

AJ Collectivités Territoriales 2024 p.234

Opportunité des poursuites par le procureur financier : du mythe à la réalité

Au lendemain de la réforme du régime de responsabilité des gestionnaires publics


Gildas Le Bris, Gestionnaire public

L'essentiel

Le monopole des poursuites est une prérogative du procureur financier, mais quid de l'opportunité de son action ? Dans la pratique, il s'est arrogé cette compétence en l'absence de disposition explicite en ce sens. Un nouveau fondement juridique accrédite dorénavant cette évolution, vers une finalité ciblée des poursuites.

La responsabilité des gestionnaires publics a sonné le glas d'un cycle juridictionnel d'une quinzaine d'années de contrôles et jugements des comptes des collectivités territoriales par les chambres régionales des comptes (sous le régime de la loi n° 2008-1091 du 28 oct. 2008). Une nouvelle finalité des poursuites émane de l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022, applicable depuis le 1^{er} janvier 2023.


Les faits déferés au ministère public font dorénavant l'objet d'une appréciation des suites à donner, et les enjeux en termes de gravité de la faute et d'importance du préjudice financier conditionnent les sanctions prononcées par les magistrats de la 7^e chambre de la Cour des comptes.

Ce tournant est l'occasion de revenir sur les doutes et incertitudes relatifs à l'exercice des poursuites par les procureurs financiers ces dernières années, symbolisés par une décision du Conseil constitutionnel, confirmant leur monopole, du 5 juillet 2019 ⁽¹⁾. Tout a été dit sur cette question prioritaire de constitutionnalité (QPC), dont la réponse était nécessairement circonscrite à la question posée.

Pourtant, un autre regard sur cette affaire, sous un prisme différent, met en lumière une face cachée.

S'agissant des prérogatives exclusives du procureur financier, la QPC portait sur les mots « il saisit la formation de jugement » figurant au premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 242-1 du code des juridictions financières (CJF), alors en vigueur.

En l'espèce, la commune de Sainte-Rose estimait que la responsabilité des comptables publics successifs devait être engagée bien au-delà des charges relevées par le procureur financier.

Le jugement de première instance ⁽²⁾ ne permet pas de déterminer si le rapport à fin de jugement des comptes, sur la base duquel des charges ont été retenues par le procureur, exposait l'intégralité des éléments revendiqués ultérieurement par la collectivité.

Mais conformément à une pratique habituelle, le procureur n'avait probablement donné suite qu'à une partie des faits soulignés dans ce rapport.

La collectivité s'engagea alors dans ce qu'elle pensait être l'unique voie envisageable pour obtenir l'indemnisation de son préjudice : la contestation du monopole des poursuites, en soulevant son caractère anticonstitutionnel. Avec l'issue que l'on connaît.

Quoi qu'il en soit, avec un peu de recul, cette affaire nous amène à une autre réflexion. Eu égard à la genèse de sa contestation, la collectivité subissait-elle les « méfaits » du monopole des poursuites, ou pâtissait-elle plus précisément de la décision du procureur financier de limiter les charges donnant lieu à poursuites ?

En effet, si le monopole permet au procureur financier d'être le seul habilité à poursuivre, la libre détermination des charges qu'il entend poursuivre relève de l'opportunité. Pour sa part, le Conseil constitutionnel s'est appliqué à répondre au premier point, utilisant à deux reprises dans le corps de sa décision l'expression « monopole des poursuites ».

Mais la véritable interrogation n'était-elle pas : quel est le fondement juridique de l'opportunité des poursuites par le procureur financier ?

À défaut d'être constitutif d'une QPC, ce débat pouvait être soulevé devant les juridictions compétentes. Tel n'a pas été le cas.

Opportunité des poursuites avant 2023 : une anticipation « exploratoire »

À notre connaissance, aucune réflexion juridique n'a été menée sur le bien-fondé de l'opportunité des poursuites par le procureur financier sur cette période. Quel en était l'état des lieux ?

Une conviction établie...

Monopole, opportunité. *A priori*, deux finalités dissociables. La distinction proposée précédemment pourrait sembler pertinente.

Mais à en croire divers commentaires, ces deux termes seraient associés, désignant « en bloc » le pouvoir discrétionnaire dont disposerait, à titre exclusif, le procureur financier en matière de poursuites.


Le mot « opportunité » a pu être utilisé et affirmé en tant que prérogative du parquet financier⁽³⁾.

De même, le rapport remis par Jean Bassères et Muriel Pacaud au ministre de l'Action et des comptes publics en 2020⁽⁴⁾ énonce que « [...] le ministère public décide de l'opportunité des poursuites [...] ».

