu le désir de se maintenir ou de se représenter. Il faudrait en outre que la perte de son mandat politique soit perçue comme une véritable sanction par l'intéressé. Or, en pratique, la responsabilité révocatoire demeure rare²⁹ et on constate que le personnel politique se reclasse de plus en plus dans le secteur privé pour lequel il exerce une activité de lobbying souvent bien plus lucrative – généralement qui plus est à l'ombre confortable de l'anonymat. Un exemple choisi, volontairement tiré d'une personnalité étrangère, permet de l'attester : celui de Manuel Barroso, l'ancien président de la Commission européenne, devenu depuis vice-président pour la Banque Goldman Saxe³⁰.

²⁰ Heuga J.-L., *loc. cit.*, p. 33.

²¹ *Op. cit.*

²² *Oeuvres complètes de Montesquieu*, Firmin Didot Frères 1838, p. 268.

²³ Amson D., « La responsabilité politique et pénale des ministres de 1789 à 1958 », *Pouvoirs* 2000-92. 31.

²⁴ *La responsabilité politique*, PUF 1998, p. 17. V. aussi son article « Qu'est-ce que la responsabilité politique ? », *RDJ* 1999. 1599.

²⁵ Heuga J.-L., *loc. cit.*

²⁶ *Id.*

²⁷ Kerléo J.-F., « L'usage politique du *name and shame* et le droit », in Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Mare & Martin, 2019, p. 199.

²⁸ CdC, *Rapport public annuel*, t. 2, CdC 2019, p. 9.

²⁹ Sur cette question, v. Daugeron B., « L'élection est-elle un remède au déclin de la responsabilité politique ? », *D.* 2010. 2591.

³⁰ « Affaire Barroso : la réponse de la Commission européenne jugée trop faible », *Le Monde* 25.7.2018.

Pour cette raison, une responsabilité administrative – ou disciplinaire pour les ordonnateurs purement administratifs – reste à (ré)-inventer.

B. UNE RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE OU DISCIPLINAIRE A (RE-)INVENTER

C'est la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948, tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'État et de diverses collectivités et portant création d'une Cour de discipline budgétaire et financière qui, la première, à commencer à remettre en cause la conception de la responsabilité des ordonnateurs héritée de la Révolution. Tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 de la CESDH, la CDBF est composée à parité de conseillers d'État et de conseillers maîtres à la Cour des comptes qui siègent sous la présidence du Premier président de la Cour des comptes, le Procureur général près de cette dernière représentant le ministère public devant elle³¹.

Ratione materiae, il lui revient notamment de juger les cas de non-respect des règles d'exécution des recettes, des dépenses et de la gestion des biens des organismes tombant dans son champ de compétence ou encore ceux d'octroi d'un avantage injustifié. Mais *ratione personae*, elle n'est compétente que pour connaître les faits commis par les ordonnateurs purement « administratifs » – agents civils ou militaire de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics³². Les ministres n'en sont en effet pas justiciables et les autorités exécutives locales ne le sont, selon le Code des juridictions financières, qu'en cas d'inexécution d'une décision de justice ou d'octroi d'un avantage injustifié à un tiers via le pouvoir de réquisition que leur confère leur qualité d'ordonnateur³³.

Dans son discours du 5 novembre 2007, pour le bicentenaire de la Cour des comptes, le Président Sarkozy avait pour cette raison semblé vouloir se rallier à l'analyse de Philippe Seguin et donner l'impulsion politique nécessaire à une réforme d'ampleur en la matière. « Trop longtemps », avait-il dit, « on a considéré que le propre de l'argent public était d'être dépensé sans compter, qu'il était dans la nature du service public que son efficacité ne soit pas mesurable et que si l'on devait demander des comptes au comptable, il n'était pas légitime d'en demander à l'ordonnateur ». Mais le Projet de loi précité du 28 octobre 2009 présenté par le premier ministre François Fillon pour réformer la matière n'a « pas survécu au décès de son promoteur, le premier président Séguin, en janvier 2010 », comme le rappelle Pierre Mouzet : l'ambition d'intégrer les missions de la Cour de discipline budgétaire et financière à la Cour des comptes en contrepartie de la création d'une Cour d'appel des juridictions financières compétente pour l'ensemble des fonctions juridictionnelles n'a pas dépassé le stade du travail en commission : le dossier législatif du texte s'éteint au 14 septembre 2010, après la remise de l'Avis n° 2783 de M. Michel Bouvard (mis en ligne le 1^{er} octobre 2010 à 18 heures) – bien que ce dernier ait été favorable à la réforme sous réserve de certains amendements. Comme le résume le député René Dosière, « ces dispositions rendaient passibles de la Cour des comptes les membres du gouvernement et les titulaires de fonctions exécutives locales ainsi que les membres de leurs cabinets qui bénéficient aujourd'hui d'un régime d'irresponsabilité (contrairement aux comptables). Il s'agissait, en cas d'engagement d'une dépense en dehors des règles applicables, de prévoir une amende financière dont le montant maximal pouvait atteindre, selon la gravité de l'infraction, entre la moitié et la totalité de la rémunération annuelle allouée à l'intéressé ». Mais « à l'époque, le gouvernement n'avait pas accepté que l'Assemblée introduise la responsabilité financière des ministres, alors que le projet initial n'évoquait que celle des ordonnateurs locaux »³⁴. La commission des lois de l'Assemblée avait certes tenté de profiter de l'examen du projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles pour réintroduire certains aspects de la réforme. Mais le garde des sceaux du gouvernement Fillon l'avait conduite à les retirer, le 4 juillet 2011, après avoir estimé que l'initiative soulevait « de lourdes questions de principe »³⁵.

