

Date : 12 juillet 2022

À : Jérôme GOEMINNE – Président du SMPS

De : Claude EVIN - avocat, médiateur, cabinet EVIN Avocat

Hugo-Bernard POUILLAUDE – Avocat associé responsable du Pôle Droit public

Marie ROUX – Avocate collaboratrice en droit public

Ingrid BOURGOIN – Juriste en droit public

Objet : Note relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics

Contexte de l'ordonnance

L'ordonnance du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics procède à la refonte du régime juridique applicable. Cette réforme a pour objectif de mettre un terme au régime actuel séparant comptables et ordonnateurs au profit d'un régime de droit commun de responsabilité unifié. La Cour des comptes sera désormais le seul juge compétent pour connaître des actes de mauvaise gestion financière pour ces deux catégories d'agents.

Prise sur le fondement de l'article 168 de la loi de finances pour 2022, son entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2023.

Outre les gestionnaires hospitaliers, seront concernés par ce texte l'ensemble des gestionnaires publics, y compris les membres de cabinet¹ titulaires comme contractuels, ainsi que les gestionnaires d'organismes relevant du code de la sécurité sociale et les élus locaux.

S'agissant spécifiquement des hypothèses qui s'appliqueront aux établissements de santé, l'ordonnance dresse d'une part un tableau de l'ensemble des manquements qui pourront être constatés et des sanctions applicables. D'autre part, elle procède à la refonte de la procédure contentieuse.

La présente note s'attachera à en présenter les nouveautés : la création de la notion de manquement ayant causé un « préjudice financier significatif » **(I)** et la mise en place d'un nouveau régime de sanctions **(II)**.

¹ Nouvel article L. 131-1 du code des juridictions financières : sont à titre d'exemple concernés les membres des cabinets ministériels, de présidents de collectivités territoriales, de maires, de présidents élus de groupements de collectivités territoriales.

Table des matières

I.	La création du « préjudice financier significatif » : point de cristallisation de la nouvelle réforme	2
A.	Ce que prévoit l'ordonnance : la faute à l'origine d'un « préjudice financier significatif »	2
B.	L'appréciation opérationnelle du « préjudice financier significatif » : des contours encore flous	3
1.	Analogie avec « l'acte anormal de gestion »	3
2.	Analogie avec la responsabilité des comptables publics	3
C.	Sécuriser les procédures : la ventilation de la responsabilité	4
II.	La mise en place d'un nouveau régime limitatif de sanctions	7
A.	Une nouvelle grille de manquements sanctionnables	7
B.	La refonte de la procédure contentieuse au profit de la Cour des comptes	9

I. La création du « préjudice financier significatif » : point de cristallisation de la nouvelle réforme

L'ordonnance crée la notion de « *préjudice financier significatif* » qui devra être la conséquence des manquements constatés et reprochés à l'agent. Le présent développement s'attachera à présenter le cadre théorique de cette nouvelle notion et à envisager quelle en sera l'application opérationnelle.

A. Ce que prévoit l'ordonnance : la faute à l'origine d'un « préjudice financier significatif »

Le texte indique que le gestionnaire public qui, par un manquement aux règles d'exécution des recettes et des dépenses qui s'imposent à lui ou par la mise en œuvre d'un acte « anormal de gestion » de son établissement, commet une faute grave causant un préjudice financier significatif, est susceptible de se voir infliger une amende².

La notion de « *préjudice financier significatif* » devra être appréciée au regard du montant de celui-ci, rapporté au montant total du budget de l'établissement ou du service dont le gestionnaire est tenu responsable.

Toutefois, l'ordonnance ne va pas plus loin et se cantonne à cette définition. Il reviendra donc à la Cour des comptes d'en préciser les contours, entraînant une insécurité juridique certaine dans les premiers temps d'application de la réforme.

² Nouvel article L. 131-9 du code des juridictions financières

A noter : l'ARS, dès lors qu'elle aura approuvé les faits constitutifs de l'infraction, sera soumise au même régime de sanction. Dès lors, elle pourra être réservée quant à la perspective de multiplier des lettres de couverture.