Le Conseil constitutionnel⁽⁵⁾ avait levé incidemment le voile sur ce possible amalgame, lors d'un commentaire connexe, au paragraphe 8 de sa décision : « Dès lors, les collectivités publiques victimes d'une faute du comptable ont la possibilité, si le ministère public près les juridictions financières n'a pas entendu saisir la chambre régionale des comptes de cette faute et de toutes ses conséquences, d'agir en responsabilité, selon les voies du droit commun, contre l'État ou contre le comptable lui-même ».

On y évoque l'hypothèse d'une faute avérée, dont le procureur financier aurait eu connaissance mais qu'il n'aurait « pas entendu » poursuivre ; à l'occasion d'une QPC qui cible le monopole, on côtoie l'opportunité, même si l'expression n'est pas utilisée.

L'utilisation assumée du mot « opportunité » par les magistrats se fait rare.

On en trouve toutefois un exemple dans un jugement récent  (6) : « Attendu que le ministère public est seul compétent pour apprécier l'opportunité des poursuites en matière de mise en jeu de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics, en application des dispositions de l'article L. 242-2 du code des juridictions financières [...] ».

Au cas présent, le lien juridique est établi, puisque la référence au CJF est affirmée dans le corps de la décision.

Dès lors, quelles étaient les attributions du procureur financier selon les textes en vigueur avant le 1^{er} janvier 2023 ?

... sur un fondement juridique non probant

La mission confiée au procureur financier près la CRC découlait des articles L. 242-3 et L. 242-4 du CJF, en particulier le second lors de poursuites :

« lorsque le ministère public relève, dans les rapports mentionnés à l'article L. 242-2 ou au vu des autres informations dont il dispose, un élément susceptible de conduire à la mise en jeu de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable, ou présomptif de gestion de fait, il saisit la chambre régionale des comptes ».

Les derniers mots renvoient au monopole des poursuites, déjà évoqué. La lecture des autres éléments de ce texte laisse peu de place à l'imaginaire juridique...

Certes, la conjonction de temps « lorsque » implique une alternative entre une situation qui peut survenir, ou non. Effectivement, cette conjonction ne précise pas la motivation de cette alternative.

On peut souhaiter, voire imaginer, qu'elle résulte d'un choix discrétionnaire du procureur : l'opportunité.

Mais on peut surtout affirmer qu'elle découle de la capacité juridique à poursuivre. Le procureur dispose d'un rapport d'examen des comptes de la collectivité, relatant des faits qui lui paraissent juridiquement susceptibles d'être poursuivis, ou non. L'examen de la réalité des faits, leur qualification, ainsi que la recevabilité de l'action publique (notamment au regard de la prescription), constituent la démarche juridique nécessaire et préalable à son action. Il ne s'agit pas d'opportunité, mais de l'exercice fondamental, en toute hypothèse, de la mission confiée au ministère public.

La conjonction « lorsque » a donc été utilisée à bon escient, à cette fin, sans qu'il soit probant de subodorer des compétences élargies caractérisant la notion d'opportunité.

Les prérogatives spécifiques des magistrats découlent, en général, de dispositions plus explicites de la part du législateur.

Afin d'étayer cette idée, il est judicieux de se pencher sur une autre branche du droit pour l'exercice d'une mission similaire.

Aux termes de l'article 40-1 du code de procédure pénale :

« lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction [...], le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : 1° Soit d'engager des poursuites ; 2° Soit de mettre en oeuvre une procédure alternative [...] ; 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

La différence flagrante de rédaction avec les termes de l'article L. 242-4 du CJF pourrait, à elle seule, clore la réflexion.

S'agissant du procureur financier, on peut également constater le changement total de paradigme qui découle formellement, en peu de mots, du nouvel article L. 142-1-2 du CJF, dorénavant applicable : « le ministère public près la Cour des comptes apprécie les suites à donner aux déférés mentionnés à l'article L. 142-1-1 [...] ».

Cette formulation rappelle celle de l'article 40 du code de procédure pénale : « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner [...] ».

À la lecture de ces textes explicites en matière d'opportunité, force est de constater, comme disait le poète 📖(7) : « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement [...] ».

Nous concluons sur ce point en revenant aux sources des articles L. 242-3 et L. 242-4 du CJF, afin d'y rechercher une volonté spécifique du législateur lors des travaux parlementaires de 2008.

