

N° 389642
Mme G...

Section du contentieux
Séance du 9 décembre 2016
Lecture du 16 décembre 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

La présente affaire vous conduira à apporter quelques touches supplémentaires, voire quelques retouches, au portrait du juge des indus d'aide sociale tel que vous l'avez dessiné dans votre décision *Mme L.... épouse B...* du 27 juillet 2012, n° 347114, au Recueil p. 299.

Mme G..., alors bénéficiaire du revenu de solidarité active (RSA), a touché en décembre 2012, l'aide exceptionnelle de fin d'année. Cette aide, dite aussi « prime de Noël », est une aide distincte du RSA, versée au nom de l'Etat par les organismes de la branche famille et dont bénéficient en principe de droit les bénéficiaires du RSA en fin d'année.

Mais à la suite d'un contrôle, la caisse d'allocations familiales (CAF) de l'Yonne a estimé que Mme G... avait omis de déclarer les ressources de son concubin, et qu'elle n'avait en réalité pas de droit, ni au RSA, ni à la prime de Noël. La caisse a entendu recouvrer les deux indus, que Mme G... a contestés. Le litige, tel qu'il se présente devant vous ne concerne plus que l'indu d'aide exceptionnelle de 274 euros.

L'originalité du litige est que, à la date à laquelle Mme G... a saisi le tribunal de Dijon, l'intégralité de l'indu avait déjà été recouvré par la CAF, par retenue sur prestations à échoir – pratique dont la légalité ne vous est pas soumise¹. Cette situation n'est pas la plus fréquente, en RSA du moins, compte tenu du caractère suspensif de la contestation des indus (art. L. 262-46 du code de l'action sociale et des familles – CASF). Mais, en fonction des délais d'introduction des recours, il arrive qu'une fraction de l'indu au moins soit déjà recouvrée lorsque le juge statue.

Devant le tribunal, Mme G... présentait, pour l'essentiel, deux séries de conclusions. Elle demandait, d'une part, l'annulation de l'indu. Le tribunal a fait droit à sa demande, en accueillant un moyen tiré de la méconnaissance de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000. Mme

¹ On peut s'interroger sur l'applicabilité de la procédure de récupération par prélèvement sur d'autres prestations à échoir en matière de « prime de Noël ». L'article L. 262-46 du CASF cantonne cette procédure à l'allocation de RSA, avec laquelle l'aide exceptionnelle de fin d'année ne se confond pas. Aucun texte ne prévoit de manière générale que les CAF peuvent faire de la compensation toutes prestations confondues – à la différence de Pôle Emploi pour lequel cette fongibilité résulte du code du travail (article L. 5426-8-1). Accepter qu'un indu de prime de Noël, par assimilation au RSA, peut être récupéré sur des échéances de RSA, de prestations familiales ou de l'APL, ce serait admettre le procédé symétrique, à savoir la récupération d'autres indus sur de la prime de Noël, chose qui n'est, compte tenu de l'objet de cette aide, pas évident. Mais il est possible de statuer sur le pourvoi sans faire application de ce dispositif.

G... demandait d'autre part qu'il soit enjoint à la caisse de lui restituer les montants déjà prélevés. Le tribunal a rejeté ces dernières conclusions, estimant que l'annulation de la décision de répétition d'indu n'impliquait pas le remboursement mais seulement, pour reprendre les termes du tribunal, que l'administration prenne une nouvelle décision. Le pourvoi porte principalement sur la réponse faite par le tribunal sur ce point, que Mme G... estime entachée d'erreur de droit.

I. 1. La première question est de savoir ce que le juge, en présence d'une décision irrégulière de répétition d'indu déjà exécutée, doit répondre aux conclusions à fin de restitution des montants déjà prélevés. Il convient de combiner deux cadres d'analyse.

Le premier est celui de l'office du juge du plein contentieux du RSA ou de la prime de Noël saisi d'une décision par laquelle l'administration se prononce sur les droits d'un allocataire, issu de votre décision *Mme L...* Ou plutôt : les offices, car vous avez distingué deux types de décisions, celles, pour schématiser, relatives aux droits d'un allocataire « pour l'avenir » (refus d'ouverture de droits, radiation, suspension, modification du montant), et celles par lesquelles l'administration récupère des montants déjà versés dans le passé, c'est-à-dire les indus.