B. L'appréciation opérationnelle du « préjudice financier significatif » : des contours encore flous

Pour mieux comprendre ce qui sera entendu par « préjudice financier significatif », l'étude par analogie avec des notions déjà mises en œuvre pourra être pertinente.

1. Analogie avec « l'acte anormal de gestion »

Dans une entreprise privée, l'acte anormal de gestion est un acte contraire à l'intérêt de la société (mise d'une dépense ou d'une perte à la charge de l'entreprise, privation d'une recette) et qui ne se justifie pas par son exploitation.

→ Dans ces hypothèses, l'Administration fiscale examine les dépenses qui ne se rattachent pas à l'intérêt direct de l'entreprise mais aussi l'appréciation qui a été faite par le chef d'entreprise du risque inhérent à l'opération en cause.

Dans le cas d'un établissement public de santé, il pourra être considéré que l'intérêt de l'établissement est central dans la qualification de l'acte anormal de gestion. L'intérêt du service public hospitalier pourra également constituer un élément d'appréciation des actes de gestion, notamment garantir sa continuité. A cette considération, il peut être envisagé que le juge tiendra également compte de la connaissance par le gestionnaire du risque qu'il a pris.

A cet égard, il sera important de tracer les motivations des décisions adoptées pour justifier tout éventuel risque pris, notamment financier.

2. Analogie avec la responsabilité des comptables publics

Le régime actuellement applicable aux comptables publics est également pertinent pour comprendre ce que pourra être la mise en œuvre concrète du « *préjudice financier significatif* ». En effet, leur régime prévoit déjà la notion de préjudice financier causé à l'établissement en raison d'un manquement.

Caractérisation du préjudice. La jurisprudence financière caractérise l'existence d'un préjudice pour l'organisme public en s'appuyant sur trois éléments³ :

- La réalité du service fait ;
- Le caractère dû ou indu de la dépense au regard de la régularité comptable de l'opération et des principes d'ordre public financier⁴ ;
- La volonté de l'ordonnateur.

³ Cour des comptes, chambres réunies, 26 mai 2016, Direction régionale des finances publiques de Rhône-Alpes, n° S-2016-1602

⁴ CE, Assemblée, 12 juillet 1907, Ministre des finances c/ Nicolle

Appréciation du préjudice financier. Les comptables publics sont tenus au paiement du débet lorsque le manquement commis a causé un préjudice financier à l'organisme public⁵. Cette notion est ensuite appréciée par le juge au regard :

- De l'existence réelle d'un manquement : inexactitude de la liquidation de la dépense, manquement à l'égard d'une obligation qui s'impose au comptable ;
- Du lien de causalité entre le manquement et le préjudice financier à la date du manquement ;
- De la réalité du fondement juridique de la dépense.

→ Cette grille de lecture émanant de la jurisprudence relative aux comptables publics peut permettre d'envisager le contour de la future réforme.

Toutefois, il peut également être considéré que son application sera moins sévère dans la mesure où le texte de l'ordonnance qualifie les préjudices financiers causés par le gestionnaire de « significatifs ». L'ordonnance restreint ainsi le périmètre des préjudices financiers causés et donc les hypothèses de manquements qui pourront être reprochés aux gestionnaires publics.

C. Sécuriser les procédures : la ventilation de la responsabilité

Comme exposé *supra*, l'ordonnance semble ouvrir un régime moins sévère que celui qui est applicable actuellement aux comptables publics.

Afin de sécuriser les prises de décisions, il pourra être conseillé aux gestionnaires publics de se prémunir de toute mise en cause de leur responsabilité en associant à la décision plusieurs acteurs. Il s'agira ainsi de démontrer la connaissance et l'appréciation des risques pris par le gestionnaire, que ce dernier a mis en rapport avec la recherche de l'intérêt de l'établissement.