Le *statu quo* n'est ainsi pas satisfaisant, dès lors qu'il « peut conduire l'administration à soumettre à la signature des ministres des décisions administratives qui devraient être prises et assumées par les directeurs d'administration centrale, lesquels sont souvent responsables de programme »³⁶. Surtout, l'activité de la CDBF « reste limitée (5 arrêts rendus en moyenne annuelle depuis 2006) malgré des progrès et les amendes prononcées, selon un quantum encadré par la loi, sont généralement de faible montant »³⁷. Cette situation ayant été régulièrement critiquée par le premier président de la Cour des comptes³⁸ avec le soutien d'éminents auteurs en doctrine³⁹, certains plaideurs ont habilement tenté de profiter de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité pour faire remettre en cause l'impunité totale ou partielle des ministres et exécutifs locaux par le Conseil constitutionnel : en invoquant l'inégalité de traitement qui en résultait entre eux et les autres ordonnateurs administratifs. Le juge de la rue Montpensier a toutefois balayé l'argument en considérant que « la différence de traitement qui résulte des dispositions contestées (était) justifiée par

³¹ Art. L. 311-2 s. du CJF.

³² Art. L. 312-1 du CJF.

³³ Art. L. 312-1 et L. 312-2 du CJF.

³⁴ « Questions à René Dosière sur la moralisation de la vie publique », *RFFP* 2018-143. 139.

³⁵ Cité in Mouzet P., « Responsabilité financière des gestionnaires publics : l'occasion gâchée », *AJDA* 2017. 130.

³⁶ Monier F., *loc. cit.*

³⁷ Heuga J.-L., *loc. cit.*

³⁸ V. Migaud D., « La responsabilisation dans la nouvelle gestion publique est-elle effective ? », *RFFP* 2018-143. 129.

³⁹ V. l'article du Professeur Michel Bouvier, *loc. cit.*

une différence de situation »⁴⁰. Dès lors en effet que la CDBF est une juridiction disciplinaire qui inflige des sanctions disciplinaires, il est normal à ses yeux que les ordonnateurs politiques n'en soient en principe pas justiciables : puisqu'ils « ne sont pas soumis à un pouvoir hiérarchique »⁴¹. Alors que, comme le résume Pierre Mouzet, le Conseil constitutionnel « avait une occasion rêvée de (...) faire découvrir » la Cour « aux citoyens, et peut-être à certains élus, en osant censurer leur injusticiabilité », « il l'a manquée », « en cristallisant l'existant »⁴².

Une solution pourrait ainsi consister à substituer à l'analyse du Conseil constitutionnel celle du Conseil d'État voyant dans la CDBF⁴³ et ses sanctions⁴⁴ une responsabilité de nature administrative qu'il conviendrait de renforcer. Si le Premier président Migaud a toujours dit que la Cour des comptes se tenait « prête à formuler des propositions pour (...) étendre le champ des infractions et des justiciables pour lesquels elle est compétente », c'est toutefois parce qu'à ses yeux : « Ne pas envisager une telle réforme aujourd'hui serait prendre le risque de laisser chaque jour un peu plus des irrégularités sans sanction et des gestionnaires publics face au seul juge pénal »⁴⁵. Bien que les juridictions financières soient elles-mêmes parfois à l'origine de poursuites pénales – elles ont procédé à 50 transmissions au parquet pénal en 2014 pour différents motifs, notamment des infractions aux règles de la commande publique⁴⁶ – la réforme ne s'en imposerait donc pas moins pour atténuer la responsabilité des ordonnateurs devant la juridiction répressive. Mais une telle évolution constitue-t-elle véritablement une nécessité ?

II. ... UNE NECESSITE POUR ATTENUER LA RESPONSABILITE DES ORDONNATEURS DEVANT LES JURIDICTIONS PENALES ?

Si certains auteurs en doctrine estiment l'intervention du juge pénal « trop tardive »⁴⁷, le projet de loi de 2009 n'hésitait pas à l'affirmer dans ses propos introductifs : « la sanction pénale » est « souvent disproportionnée »⁴⁸ avant d'expliquer « la pénalisation de certains dysfonctionnements administratifs qui relèveraient plus opportunément du code des juridictions financières » par la « faiblesse du régime de discipline budgétaire et financière »⁴⁹.