En première lecture à l'Assemblée nationale, le rapport du député Éric Ciotti 📖(8) n'offre aucune prérogative élargie au ministère public.

Il y est mentionné, à titre de commentaire :

« [...] - s'il conclut à l'absence de charge, le comptable pourra être déchargé de sa gestion par une simple ordonnance rendue par le président de la formation de jugement ;

- si, à l'inverse, il conclut à l'existence de charges, il devra désormais prendre un réquisitoire [...] ».

Nonobstant l'indépendance des magistrats qui composent le ministère public des juridictions financières, la mission qui leur échoit demeure clairement définie par l'article R. 212-14 du CJF, précisant que « le procureur financier veille à l'application de la loi [...] ».

Face à des faits susceptibles d'engager la responsabilité d'un comptable, la rédaction de l'ancien article L. 242-4 du CJF n'ouvrait donc pas au ministère public l'opportunité de renoncer à poursuivre.

Opportunité des poursuites : une nouvelle finalité par une procédure raisonnée

Il est intéressant de relever le décalage qui survient entre la finalité originelle supposée d'un texte et sa déclinaison au quotidien par l'ensemble des acteurs concernés. Dans une telle hypothèse, les pratiques s'adaptent aux circonstances et sont, parfois, rattrapées (et confortées) par une nouvelle législation.

On notera cependant que ce penchant vers l'opportunité des poursuites, bien que probablement inéluctable, implique de manier ce concept avec prudence, alors même que son usage résulterait du parfait respect des dispositions applicables.

Une évolution prévisible de la loi, par pragmatisme

L'action du procureur financier est intrinsèquement similaire à celle du ministère public en matière pénale, comme l'ont rappelé Catherine Hirsch De Kersauson, Serge Barichard et Thibault Manien ⁽⁹⁾ : « [...] dans son "cœur de métier" juridictionnel, le ministère public financier emprunte aux juridictions pénales, où le rôle des parquets est de défendre la loi, de diligenter les poursuites et de requérir les sanctions ».

Mais au-delà, le sujet fondamental réside dans l'existence de deux conceptions juridiques opposées, en application desquelles l'action du ministère public peut s'exercer : la légalité ou l'opportunité des poursuites.

Cette dualité justifie, précisément, que la notion de monopole des poursuites n'emporte pas nécessairement celle d'opportunité.

Aux termes de l'article 40 du code de procédure pénale, la juridiction pénale épouse l'opportunité, alors que le principe de légalité a été dévolu à la juridiction financière, en application des articles L. 242-3 et L. 242-4 du CJF.

Les modalités respectives de ces deux concepts ont longuement été commentées en matière pénale, concluant notamment au constat sans appel selon lequel « pris sous sa forme pure, aucun des deux systèmes n'est pleinement satisfaisant » ⁽¹⁰⁾.

La pratique du procureur financier près la CRC a pu en apporter la parfaite démonstration. S'appuyant sur le principe de légalité des poursuites, à savoir la saisine de la CRC lorsqu'un fait est susceptible d'être poursuivi, sa mise en oeuvre s'est fortement teintée d'opportunité. Confronté au nombre important de propositions de charges, tel qu'un rapport de contrôle des comptes le laisse souvent entrevoir, le procureur financier s'est tourné vers la poursuite des faits les plus « significatifs », notamment dans le but de valoriser certains thèmes nationaux de contrôle.

Cette volonté a été clairement affirmée par l'ex-procureure générale près la Cour des comptes, Catherine Hirsch De Kersauson ⁽¹¹⁾, à travers diverses observations relatives à l'organisation des poursuites à l'encontre des comptables publics, estimant que « c'est bien au ministère public qu'il revient de veiller à la cohérence et la lisibilité des choix de poursuites [...] », et qu'« [...] une bonne gestion des créances [...] conduira à ne retenir le cas échéant de manquements que pour des recettes non recouvrées d'un montant significatif ».

Quel comptable public s'est plaint de cette interprétation, visant à limiter les charges retenues ?

Dès lors, cette pratique ne pouvait se révéler potentiellement préjudiciable que pour l'ordonnateur. Mais le Conseil constitutionnel ⁽¹²⁾ a eu l'occasion d'en rappeler la portée : le contrôle des comptes n'a pas pour vertu principale d'indemniser l'ordonnateur, lequel dispose d'autres voies de recours à cette fin.

Le concept d'opportunité a donc pu prospérer, sans obstacle particulier.

L'analyse de cette évolution confirme le premier écueil auquel le principe de légalité des poursuites a été confronté : l'exhaustivité et la surenchère des propositions de charges. L'action en opportunité du procureur financier a permis de réguler cette situation.