Pour les décisions tournées vers l'avenir, vous avez clairement défini un office de juge de plein contentieux pour ainsi dire « subjectif », celui d'un juge saisi de la situation de la personne, et non de la légalité de l'acte administratif qui a juste servi à lier le contentieux. Au considérant 6 de la décision *Mme L...*, vous avez jugé qu'il lui appartient « *non de se prononcer sur les éventuels vices propres de la décision attaquée, mais d'examiner les droits de l'intéressé sur lesquels l'administration s'est prononcée, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait qui résultent de l'instruction* ». Vous avez ajouté « qu'au vu de ces éléments il appartient au juge administratif d'annuler ou de réformer, s'il y a lieu, cette décision en fixant alors lui-même les droits de l'intéressé, pour la période en litige, à la date à laquelle il statue ou, s'il ne peut y procéder, de renvoyer l'intéressé devant l'administration afin qu'elle procède à cette fixation sur la base des motifs de son jugement ».

Vous n'avez pas exactement dessiné le même costume pour le juge saisi d'un indu. Contrairement aux conclusions de Claire Landais qui vous invitait à retenir un office unique, identique à celui qui précède, vous avez jugé au considérant 7 qu'« *il appartient au juge d'examiner d'abord les moyens tirés, le cas échéant, des vices propres de cette décision pour en prononcer, s'il y a lieu, l'annulation ; que dans ce dernier cas, il est loisible à l'administration, si elle s'y croit fondée et si, en particulier, aucune règle de prescription n'y fait obstacle, de reprendre régulièrement, sous le contrôle du juge, une nouvelle décision ; que dans le cas où aucun vice propre n'est de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée, il appartient au juge d'examiner les droits de l'intéressé sur lesquels l'administration s'est prononcée afin d'y statuer lui-même et d'annuler ou de réformer, s'il y a lieu, cette décision* ». Nous soulignerons deux caractéristiques de cet office en répétition d'indu.

La première, la principale, c'est le choix de l'opérance des moyens tirés des vices propres de la décision attaquée, solution qui nous paraît motivée par deux considérations : d'une part, l'analogie avec d'autres contentieux relatifs à des actes, intrusifs, venant récupérer des sommes dont dispose déjà un administré, tels que le contentieux des titres exécutoires ou la matière fiscale (CE 3 oct. 1997, *M...* n° 126641, au Recueil ; CE, Sect. 6 juil. 1990, *Ministre du budget c/B...*, n° 92330 au Recueil) ; d'autre part, le souci d'imposer une discipline

formelle et procédurale à l'administration, qui aurait été factice si le juge devait en tout état de cause toujours se saisir du fond, dans un domaine où les formes et les procédures sont loin d'être toujours respectées.

La deuxième caractéristique de cet office du juge de l'indu, c'est le séquençage de son examen : il doit d'abord se faire juge de l'acte et il ne doit examiner les droits, c'est-à-dire le bien-fondé de l'indu, que dans un deuxième temps, si aucun vice propre n'est invoqué ou si l'acte en est exempt.

C'est dans ce cadre d'analyse que s'est ici placé le tribunal pour accueillir un moyen opérant et fondé de légalité externe, puis prononcer l'annulation sèche de l'indu attaqué, sans qu'il soit besoin pour lui d'examiner les droits sur la période couverte. Que devait-il dire ensuite, pour répondre aux conclusions tendant au remboursement des sommes déjà prélevées par la CAF ?

Il devait sans doute s'inspirer du deuxième cadre d'analyse annoncé, celui par lequel vous avez précisé le sort à réserver, après annulation d'un titre exécutoire pour irrégularité, aux conclusions à fin de restitution des sommes déjà reversées.

Ce cadre a été tracé par trois décisions, que nous vous rappellerons brièvement.

Vous avez d'abord jugé par une décision du 11 décembre 2006, Mme N.... n°280696, au Recueil, que l'annulation du titre pour un motif de régularité n'impliquait pas nécessairement, compte tenu de la possibilité d'une régularisation éventuelle, que les sommes perçues sur le fondement du titre annulé soient immédiatement restituées. Vous avez précisé que le juge, saisi de conclusions à fin de remboursement, doit fixer le délai au terme duquel l'administration devra restituer ces sommes, si elle n'a pas d'ici là émis un nouveau titre de perception dans des conditions régulières. Premier acquis, donc : l'obligation pour le juge de prononcer une injonction de remboursement, mais une injonction conditionnelle, une injonction de remboursement sauf régularisation.