De ce point de vue, le garde des Sceaux a eu raison de soulever les « lourdes questions de principe »⁵⁰ soulevées par la réforme. Car la soumission des autorités au droit pénal est une longue revendication des citoyens, comme cela ressort de l'article 18 les cahiers de doléances de la noblesse d'Amiens au moment de la Révolution. Ceux-ci prévoient que leurs représentants « demanderont que les ministres et tous les administrateurs soient responsables envers la nation de leur gestion et jugés suivant la rigueur des lois »⁵¹ sous-entendue pénales puisque la responsabilité politique n'existait pas à cette époque et que la responsabilité « civile » *lato sensu* n'était pas adaptée à la gravité des faits pouvant leur être reprochés. Les hommes de 1789 ayant ainsi été « unanimes à réclamer la responsabilité effective, sérieuse (...) des fonctionnaires »⁵² devant les juridictions répressives, chercher à y substituer une responsabilité devant les juridictions financières soulève de graves questions démocratiques, une telle réforme ne pouvant se justifier que face à un nombre anormalement élevé de poursuites révélant le caractère inadapté des règles applicables. Or, il n'en est rien tant du point de vue des délits intentionnels (A) que non intentionnels (B).

A. DES DELITS INTENTIONNELS SURESTIMES

Depuis l'adoption de loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 organisant la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique, le Livre IV du Nouveau Code pénal contient une Section 3 réprimant de façon spécifique les « manquements au devoir de probité » commis par les préposés de l'administration.

Comme le résume Sylvie Voko dans sa thèse, sont précisément réprimés 4 délits ayant en commun « la qualité particulière de leurs auteurs qui sont nécessairement des personnes exerçant une fonction publique » – au sens large : personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. Réponse du législateur aux scandales politico-financiers qui ont éclaté au tournant des années 1990 autant que conséquence des engagements internationaux de la France, il s'agit d'« infractions intentionnelles » entre autres destinées à préserver « le potentiel économique de la Nation »⁵³ en « contrepartie des prérogatives exorbitantes du droit commun dont » les fonctionnaires visés bénéficient. Or, si certaines de ces infractions font consensus, d'autres font au contraire dissensus dans le monde politique.

⁴⁰ CC 599 QPC du 2.12.2016, Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière, *JO* 2016-282, texte n° 28, es. 9.

⁴¹ *Id.*, es. 8.

⁴² Mouzet P., *loc. cit.*, p. 130.

⁴³ CE 24.2.2006, Set Altus finance, *AJDA* 2006. 1249, chron. Groper et Michaut.

⁴⁴ CE 14.9.2016, ONEMA, *AJDA* 2016. 1717.

⁴⁵ *Loc. cit.*

⁴⁶ Heuga J.-L., *loc. cit.*

⁴⁷ Luppi P., « La pénalisation de la vie financière locale », *RFFP* 2012-119. 71.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 6.

⁴⁹ *Id.*, p. 11.

⁵⁰ Cité in Mouzet P., *loc. cit.*, p. 130.

⁵¹ *Arch. parl.*, t. 1^{er}, p. 740.

⁵² Saint-Girons A., *Essai sur la séparation des pouvoirs*, L. Larose 1881, p. 393.

⁵³ Voko S., *Les atteintes à la probité*, Thèse Université Paris I 2016, p. 11 s.

Les infractions consensuelles correspondent aux infractions traditionnelles de concussion (art. 432-10), de corruption passive ou de trafic d'influence (art. 432-11) déjà réprimées par l'ancien Code pénal. Tandis que la première caractérise le fait pour un fonctionnaire d'exiger le paiement d'une somme qu'il ne sait pas due ou au contraire d'en dispenser le versement, la seconde sanctionne le fonctionnaire qui reçoit des dons ou présents pour faire personnellement un acte de ses fonctions non sujet à salaire. Quant au trafic d'influence, il sanctionne celui qui a accepté des dons ou présents en contrepartie de l'influence, réelle ou supposée, qu'il prétend pouvoir exercer dans l'obtention d'une faveur quelconque ou d'une décision favorable d'une autorité. Alors que la concussion est caractérisée par la décision d'un maire d'imposer à des promoteurs immobiliers de s'acquitter d'une taxe prévue par aucun texte⁵⁴ ou d'exonérer, au contraire, son fils de la redevance d'occupation du domaine public liée à son activité professionnelle⁵⁵, la corruption passive est illustrée par la décision d'un élu d'accepter le versement d'espèces de la part d'entreprises candidates à des marchés publics en échange de leur attribution⁵⁶. Caractérise enfin un trafic d'influence le fait pour le premier adjoint au maire d'user de son poids sur les autres membres de la commission des marchés publics en échange de fonds alimentés par la caisse noire de la société adjudicataire⁵⁷. Parce que l'impact négatif de telles décisions sur l'image de l'administration et les finances publiques heurte le bon sens et est visible par tous, « aucun élu ne parle de risque pénal en matière de corruption ou de trafic d'influence »⁵⁸ explique Didier Rebut. Ni même se permet-on d'ajouter de concussion.