La deuxième limite du concept de légalité, dès lors que les infractions donnent lieu systématiquement à poursuite, tient à la nécessité d'appliquer un système de sanctions adapté à la gravité des faits. Sur ce point, contrairement à la matière pénale, dont la procédure offre au juge diverses alternatives et modulations de la peine, la matière financière ne permettait pas de réelle marge de manoeuvre lors du jugement.

Pour chaque charge il y avait faute, ou non. Pour chaque faute il y avait préjudice financier, ou non.

Le régime de sanctions s'est révélé, en peu de temps, rigide et technocratique. Il est possible d'en résumer grossièrement la procédure en précisant qu'elle s'achevait par une mise en débet du montant de la faute lors d'un préjudice financier, ou par la condamnation au paiement d'une somme non rémissible par manquement relevé, en l'absence de préjudice financier (jusqu'à 1,5 millièmes du montant du cautionnement du comptable). Tout cela accommodé d'une possible remise gracieuse du ministre ou encore d'un « laissé à charge » par les juges... Autant d'aspects qui ont nécessité l'éclairage des juridictions compétentes ⁽¹³⁾.

On a même relevé le cas de figure lors duquel un comptable public pouvait avoir intérêt à soutenir que son manquement avait bien causé un préjudice, constat que l'on a pu « juger aberrant » ⁽¹⁴⁾.

Ce système, pourtant réévalué relativement récemment (LFR n° 2011-1978 du 28 déc. 2011, art. 90), a donc fait long feu.

Dorénavant, les dispositions de l'ordonnance de 2022 ont pour vocation de répondre pleinement à ces enjeux :

- confirmer l'évolution constatée, en offrant au procureur financier une libre appréciation des poursuites ;
- puis permettre au juge une réelle modulation des sanctions pécuniaires pouvant atteindre six mois de rémunération, sans possibilité de remise gracieuse ou de prise en charge par une assurance.

Une évolution sensible de la loi, par dogmatisme

Sans qu'il soit pertinent de chercher à anticiper toutes les hypothèses, doutes et inquiétudes à venir lors de l'application des nouvelles dispositions (les juridictions préciseront les notions de gravité de la faute et d'importance du préjudice), il est tout de même loisible de s'interroger sur « l'ouverture », dorénavant actée, vers un dispositif de libre opportunité des poursuites.

Ce concept, auquel le procureur financier adhérait déjà *de facto*, constituait l'argument juridique pour couper court à tout questionnement comparatif concernant les poursuites engagées, ou non, à l'encontre de comptables publics.

On en trouve une illustration à cet égard ⁽¹⁵⁾ : « M. Y... fait valoir que, en mettant en cause la responsabilité des seuls comptables gestionnaires de l'exercice 2018 et en écartant les opérations similaires réalisées au titre des exercices antérieurs, également portées à sa connaissance, le procureur financier aurait méconnu le principe fondamental d'égalité de traitement des justiciables ; [...] Attendu que le ministère public est seul compétent pour apprécier l'opportunité des poursuites, [...] que dès lors, il y a lieu [...] d'écarter les moyens soulevés [...] ».

Cette situation a pu survenir à de multiples occasions : le contrôle des comptes amenait le magistrat instructeur à constater des pratiques récurrentes, sur plusieurs exercices, constitutives de propositions de charges lors de la rédaction de son


rapport.

Lorsque le même comptable avait oeuvré sur l'ensemble de la période concernée, le procureur ne poursuivait parfois qu'un seul exercice. Cette forme de bienveillance ne soulevait, bien entendu, aucune contestation de la part du comptable. Mais le doute peut survenir lorsque plusieurs comptables se succèdent sur la période contrôlée ; des faits identiques sur plusieurs exercices ont pu donner lieu à poursuite, par le procureur, sur une période restreinte (et le cas échéant à l'encontre d'un seul comptable).

Or, les magistrats sont tenus d'inscrire leur action dans le principe constitutionnel d'égalité de traitement des justiciables, énoncé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel « [la loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

Ce nouvel éclairage sur l'opportunité des poursuites peut amener des gestionnaires publics à s'interroger sur l'engagement de poursuites à leur encontre, alors que d'autres gestionnaires publics ayant commis des agissements identiques en seraient dispensés.

L'opportunité des poursuites ne peut constituer un dogme, un pouvoir exorbitant de droit commun dont la finalité s'opposerait au principe constitutionnel d'égalité.