Pourront à cet égard être recommandé de :

- Favoriser la collégialité des prises de décisions (recours au directoire et éventuellement au conseil de surveillance en fonction des compétences de chacune de ces instances) et en tracer les débats ainsi que les prises de décisions par la voie de comptes-rendus et de procès-verbaux. L'objectif étant de formaliser ce que le juge pourra considérer comme la « **volonté de l'établissement** » et rechercher l'adéquation entre celle-ci et la décision du gestionnaire⁶.
- Mettre en place des procédures internes d'alertes : à titre de comparaison, concernant les comptables publics, le juge financier a pu considérer dans certaines jurisprudences qu'il lui

⁵ Article 90 de la loi du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011

⁶ « seule l'adoption par le conseil de surveillance d'un règlement intérieur sur le temps de travail des médecins pouvait **attester de la volonté de l'établissement** » ; CRTC, Nord Pas de Calais Picardie, 12 mars 2015, n° 2015-0012

revenait d'alerter l'ordonnateur de dysfonctionnements pouvant causer un préjudice financier à l'établissement⁷.

Nous attirons toutefois l'attention sur le fait que la consultation d'un conseil de surveillance ou d'un directoire⁸ ne peut permettre de l'impliquer dans la décision que si le sujet sur lequel il est consulté relève de l'une des compétences d'attribution de l'instance consultée⁹.

Le Conseil de surveillance de l'établissement délibérant notamment sur « 3° *Le compte financier et l'affectation des résultats* ; »¹⁰, sa consultation sera pertinente afin de lui soumettre les projets financiers à ce titre.

Le Directoire étant nécessairement consulté préalablement à la fixation de l'état de recettes et de dépenses par le directeur¹¹, une concertation sur les enjeux financiers des décisions envisagées pourra également contribuer à les sécuriser.

→ De manière générale, il sera toujours recommandé de consulter les instances collégiales de l'établissement dès lors que la question soumise pourra entrer, même selon une lecture extensive, dans le périmètre de leurs compétences. En outre, ces délibérations et avis pourront être conservés durant la durée d'application de la décision qui aura été prise afin d'en justifier du bien-fondé.

⁷ Exemples dans le cadre de la mise en jeu de la responsabilité d'un comptable public :

« Attendu qu'à supposer que le débiteur ait été personnellement insolvable, **le comptable aurait dû alerter l'ordonnateur sur la nécessité de rechercher d'autres débiteurs et d'émettre un titre à leur encontre**, afin de permettre d'en poursuivre le recouvrement ; » C. comptes, 4e ch., 15 déc. 2011, Centre hospitalier et de moyen séjour « Les Genêts d'or » d'Evau-les-Bains, n° 62397

« qu'en s'abstenant d'effectuer des relances auprès des services de l'ordonnateur et **en ne mettant pas en œuvre en 2008 et 2009 de procédure d'alerte adaptée, elle a méconnu l'obligation de mise en recouvrement** imposée par le décret susmentionné ; » C. comptes, 3e ch., 28 nov. 2014, Université de Limoges, n° 71179

« Attendu qu'il résulte de l'instruction que **l'agent comptable n'a alerté le président de l'université des difficultés spécifiques rencontrées pour recouvrer la créance** correspondant au colloque susmentionné qu'en octobre 2006, alors que le colloque avait été organisé en octobre 2001 ; » : C. comptes, 3e ch., 12 juill. 2013, Université de La Réunion, n° 67324.

⁸ « qu'une décision du 1 septembre 2010 de la directrice adjointe des ressources humaines a octroyé le bénéfice de cette indemnité à Mme M. ; qu'aucune décision du code de la santé publique ne soumet une telle décision à une délibération du directoire ni du conseil de surveillance » CRTC, Centre hospitalier Henri Laborit - Poitiers, n°2017-0042.

⁹ CRTC, Bourgogne Franche-Comté, 18 juill. 2017, Etablissement hospitalier public – Lormes, n° 2017-16.

¹⁰ Article L. 6143-1 du code de la santé publique

¹¹ Article L. 6143-7 du code de la santé publique

Focus : le recours aux intérimaires.

Ce recours parfois rendu nécessaire dans certains établissements pourra être remis en cause dans l'appréciation de leur bonne gestion, notamment au regard des coûts induits.