Sont à l'inverse source de dissensus les deux nouvelles infractions de prise illégale d'intérêts et d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession créés par le Code pénal de 1995. La première réprime les fonctionnaires qui sont ingérés dans des activités économiques incompatibles avec leur qualité, soit parce qu'ils ont pris un intérêt dans une entreprise soumise à leur contrôle (art. 432-12), soit parce qu'ils sont partis « pantoufler », c'est-à-dire travailler dans une telle entreprise avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions (art. 432-13). Quant à la seconde, elle sanctionne le fait pour un décideur public ou son mandataire de procurer ou tenter de procurer un avantage injustifié à un tiers, en violation des textes garantissant la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats de la commande publique (art. 432-14). Or, l'une et l'autre de ces infractions sont régulièrement dénoncées par les responsables politiques dans la mesure où le caractère public ou privé de l'intérêt poursuivi est indifférent. La Cour de cassation considère notamment la prise illégale d'intérêt caractérisée par le fait pour des élus municipaux de participer « au vote des subventions bénéficiant aux associations qu'ils président »⁵⁹. Elle juge de même qu'un simple non-respect des règles de procédure suffit à procurer un avantage injustifié à son bénéficiaire au sens du délit de favoritisme⁶⁰. De sorte que les élus sont sanctionnés chaque fois qu'ils méconnaissent les règles applicables, non pour s'enrichir personnellement, mais pour soutenir les entreprises localement implantées dans leur circonscription au nom du développement économique de leur territoire. Ces infractions passent d'autant plus mal, que d'après les chiffres du rapport annuel de l'Observatoire SMACL, sur le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux de 2017, les manquements au devoir de probité constituent le premier facteur de mise en cause pénale des intéressés avec 40% des motifs de poursuites recensés et que parmi eux la prise illégale d'intérêts est l'infraction la plus réprimée⁶¹. Or, les sanctions encourues ne sont pas seulement des peines de prison ou d'amende variables en fonction de l'infraction (de 2 à 5 ans jusqu'à 2 millions d'euros pour la corruption passive et le trafic d'influence) : les contrevenants s'exposent également à un certain nombre de peines complémentaires pouvant être prononcées par le juge, telles que l'interdiction des droits civiques pour cinq ans (art. 432-17).

Certes, le rapport Sauvé *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* de 2011 pointait « une infraction large et sévère qui distingue la France au sein de l'OCDE » s'agissant de la prise illégale d'intérêts. Mais il soulignait dans le même temps « une mise en œuvre concrète qui atténue la sévérité du dispositif »⁶² du fait du faible nombre de saisine de la juridiction pénale et du montant en réalité « modeste » des peines prononcées « (amendes modérées, voire peines d'emprisonnement avec sursis) »⁶³. Un rapport de la commission des Lois du Sénat allait dans le même sens, en estimant à 14 le nombre de condamnations prononcées en 2005 ; 19 en 2006 ; et 10 en 2007⁶⁴ sur les 600 000 élus que compte la République. A cela s'ajoute que l'action de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), créée par les lois organique et ordinaire du 11 octobre 2013, relatives à la transparence de la vie publique, permet aux intéressés d'être mieux informés sur ce que la loi pénale leur interdit de faire, limitant par là-même les risques de condamnation sur le fondement de l'article 432-12⁶⁵. D'autant que le texte permet aux élus de se déposer

⁵⁴ Cass. crim. 16.5.2001, *Dr. pénal* 2001. 125, obs. Véron.

⁵⁵ Cass. crim. 9.5.1999, *Bull. crim.* n° 100.

⁵⁶ CA Fort-de-France 2.10.2014 ; Cass. crim. 12.7.2016, *Pourvoi* n° 15-80.477.

⁵⁷ Cass. crim. 8.1.1998, *Dr. pénal* 1998. 98, obs. Véron.

⁵⁸ Rebut D. cité in « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », tome V, *Doc. S.* 2017- 642, p. 12.

⁵⁹ Cass. crim. 22.10.2008, *Pourvoi* n° 08-82068.

⁶⁰ Cass. crim. 12.11.1998, n° 97-85.333, *Bull. crim.* 1998-159. 424 : contournement des règles de concurrence préalable par la conclusion de plusieurs marchés de gré à gré pour rester en dessous du seuil de déclenchement des procédures formalisées.

⁶¹ Cité in « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », *op. cit.*, p. 6.

⁶² Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, DF 2011, p. 30 et 35.

⁶³ *Id.*, p. 35.

⁶⁴ « Rapport de Mme Anne-Marie Escoffier, sur la proposition de loi visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux », *Doc. S.*, 2010-519.

⁶⁵ Comme en conviennent les sénateurs eux-mêmes : « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », *op. cit.*, p. 17.

au profit de leur délégataires auxquels ils doivent s'abstenir « de donner des instructions ». De même, le montant de la dispense de formalités de publicité et de mise en concurrence préalables pour l'attribution des contrats de la commande publique, autrefois fixé à 4 000 euros HT⁶⁶, est désormais de 25 000 € HT⁶⁷ et sera peut-être de 35 000 demain suivant les projets du gouvernement⁶⁸. Combinée à la possibilité désormais laissée aux élus locaux de recourir à des critères sociaux et environnementaux pour départager les candidats⁶⁹, ces règles leur permettent en réalité d'obtenir le résultat recherché en toute légalité.