Vous avez ensuite complété ce « mode d'emploi », dans une décision publiée au Recueil mais non fichée sur ce point, CE 16 mars 2011, *Ministre c/ Compagnie China Shipping France Container Lines*, n° 324984, au Recueil. Vous y avez précisé que, après l'annulation du titre exécutoire pour irrégularité, mais avant le prononcé de l'injonction conditionnelle, le juge doit examiner les éventuels moyens relatifs au bien-fondé de la créance. Ce n'est que si la créance de la collectivité publique apparaît fondée que l'injonction revêt un caractère conditionnel : dans le cas contraire, c'est – nous semble-t-il - une injonction ferme de rembourser. Deuxième acquis, donc : le détour obligatoire par l'examen des moyens relatifs au bien-fondé de la créance, avant le prononcé d'une injonction conditionnelle de rembourser.

Enfin, vous avez repris ces deux éléments dans la décision de section *ODEADOM* du 13 mars 2015 (cons. 19), qui n'est pas davantage fichée sur ce point².

² Vous y avez ajouté une précision, effleurant un sujet délicat : l'administration ne peut reprendre un nouveau titre que « *sous réserve du respect des règles de prescription applicables*. En effet, une question, que le présent dossier ne pose pas, est celle de savoir l'impact de l'annulation d'un indu, voire de la simple irrégularité de cet indu, sur le cours de la prescription, biennale ou quinquennale en cas de fraude ou fausse déclaration. Les nouveaux textes applicables au RSA sur ce point (dispositions de l'article L. 262-45 issues de l'article 93 de la loi n°2009-1646 du 24 décembre 2009), qui n'étaient pas en cause dans le précédent, et la question, peu évidente, de savoir si l'instance juridictionnelle suspend le cours de la prescription en raison de l'effet suspensif

Convient-il de transposer ce schéma, dans ses deux composantes, à une décision de répétition d'indu de RSA ou d'aide exceptionnelle annulée pour vice propre ?

En première approche rien n'y fait obstacle. La décision par laquelle une CAF ou un département respectivement notifie ou confirme un indu à un allocataire, est à nos yeux une forme de titre exécutoire³ et, en tout état de cause, le recouvrement d'un tel indu peut être mis en œuvre, ultérieurement, par d'autres outils ayant à coup sûr la nature de titres exécutoire, en particulier les « contraintes » que les caisses peuvent désormais décerner pour le recouvrement de prestations⁴, ou les titres de recette pris par le président du conseil départemental en application de l'article L. 262-46 du CASF. Par ailleurs, les pouvoirs et obligations du juge du titre exécutoire sont certainement solubles dans le puissant office du juge de plein contentieux de l'aide sociale.

Cependant, tout en admettant que l'hésitation est permise, nous ne vous proposerons qu'une transposition partielle de la jurisprudence *Mme M.China Shipping*, plus précisément, de transposer la solution *Mme N...* mais pas l'ajout *China Shipping*. Il nous semble que l'annulation de l'indu pour irrégularité implique le remboursement, sauf régularisation par un nouveau titre. En revanche, le détour systématique par l'examen du bien-fondé de l'indu ne nous paraît pas s'imposer, pour deux séries de raisons, les unes d'ordre général, les autres propres au contentieux du RSA.

La **première raison**, d'ordre général, est que votre jurisprudence hésite encore à imposer un tel détour, qui traduit une renonciation à l'économie des moyens, comme composante systématique de l'office du juge de l'annulation. Nous en voulons pour indice votre récente décision *Commune d'Emerainville* du 1^{er} juillet 2016 (Sect., n° 363047, au Recueil), aux lumineuses conclusions de Vincent Daumas. Vous y avez jugé (cons. 15) qu'en cas d'annulation pour irrégularité de forme ou de procédure d'une décision attribuant une subvention, le juge doit subordonner la restitution de la somme réclamée à l'absence d'adoption, dans le délai déterminé, d'une nouvelle décision d'attribution. Contrairement aux conclusions, vous n'avez pas expressément imposé le détour par l'examen des autres moyens relatifs à la légalité de la subvention, tout en relevant que, dans ce cas d'espèce, la cour d'appel avait pris soin d'examiner et d'écarter les autres moyens soulevés.