1° Problématiques posées par le recours aux intérimaires

Il faut en effet rappeler que l'article L. 6146-3, du code de la santé publique prévoit un plafond de dépenses susceptibles d'être engagées par praticien par un établissement public de santé au titre d'une mission de travail temporaire. Les articles R. 6146-25 et R. 6146-26 en ont précisé les modalités d'application. Par ailleurs, l'article L. 6146-4 indique que « Lorsque le comptable public constate, lors du contrôle qu'il exerce sur la rémunération du praticien ou sur la rémunération facturée par l'entreprise de travail temporaire, que leur montant excède les plafonds réglementaires, il procède au rejet du paiement des rémunérations irrégulières. Dans ce cas, il en informe le directeur de l'établissement public de santé, qui procède à la régularisation de ces dernières dans les conditions fixées par la réglementation. »

Par ailleurs, le même article précise que « Le directeur général de l'agence régionale de santé, lorsqu'il est informé par le comptable public de l'irrégularité d'actes juridiques conclus par un établissement public de santé avec une entreprise de travail temporaire, en application de l'article L. 6146-3, ou avec un praticien pour la réalisation de vacations, en application du 2° de l'article L. 6152-1, défère ces actes au tribunal administratif compétent »

2° Hypothèses de sécurisation de ce recours

Le non-respect du plafond de rémunération pourrait ainsi être sanctionné. Le directeur de l'établissement confronté à la nécessité, dans l'intérêt de l'établissement, de rémunérer un professionnel au-delà du plafond réglementaire ne devrait s'engager dans une telle démarche qu'après avoir informé préalablement le comptable public et le directeur général de l'agence régionale de santé. Le fait d'avoir consulté préalablement le directoire de l'établissement ainsi, qu'éventuellement, la commission médicale de l'établissement, pourra justifier du caractère indispensable d'une telle décision dans l'intérêt de l'établissement.

En outre, il pourra être pertinent de solliciter formellement l'avis du Conseil de surveillance de l'établissement, compétent pour se prononcer sur « la politique d'amélioration continue de la qualité, de la sécurité des soins et de la gestion des risques ainsi que les conditions d'accueil et de prise en charge des usagers » (article L. 6143-1 du CSP). Il s'agira ainsi de faire valoir l'impératif de continuité du service public hospitalier et des soins.

II. La mise en place d'un nouveau régime limitatif de sanctions

L'ordonnance prévoit un régime d'amendes graduelles selon l'importance de la faute, le contexte factuel, leur réitération et l'importance du préjudice financier. Leur montant maximal sera de six mois de rémunération annuelle de la personne visée¹².

Le présent développement s'attachera à présenter quelles seront les fautes visées et la nouvelle procédure de sanction.

A. Une nouvelle grille de manquements sanctionnables

L'ordonnance procède à la définition des nouvelles infractions pouvant donner lieu à une procédure de sanction. Ces infractions sont limitativement énumérées, ce qui aura pour conséquence de contraindre l'appréciation du juge financier qui n'aura que peu de marge de manœuvre pour se positionner sur la faute du gestionnaire.

- **La faute de gestion des dirigeants¹³.**

La faute de gestion concerne les agents occupant un emploi de direction d'établissement. Elle vise les agissements considérés comme contraires aux intérêts de ce dernier et qui lui ont causé un « *préjudice financier significatif* ».

L'ordonnance renvoie ainsi explicitement à la notion d'agissements réalisés en méconnaissance des intérêts de l'établissement : une carence grave dans les opérations de contrôle qui lui incombent ; des négligences ou omissions répétées dans le rôle de direction.

Ici, l'analogie est donc naturellement faite avec la notion d'acte anormal de gestion détaillée *supra*. **Il pourra être considéré que la recherche de l'intérêt de l'établissement et du service public sera centrale** pour caractériser ou non l'existence d'une faute de gestion. Il pourra donc à nouveau être recommandé de tracer les justifications des choix opérés par les gestionnaires afin de les sécuriser.

- **L'octroi d'avantages injustifiés¹⁴.**

Sont visés par l'ordonnance les avantages injustifiés octroyés par un gestionnaire public par intérêt personnel (direct ou indirect). La qualité du destinataire est indifférente, de même que la nature de l'avantage, qui peut être pécuniaire ou non. De même, le champ de l'avantage injustifié est élargi par l'ordonnance aux avantages procurés à soi-même.