En l'absence de données statistiques contraires – sollicitées par le Sénat au gouvernement⁷⁰ – le risque invoqué par les ordonnateurs politiques apparaît ainsi plus psychologique que juridique. Le constat selon lequel « les élus locaux ont (...) sans doute surestimé ces risques car très peu » d'entre eux « ont été effectivement condamnés »⁷¹ reste de ce fait jusqu'à preuve du contraire avéré rendant sans objet les arguments dénonçant une pénalisation excessive de la gestion publique invoqués à l'appui du remplacement des délits intentionnels contestés par une responsabilité financière. L'analyse est d'ailleurs transposable à la répression dont ils font l'objet sur le terrain des délits non intentionnels.

B. DES DELITS NON INTENTIONNELS MARGINALISES

Des autoroutes qui s'arrêtent au milieu de nulle part ; des ponts laissés à l'abandon à moitié construit ; des projets immobiliers faramineux finalement abandonnés... les exemples de mauvais usage de l'argent public ne manquent pas. Si tous ne sont pas pénalement répréhensibles, ceux qui ne le sont pas au titre des manquements intentionnels au devoir de probité peuvent recevoir une qualification pénale sur la base des infractions involontaires : pour peu qu'ils soient à l'origine d'un tel délit. C'est d'autant plus vrai que le Code pénal de 1994 a innové : tout en affirmant qu'« il n'y a pas de crime ou de délit sans la volonté de le commettre », son article 121-3 rappelle l'exception traditionnelle apportée à ce principe en cas de fautes d'imprudence. Mais le nouveau code a comporté deux innovations qui ont, de fait, aggravé le poids de la répression qui pesait sur les décideurs publics, notamment locaux. Tandis que la première a consisté en la création de nouvelles fautes d'imprudence (en cas d'action) ou de négligence (en cas d'inaction)⁷², la seconde s'est concrétisée par la création d'une nouvelle catégorie de faute non intentionnelle : la faute de mise en danger délibérée de la personne d'autrui (en cas d'action ou d'inaction)⁷³. Or, combinées avec la jurisprudence qui s'était établie sous le règne de l'ancien Code pénal, l'une et l'autre de ces innovations est revenue à exposer dans les faits les ordonnateurs politico-administratifs à un risque pénal accru. C'est particulièrement vrai pour la faute de mise en danger délibérée qui permet d'engager la responsabilité de son auteur, même en l'absence de dommage. Les édiles, qui avaient déjà eu l'impression d'être des « bouc[s] émissaire[s] »⁷⁴ à qui l'on faisait endosser une responsabilité pour fait d'autrui à la suite de la condamnation du maire de Saint-Laurent-du-Pont dans l'affaire du « 5/7 »⁷⁵, y ont vu une évolution contraire au principe du Code pénal suivant lequel : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »⁷⁶. C'est pourquoi deux ans seulement après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal l'idée d'une réforme des délits non intentionnels s'est vite imposée comme un moyen de répondre à leur « état anxieux »⁷⁷ avant qu'une nouvelle réforme ne soit votée au milieu de l'an 2000.

La loi n° 96-393 du 13 mai 1996⁷⁸ a d'abord eu pour objet d'obliger le juge répressif à apprécier « *in concreto* » les fautes d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence et de sécurité prévue par la loi ou le règlement, en tenant compte, « le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont » l'auteur présumé de l'infraction « disposait » au moment des faits » (art. 1^{er}). Cette modification présentait un double avantage pour ses destinataires : d'une part, celui de rendre plus difficile la caractérisation de leurs fautes, puisqu'elles ne pouvaient désormais plus être établies par la simple constatation de la violation d'une règle de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou les règlements ; d'autre part,

⁶⁶ Art. 28 et 35 du Code des marchés publics de 2006 (v. D. n° 2006-975 du 1er août 2006, portant code des marchés publics).

⁶⁷ Art. 15 du D. n° 2016-360 du 25.3.2016.

⁶⁸ « Exclusif : le Gouvernement veut relever le seuil des marchés publics à 35 000€ », *Gaz. cnes* 21.6.2019.

⁶⁹ V. notamment art. 52 de l'Ord. n° 2015-899 du 23.7.2015 et 62 du D. n° 2016-360 du 25.3.2016.

⁷⁰ « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », *op. cit.*, p. 21.

⁷¹ Luppi P., *loc. cit.*, p. 71.

⁷² Nouv. C. pén., art. 223-7 : délit sanctionnant le fait de ne pas prendre ou provoquer les mesures permettant de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes ; art. 322-5 : délit de dégradations volontaires par explosion ou incendie résultant de la maladresse ou de l'imprudence.

⁷³ Nouv. C. pén., art. 223-1.

⁷⁴ Albertini P., « La responsabilité des élus locaux : nécessité et aberrations », *Pouvoirs* 2000-92. 111. L'expression se trouvait déjà sous la plume de Jean Foyer en 1974 (« Rapport de M. Jean Foyer, sur la proposition de loi relative à la mise en cause pénale des maires et tendant à modifier les articles 681 et suivants du Code de procédure pénale », *Doc. AN* 1974-1120, p. 3).