Cette solution nous paraît refléter le point d'équilibre actuel de votre jurisprudence. Ce détour est toujours possible, voire souhaitable et de bonne pratique, pour des raisons tenant à l'effet utile de l'injonction, et à une forme de loyauté contentieuse : tout comme vous êtes désireux d'éviter des annulations vaines, il s'agit d'éviter une injonction de remboursement inutilement conditionnelle, lorsqu'elle ouvrirait à l'administration une fausse fenêtre. Si la créance publique est infondée, autant le dire tout de suite, plutôt que de laisser l'administration reprendre un acte à titre de régularisation qui sera de nouveau annulé au fond.

attaché à la contestation de tout indu, nimbent cette problématique d'un certain mystère, qu'il ne vous appartient pas de dissiper aujourd'hui.

³ En effet, elle permet aux caisses, lorsque les textes l'autorisent, de mettre en branle le mécanisme de prélèvement par retenue sur prestations à échoir (prévu à l'article L. 553-2 du CSS pour les prestations familiales, à l'article L. 262-46 du CASF pour le RSA), et invite l'administré, s'il le souhaite, à procéder au remboursement spontané.

⁴ Le recours aux contraintes est autorisé de manière générale à l'article L. 161-1-5 du CSS, s'agissant des CAF, et spécifiquement, pour le RSA ou la prime de Noël, par l'article L. 262-46 du CASF (cf., pour la prime, CE, avis contentieux, 26 sept. 2016, *Mme D...* n° 399898, au Recueil)

Mais ce détour n'est pas imposé, sous peine d'erreur de droit, par le déroulé mécanique des effets d'une annulation pour vice propre.

La **deuxième raison** qui nous conduit à ne vous proposer qu'une transposition partielle de la jurisprudence *Mme N.... – China Shipping*, est propre au contentieux, de masse, des indus d'aide sociale, où ce détour obligatoire viendrait ajouter une dose de complexité particulièrement mal venue. L'office décrit par votre décision *Mme L...* est, d'ores et déjà, relativement subtil, avec un premier embranchement selon le type de décision, pour l'avenir ou pour le passé ; et un deuxième embranchement, selon qu'un vice propre est fondé ou non, entre une annulation sèche et l'obligation d'examiner les droits. Nous hésitons à ajouter un troisième embranchement, se greffant sur la première branche du précédent, selon que le juge est ou non saisi de conclusions à fin de remboursement, qui le ramènerait alors à une obligation d'examen des droits – dans les cas, du moins, où il serait saisi d'une telle argumentation de la part du requérant.

Une solution laissant au juge la liberté de choisir la solution la plus adaptée à chaque espèce aurait notre préférence, car il est des cas où l'examen des droits peut s'avérer délicat compte tenu de l'état des dossiers, et où le brevet de bien-fondé décerné par le juge, s'il faisait le détour, serait bien fragile. Prononcer une annulation sèche et laisser à l'administration la responsabilité de remettre l'ouvrage sur le métier, sera, pas toujours, mais parfois, préférable. Et ce serait cohérent avec le signal que la décision *Mme L...* a voulu envoyer à l'administration, le signal d'une certaine rigueur du juge, qui censure sans guider, qui annule sèchement en laissant l'administration, « comme il lui est loisible » ainsi que rappelle votre décision, le soin de reprendre un nouvel indu si elle s'y estime fondée et non prescrite. Ajoutons que ce détour, si vous l'érigiez en obligation systématique, serait d'autant plus lourd qu'il s'imposerait alors même que seule une infime partie de l'indu aurait déjà été récupérée par prélèvement sur prestations à échoir – la pointe émergée vous conduisant ainsi à vous saisir de l'ensemble de l'iceberg.

Si vous nous suivez, vous appliquerez, **en présence de conclusions à fin de remboursement, la solution *Mme N....***, c'est-à-dire l'injonction conditionnelle, mais pas l'ajout issu de votre décision *China Shipping*, le détour systématique par l'examen du bien-fondé de l'indu. Ce qui vous conduira à casser le jugement : le tribunal, en jugeant que l'annulation n'impliquait pas le remboursement, mais seulement que la CAF prenne une nouvelle décision, a renversé l'ordre des choses. L'annulation implique au contraire le remboursement, sauf nouvelle décision régulière.