Depuis l'ordonnance du 23 mars 2022, l'avènement du nouveau dispositif ne semble pas avoir soulevé d'interrogations, alors que la pratique de ce même concept par la juridiction pénale suscite d'importantes réflexions  (16).

Ce constat est paradoxal. S'il est une discipline qui peut arguer du recours à la notion d'opportunité, notamment en raison de la qualité de l'auteur de l'infraction et du contexte dans lequel les faits ont été commis, c'est précisément la matière pénale. Et pourtant, un débat perdure autour de ce thème.


Comparativement, le domaine financier pourrait apparaître en déficit d'arguments pour offrir une telle liberté d'action au procureur financier, ce qui en rendra la pratique d'autant plus sensible.

La réalisation de faits similaires par des gestionnaires publics est supposée s'inscrire dans le strict respect d'égalité des poursuites.

Dès lors, quels sont les garde-fous qui permettront au procureur financier de justifier son action sélective ?

Comme nous l'avons vu, l'article L. 142-1-1 du CJF fait écho à l'article 40 du code de procédure pénale.

Mais aucune disposition du CJF ne vient éclairer les marges de manoeuvre offertes au procureur financier, comme c'est le cas en matière pénale sur le fondement de l'article 40-1 du code de procédure pénale.

Or, si le Conseil constitutionnel considère que « le pouvoir du procureur de la République de choisir les modalités de mise en oeuvre de l'action publique ou les alternatives aux poursuites ne méconnaît pas le principe d'égalité »  (17), cela semble avant tout motivé par la diversité des suites offertes, en fonction des circonstances de chaque affaire, par l'article 40-1 du code de procédure pénale.





Sans en refuser le principe, on peut considérer que les prérogatives d'opportunité des poursuites accordées au procureur

financier ne pourront s'exercer dans une forme d'arbitraire, découlant de la seule « appréciation » offerte par l'article L. 142-1-2 du CJF.

Nous ne doutons pas que les autorités compétentes sauront se saisir de cette préoccupation, afin de veiller à la mise en oeuvre de toutes les garanties complémentaires nécessaires. À défaut, une QPC pourrait soulever l'incompatibilité du nouvel article L. 142-1-2 du CJF avec les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Mots clés :

FINANCES LOCALES * Juridiction financière * Contrôle des comptes publics * Chambre régionale des comptes * Contrôle * Gestion et comptes des collectivités territoriales

(1) Cons. const. 5 juill. 2019, n° 2019-795 QPC , *Cne de Sainte-Rose*, AJDA 2019. 1425  ; D. 2019. 1393  ; Constitutions 2019. 437, Décision .

(2) CRC Antilles-Guyane, n° 2017-008, *Cne de Sainte-Rose*.

(3) G. Gauch, La réforme des CRC, site de La Gazette des communes, 10 sept. 2011.

(4) Responsabilisation des gestionnaires publics, p. 266.

(5) Cons. const. 5 juill. 2019, préc.

(6) CRC Pays de la Loire, 21 déc. 2022, n° 2022-111, CH de Cholet, p. 2.

(7) N. Boileau, *L'art poétique*.






(8) Ass. nat., Rapport n° 772, enregistré le 2 avr. 2008, p. 15.

(9) Le ministère public près les juridictions financières au service de l'ordre public financier, RFFP 2021, n° 154, p. 213.

(10) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, 4^e éd., Cujas, p. 331, n° 278.

(11) *Ibid.*








(12) Cons. const. 5 juill. 2019, préc.

(13) Not., C. comptes, 7 avr. 2014, n° 69245, ONIPPAM ; CE 21 mai 2014, n° 367254, Lebon  ; AJDA 2014. 1063  ; AJFP 2014. 334  ; CE 27 mai 2015, n° 374708, Lebon  ; AJDA 2015. 1069 .

(14) J.-L. Girardi, Les incertitudes nées de l'application de la réforme du régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics, Gest. fin. publ., 2017 n° 2, p. 93.

(15) CRC Pays de la Loire, n° 2022-11, préc.

(16) B. de Lamy, L'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : à propos, notamment, de la nécessaire courbure d'un principe essentiel, site du Cons. const. publications, titre VII n° 4, Le principe d'égalité, avr. 2020.

(17) Cons. const. 26 sept. 2014, n° 2014-416 QPC , *Association France Nature Environnement*, AJDA 2014. 1859  ; D. 2014. 2503  , note J.-B. Perrier  ; *ibid.* 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet  ; RSC 2014. 785, obs. J.-H. Robert  ; *ibid.* 2015. 711, obs. B. de Lamy .