⁷⁵ Du nom de l'incendie de la discothèque qui a coûté la vie 146 personnes dans la nuit du 31 octobre au 1^{er} novembre 1970 alors que l'établissement fonctionnait au vu et au de tous, sans autorisations administratives et sans respecter les normes des établissements recevant du public. V. Trib. corr. Lyon 20.11.1972, *Bas et a.*, *GP* 1973-3. 3 ; CA Lyon 4e ch. 13.7.1973, *Bas et a.*, *GP* 1973-318. 830, note X...

⁷⁶ Nouv. C. pén., art. 121-1.

⁷⁷ Selon le mot de Jean Foyer, *JOAN CR*, séance du 9.7.1974, p. 3419.

⁷⁸ « Proposition de loi de J. Larché et a., relative à la responsabilité pénale des élus locaux pour des faits d'imprudence ou de négligence commis dans l'exercice des fonctions », *Doc. S.* 1995-406. D'autres propositions avaient été formulées dans le même sens. V. « Proposition de loi de C. Huriet, relative à la protection pénale des exécutifs locaux à raison des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions », *Doc. S.* 1995-255 ; « Proposition de loi d'A. Geoffroy et a., relative à la protection pénale des exécutifs locaux à raison des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions », *Doc. AN*, 1995-2135 ; « Proposition de loi de J. Bruhnes et a., relative à la protection pénale des élus des collectivités territoriales », *Doc. AN*, 1995-2249.

celui de permettre aux ordonnateurs qui avaient délégué leur pouvoir, au sens pénal du terme, de se dégager de leur responsabilité. Le législateur profitait en effet de la réforme pour décliner la règle formulée à l'article 121-3 du Code pénal aux articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT et à l'article 11 bis A de la loi du 13 juillet 1983 dans une formulation légèrement différente, sous certains aspects plus avantageuse pour les ordonnateurs. Alors que les autres justiciables sont responsables « s'il est établi » qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de leurs missions ou de leurs fonctions, de leurs compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont ils disposaient (art. 121-3 du Code pénal), les autorités exécutives locales, leur suppléant, leur délégataire et les fonctionnaires, eux, ne sont responsables « *que s'il* » est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient « *ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie* » (art. L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du CGCT et 11 bis A de la loi modifiée du n° 83-634 du 13 juillet 1983). Le juge est ainsi systématiquement obligé de tenir compte de leur situation lorsqu'ils sont poursuivis, tandis qu'il n'est tenu de le faire que « le cas échéant » lorsque d'autres justiciables sont en cause selon l'article 121-3 du Code pénal. Et il doit toujours prendre en considération « les difficultés propres aux missions que la loi (leur) confie » alors que cette exigence n'existe pas pour les autres mis en cause.

Cette réforme ayant malgré tout été jugée insuffisante par ses destinataires, le parlement a voté à l'initiative du sénateur Pierre Fauchon une nouvelle réforme avec la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Son intérêt est d'avoir introduit un « système de faute qualifiée à deux branches »⁷⁹, fonction du lien de causalité entre la faute et le dommage. Si ce lien est direct, une faute simple d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence et de sécurité prévue par la loi ou le règlement continue, comme avant, à ne pouvoir engager la responsabilité pénale d'un ordonnateur « que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie ». Mais, selon une circulaire ministérielle, ces règles ne sont plus appelées à jouer que dans deux hypothèses : 1°) lorsque la personne poursuivie frappe ou heurte elle-même la victime ; ou 2°) lorsqu'elle initie le mouvement de l'objet qui le fait⁸⁰. Car sorti de ces situations, le lien de causalité doit être considéré comme indirect, et ce sont de nouvelles dispositions qui s'appliquent. Or, celles-ci innovent en exigeant une faute « lourde » dont la nature varie : pour engager la responsabilité de son auteur, il doit s'agir d'une faute délibérée en cas de mise en danger volontaire d'autrui traduisant une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité ; et d'une faute caractérisée en cas d'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité que son auteur ne pouvait ignorer. Dans la mesure où cette évolution laisse intact le régime de la responsabilité « civile » de l'auteur d'une faute de service⁸¹, elle a permis de dépenaliser certaines des fautes d'imprudence qui pouvaient leur être reprochés dans l'exercice de leurs fonctions⁸², en substituant la responsabilité pécuniaire de leur administration à leur responsabilité pénale. Cette disposition, plus douce⁸³, est ainsi particulièrement favorable aux ordonnateurs. Car ce qu'on leur reproche le plus souvent, c'est d'avoir « créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage »⁸⁴, ou de n'avoir « pas pris les mesures permettant de l'éviter »⁸⁵, c'est-à-dire d'avoir indirectement causé le préjudice, en engageant les dépenses nécessaires. C'est ainsi qu'un maire a, par exemple, été poursuivi pour homicide involontaire suite à l'effondrement d'une cage de but municipale défectueuse sur un enfant de 13 ans pour ne pas l'avoir fait détruire – avant d'être relaxé après avoir apporté la preuve de son souci constant de la sécurité de ses administrés et de ce que l'équipement avait été utilisé à son insu⁸⁶.