La notion d'intérêt personnel sera centrale pour apprécier le caractère injustifié de l'avantage, à l'instar des actes de gestion ayant entraîné un préjudice financier significatif pour lesquels est recherché l'intérêt poursuivi par la décision du gestionnaire.

¹² Nouvel article L. 131-16 du code des juridictions financières

¹³ Nouvel article L. 131-10 du code des juridictions financières

¹⁴ Nouvel article L. 131-12 du code des juridictions financières

- **La gestion de fait¹⁵.**

La gestion de fait renvoie au maniement de fonds publics par une personne n'ayant par la qualité de comptable public. L'ordonnance maintient la définition qui prévalait avant son adoption et indique que sont qualifiées de comptables de fait les personnes qui :

- s'ingèrent dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public doté d'un poste comptable ou dépendant d'un tel poste sans en avoir la qualité ou agissant en-dehors de son contrôle ;
- détiennent ou manient irrégulièrement des fonds ou des valeurs ;
- reçoivent ou manient directement ou indirectement des fonds ou valeurs extraits irrégulièrement de la caisse d'un organisme public ;
- procèdent à des opérations portant sur des fonds ou valeurs n'appartenant pas aux organismes publics, mais que les comptables publics sont exclusivement chargés d'exécuter.

A titre d'illustrations, la gestion de fait a été caractérisée par le Conseil d'Etat :

- Dans l'hypothèse de la dissimulation au comptable public du caractère fictif d'une opération présentée comme une cession des biens et du fonds de commerce d'une clinique. La Cour des comptes avait alors à juste titre considéré qu'en l'absence de transfert réel des biens incorporels à l'hôpital et de contrepartie réelle à cette partie de l'acquisition, celle-ci était purement fictive et caractérisait une gestion de fait¹⁶.
- Dans l'hypothèse de l'encaissement de recettes publiques par un cocontractant de l'Administration sans habilitation expresse de celle-ci¹⁷.
- Dans l'hypothèse où une convention de mandat ne serait pas respectée à la lettre¹⁸.

Point de vigilance : le régime d'amende spécifique à la gestion de fait. Le montant maximal des amendes fixées à six mois de rémunération annuelle s'applique également à la personne s'étant rendue coupable de gestion de fait. Il sera alors tenu compte de l'importance de l'infraction, de sa durée, de ses circonstances, ainsi que du comportement et de la situation matérielle du comptable de fait. L'amende pourra être cumulée avec une autre amende qui trouverait à s'appliquer.

- **Les agissements ayant eu pour conséquence de faire échec à une procédure de mandatement d'office¹⁹.**

Le mandatement d'office est un acte administratif qui donne au comptable l'ordre de payer la dette d'un établissement en cas de carence de l'ordonnateur qui ne l'aurait pas inscrite au budget. Le DG de l'ARS peut alors, après mise en demeure restée sans suite, procéder au mandatement d'office d'une dépense ou au recouvrement d'une recette qui devrait être régulièrement inscrite à l'état des prévisions de recettes et de dépenses initial²⁰.

¹⁵ Nouvel article L. 131-15 du code des juridictions financières

¹⁶ CE, 18 décembre 2019, Société de gestion des cliniques d'Épinal réunies (SOGECLE), n° 416819

¹⁷ CE, 6 novembre 2009, Société Prest'action, n° 297877

¹⁸ CE, 30 décembre 2021, VNF et CNBA, n°436340

¹⁹ Nouvel article L. 131-11 du code des juridictions financières

²⁰ Article L. 6145-3 du code de la santé publique

L'ordonnance sanctionnera désormais les agissements des gestionnaires qui chercheront à faire échec à ces procédures et donc au recouvrement par les créanciers des établissements de leurs créances.

- **L'inexécution des décisions de justice donnant lieu au prononcé d'une astreinte²¹.**

Le texte de l'ordonnance prévoit de sanctionner les cas de manquement à la mise en œuvre par les gestionnaires des décisions de justice prises à l'encontre des établissements et prévoyant le versement d'une astreinte en cas d'inexécution.