Le risque pénal dénoncé par les élus à l'appui de ces réformes ne semble toutefois là encore pas avoir été suffisamment significatif pour justifier leur adoption. D'après les chiffres avancés par la commission Massot, seules 54 autorités exécutives locales avaient été mises en examen entre mai 1995 et avril 1999⁸⁷. De sorte que si l'on considère, comme le législateur, que la catégorie d'élus visée compte 50 000 membres⁸⁸, la réforme n'était destinée

⁷⁹ « Faciliter l'exercice des mandats locaux : analyse des résultats de la consultation », tome VI, *Doc. S.* 2018, p. 22.

⁸⁰ En ce sens, v. Circ. Crim. 009/F1 du 11.10.2000, présentant la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, *BOMJ* 2000, p. 86. La jurisprudence paraît toutefois décidée à adopter une conception plus large de la causalité directe, en considérant comme causes directes du dommage toutes les fautes qui ont joué un rôle « essentiel[] et déterminant[] » dans sa réalisation (Cass. crim. 29.10.2002, *X...*, *Bull. crim.*, n° 196 ; 22.3.2005, R. et F.-D. et a. (2 esp.), *Dr. pén.* 2005, n° 7, p. 15). Elle semble ainsi avoir rejeté « une conception étroitement mécaniste de la causalité » en admettant « qu'une cause médiate puisse être qualifiée de directe lorsqu'elle est adéquate » (Cotte B. et Guihal D., « La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle », *Dr. pén.* 2006-4, 7, n° 19).

⁸¹ Cette dernière continuant à ne pouvoir engager que la responsabilité administrative de la personne publique employeuse devant le juge administratif (CA Poitiers 2.2.2001, *Min. pub. et a.*, *JCP G* 2001, II.10534, p. 1053 ; Cass. crim., 4.6.2002, *X...* et a., *D.* 2003, 95).

⁸² Pour le garde des Sceaux Elisabeth Guigou (*JO Sénat CR*, séance du 27 janv. 2000, p. 407) et certains auteurs, la réforme de 1996 instituait une cause objective d'irresponsabilité pénale, du fait qu'elle posait le principe de la responsabilité des agents publics en cas de délits d'imprudence, « sauf si ». Le juge judiciaire a toutefois estimé qu'il ne s'agissait pas d'un fait justificatif (Cass. crim. 14.10.1997, *Haon*, *Bull. crim.*, n° 334), à juste titre dès lors que la réforme agit directement sur les éléments constitutifs de l'infraction en précisant la notion de faute d'imprudence (note Y. Mayaud sous TGI Lyon ch. corr., 26.9.1996, *RSC* 1997, 834).

⁸³ Cass. crim., 12 déc. 2000, Rostaing Capaillon et a., *Bull. crim.*, n° 371.

⁸⁴ Cette hypothèse correspond à la notion doctrinale « d'auteur indirect », cette dernière désignant les « personnes qui, sans avoir directement causé le dommage, ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis sa réalisation » (Le Guéhec F., « L'élément moral de l'infraction », *in J.-Cl. pén.*, art. 121-3, n° 68).

⁸⁵ Cette hypothèse correspond à la notion doctrinale « d'auteur médiate », l'expression renvoyant à « celui qui laisse commettre l'infraction, en raison d'une omission fautive, par une personne placée sous son autorité » (*id.*, n° 69).

⁸⁶ Trib. corr. La Rochelle 7.9.2000, *D.* 2000, IR, p. 250-251 ; CA Poitiers, ch. corr., 2.2.2001, *Min. pub. et a. c/ Dr.*, *JCP G* 2001, n° 21-22, II.10534, p. 1053 ; Cass. crim. 4.6.2002, *X...* et a., *D.* 2003, p. 95.

⁸⁷ Et sur les 33 décisions connues, 19 étaient des décisions de relaxe, seules 14 condamnations ayant été prononcées : 10 pour homicide involontaire ; 2 pour blessures involontaires et 5 pour infraction au droit de l'environnement (Massot J. (dir.), *La responsabilité pénale des décideurs publics : rapport au garde des Sceaux*, Doc. fr. 2000, p. 109).

⁸⁸ V. « Intervention de René Dosière, rapporteur, lors de la discussion de la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », *JOAN CR*, séance du 5 avr. 2000, p. 3126.

qu'à remédier à la situation de 0,108 % d'entre eux. Compte tenu de la faiblesse de ce pourcentage, la situation n'était donc en rien révélatrice d'un risque pénal particulier pesant sur les intéressés⁸⁹. L'exposé des motifs de la proposition de loi déposée par Pierre Fauchon en 1999 concédait d'ailleurs qu'« il [était] (...) difficile (...) de mesurer les effets de la loi du 13 mai 1996 »⁹⁰. Les sénateurs ont depuis pu constater que « les atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité physique ou atteintes à la sécurité d'autrui » ne constituent que « le cinquième motif de poursuite des élus locaux »⁹¹, avec un taux de mise en cause pénale extrêmement faible, évalué à « de 7,09 pour mille » pour les maires sur la mandature 2014-2020⁹². Ces chiffres n'étant pas exhaustifs, ils ont certes ici aussi demandé au gouvernement de procéder à « une cartographie du risque pénal » exact pesant sur les décideurs publics locaux pour « parvenir à une connaissance qualitative et quantitative précise du » phénomène « par type d'infraction et type de collectivité »⁹³. Mais dans l'attente de ces données, la construction d'un statut pénal sur mesure pour les ordonnateurs locaux d'un régime spécifique des infractions non intentionnelles leur apparaissait « pas plus opportune qu'utile »⁹⁴.