- **Les infractions dites « formelles »²².**

Sont visées par la dénomination d'infractions formelles les fautes procédurales²³. Ces manquements, considérés comme plus légers, ne sont pas regardés par le Conseil d'Etat comme ayant causé un préjudice financier à l'établissement²⁴.

Dans ce cadre, l'ordonnance prévoit une amende d'un montant maximal d'un mois de rémunération annuelle infligée aux gestionnaires publics qui :

- Ne produisent pas les comptes de l'établissement au directeur général de l'ARS ;
- Engagent une dépense en méconnaissant les règles de contrôle budgétaire ;
- Engagent une dépense sans en avoir le pouvoir ou sans délégation.

B. La refonte de la procédure contentieuse au profit de la Cour des comptes

L'ordonnance unifie le schéma contentieux au profit de la Cour des comptes et fait disparaître en conséquence la Cour de discipline budgétaire et financière ainsi que la compétence juridictionnelle des chambres régionales des comptes.

Première instance – La Cour des comptes²⁵. La chambre du contentieux de la Cour des comptes sera compétente pour juger les gestionnaires publics pour les infractions aux règles d'exécution des recettes et des dépenses ou à la gestion des biens publics ayant causé un préjudice financier significatif (exclusion faite des fautes formelles ou procédurales). La formation de jugement sera constituée de magistrats de la Cour des comptes ainsi que des chambres régionales et territoriales des comptes.

Deuxième instance – La Cour d'appel financière²⁶. Une nouvelle Cour sera mise en place et présidée par le premier président de la Cour des comptes. Elle se composera de quatre conseillers d'Etat, de quatre conseillers maîtres à la Cour des comptes et de deux personnalités qualifiées.

Les recours en cassation seront déposés devant le Conseil d'Etat.

²¹ Nouvel article L. 131-14 du code des juridictions financières

²² Nouvel article L. 131-13 du code des juridictions financières

²³ Exemples pour les comptables publics : exacte imputation budgétaire d'une dépense, existence du visa du contrôleur budgétaire lorsque celle-ci devait, en l'état des textes applicables, être contrôlée par le comptable

²⁴ CE, sect. cont., 6 déc. 2019, n° 418741, Lebon

²⁵ Nouvel article L. 131-21 du code des procédures financières

²⁶ Nouveau livre IV du code des procédures financières

Le pouvoir de signalement²⁷. En sus des autorités d'ores et déjà compétentes pour saisir la Cour de discipline budgétaire et financière, l'ordonnance prévoit que des signalements pourront également être effectués par :

- les représentants de l'État dans le département ;
- les directeurs des finances publiques en région ou en département, pour des faits ne relevant pas des services de l'État ;
- les chefs de service des inspections générales de l'État ;
- les commissaires aux comptes des organismes soumis au contrôle des juridictions financières.

SYNTHESE

- Par la création de la notion du « *préjudice financier significatif* » comme conséquence des manquements reprochés au gestionnaire, l'ordonnance crée une incertitude quant à la mise en œuvre concrète par la Cour des comptes de la responsabilité de ces derniers. Toutefois, il semble pouvoir être considéré que ce régime sera moins sévère, car plus restrictif, que celui qui est actuellement appliqué aux comptables publics.
- En effet, en dépit du fait que la jurisprudence de la Cour des comptes aura la charge de définir les contours de ce nouveau régime de responsabilité, en énumérant limitativement les manquements pouvant être imputés aux gestionnaires, le texte restreint significativement sa marge d'appréciation et donc les hypothèses de caractérisation des infractions.
- La protection de l'intérêt de l'établissement et du service public semble être centrale dans la qualification ou non d'une infraction au sens de l'ordonnance, de même que la connaissance des risques liés à une opération par le gestionnaire.
- Il sera nécessaire, pour le chef d'établissement amené, dans l'intérêt du service public, de prendre des décisions susceptibles de constituer un risque financier de tracer les conditions dans lesquelles ces décisions ont été adoptées afin de protéger sa responsabilité.

²⁷ Nouvel article L. 142-1-1 du code des procédures financières