* *
*

En conclusion, à la question : y-a-t-il un chaînon manquant entre la responsabilité politique et la responsabilité pénale des ordonnateurs ?, la réponse est : oui, à l'évidence. Car comme le relève, René Dosière il est tout de même étonnant que « dans le système actuel, la responsabilité financière ne concerne que le comptable soit l'exécutant et pas celui qui a donné l'ordre ! »⁹⁵.

Pour autant, sa création ne doit pas se substituer à la responsabilité pénale qu'encourent les intéressés pour les fautes les plus graves qui peuvent leur être reprochées ; elle doit venir s'y ajouter pour sanctionner les cas d'impéritie grossièrement contraire à la performance de l'action publique qu'implique le nouvel ordre public économique véhiculé par mondialisation. De ce point de vue, on peut regretter le problème de sincérité de certaines études d'impact⁹⁶, comme celle qui a été produite en 2009 : car cette dernière affirmait de façon péremptoire que la « faiblesse du régime de discipline budgétaire et financière explique pour une bonne part un déport sur le droit pénal et la pénalisation de certains dysfonctionnements administratifs qui relèveraient plus opportunément du code des juridictions financières » sans livrer aucune donnée statistique vérifiable des poursuites pénales visant les élus à l'appui de cette allégation démentie depuis par les chiffres qui ont été livrés⁹⁷.

La réforme n'en pose certes pas moins la question du cumul des sanctions. Mais sa constitutionnalité ne semble pas faire de doute au regard de la règle « *non bis in idem* » en l'état actuel de la jurisprudence du juge Montpensier sous une seule réserve qui devrait être de nature à rassurer les ordonnateurs sur leurs craintes de se voir deux fois plus exposés au risque de sanctions : « le principe de proportionnalité », il faut le redire, « implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »⁹⁸. Cette garantie vient ainsi s'ajouter au principe d'individualisation de la peine qui impose au juge de l'adapter aux spécificités du dossier et à la personnalité du mis en cause⁹⁹ et aux réformes déjà intervenues pour davantage encadrer la répression des délits non intentionnels.

Entourée de ces précautions, la coexistence d'une responsabilité des ordonnateurs devant les juridictions financières et pénales semble consubstantielle à la nouvelle rationalité économique véhiculée par la mondialisation. Le paradoxe est que ceux qui reconnaissent les mérites de la libéralisation des marchés et de la transposition du modèle entrepreneurial à la fonction publique sont parfois ceux-là même qui s'opposent à une telle évolution. Comme s'ils refusaient de tirer toutes les conséquences des dogmes économiques qu'ils défendent par ailleurs lorsqu'ils les touchent directement. Les invités à y réfléchir n'est pas le moindre intérêt de cette étude.

⁸⁹ Paradoxalement, le législateur tirait argument du « décalage entre la réalité des chiffres (...) et le sentiment d'insécurité qui existe chez les décideurs publics » pour justifier la réforme (*Id.* p. 3127).

⁹⁰ « Proposition de loi précitée », *Doc. S.* 2000-9 rectifié, p. 3. Dans le même sens, v. intervention précitée d'Élisabeth Guigou, *JO Sénat CR*, séance du 28.4.1999, p. 2508 ; « Rapport de P. Fauchon », *Doc. S.* 2000-177. 21. V. pour les auteurs ayant une appréciation plus nuancée : Thiriez F., « L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 106 ; Salvage P., « L'imprudence en droit pénal », *JCP G* 1996, I.3984, n° 27.

⁹¹ « Faciliter l'exercice des mandats locaux : la responsabilité pénale et les obligations déontologiques », *op. cit.*, p. 7.

⁹² *Id.*, p. 6.

⁹³ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁵ *Loc. cit.*

⁹⁶ Également relevé par certains parlementaires : v. « Proposition de loi organique de M. Franck Montaugé, visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi », *Doc. S.* 2017-610 ; « Rapport de M. Jean-Pierre Sueur, sur la proposition de loi organique visant à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi », *Doc. S.* 2018-317.

⁹⁷ « Projet de loi portant réforme des juridictions financières. Étude d'impact établie en application de l'article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution », p. 11.

⁹⁸ CC 546 DC du 24.6.2016, *préc.*, es. 8.

⁹⁹ CC 520 DC du 22.7.2005, Reconnaissance préalable de culpabilité, *R.* 118, es. 3.