2. Mais les observations qui précèdent, et le même pragmatisme, nous conduisent à vous faire une deuxième proposition, qui est de faire évoluer la rédaction du considérant de la décision de section *Mme L...* décrivant l'office du juge de l'indu.

Ce considérant repose, on l'a dit, sur un séquençage invitant le juge à regarder d'abord les moyens tirés des vices propres, et de n'apprécier les droits – c'est-à-dire d'examiner le bien-fondé de l'indu – qu'à la condition qu'aucun vice propre ne soit allégué ou fondé. Ce séquençage a un mérite, correspondant à l'objectif poursuivi en 2012, celui de conduire aisément à des annulations sèches, supposées inciter l'administration à davantage de discipline. Il a un inconvenient, celui de la rigidité : pris à la lettre, il semble interdire au juge, en présence d'un indu à la fois irrégulier et infondé, de vider définitivement la querelle. Or le corollaire de ce que nous venons de vous proposer, qui est de ne pas imposer le détour par l'examen du bien-fondé avant l'injonction de remboursement, c'est *a minima* de permettre au

juge, en amont, de choisir le meilleur terrain d'annulation et, s'il le peut, d'aller directement relever le caractère non fondé de l'indu⁵.

Nous vous proposerons donc de supprimer ce séquençage, c'est-à-dire de mettre sur le même plan les moyens tirés des vices propres et les moyens relatifs au bien-fondé de l'indu. Cette liberté n'est pas, à nos yeux, synonyme de nivellement des moyens : à effet d'annulation égal, le fond doit primer sur la forme. Mais cette hiérarchie reste en principe, en l'état de votre jurisprudence, une affaire de « bonne pratique » dans chaque cas d'espèce. Il convient donc non pas de renverser le séquençage pour toujours faire primer le fond, mais de toujours appliquer la ligne directrice formulée par le commissaire du gouvernement Kahn : « les annulations doivent, autant que possible, être constructives et (...) mieux vaut retenir [le moyen] qui, ayant la portée la plus générale, est de nature à éclairer davantage l'administration (...) » (sur CE, Ass., 12 déc. 1969, *Sieur de T-P* n° 73969, au Recueil p. 574, AJDA 1970, p. 34).

Ces deux premières propositions – renoncer au détour de type *China shipping*, supprimer le séquençage – forment à nos yeux un tout cohérent, laissant au juge les outils pour trancher au mieux les litiges, selon les lignes directrices qui précèdent.

II. Mais vous pourriez saisir la présente affaire pour répondre à deux autres questions sur l'office du juge de l'aide sociale en matière de répétition d'indu, sur chacun des deux points de contrôle – la forme et le fond – , questions que le litige n'implique pas de trancher mais que, compte tenu de leur incidence sur la rédaction du considérant de principe de la décision *Mme L...* nous vous soumettons.

1. La première viserait à explicitier ce que recouvre la notion de « vice propre » évoquée par la décision *Mme L...*, et à la cantonner, dans ce contentieux, aux seuls moyens de légalité externe, c'est-à-dire à la régularité de l'indu. En tant que telle, la notion de « vice propre » est à géométrie variable selon les contentieux et les actes attaqués, se superposant parfois à la légalité externe, mordant parfois sur la légalité interne⁶, ou au contraire n'épuisant pas la légalité externe⁷. Tout dépend en réalité de la réponse à la question : « propre, par rapport à quoi ? ».

En l'espèce, la réponse est : propre, par rapport à l'examen des droits, examen qui va d'ailleurs au-delà d'un simple examen de légalité interne. Il nous semble que toute question

⁵ On aurait pu imaginer, au contraire, renverser le séquençage, en imposant toujours au juge d'examiner d'abord si l'indu est fondé en ne lui permettant d'examiner les vices propres à titre subsidiaire, lorsque le litige ne peut être entièrement purgé au fond ? Cette inversion aurait le mérite d'apporter à la question précédente - faut-il imposer le détour par le bien-fondé de l'indu lorsque le juge est saisi de conclusions à fin de remboursement ? – une réponse radicale et de portée générale, en imposant systématiquement ce détour, indépendamment de toute conclusion à fin d'injonction. Mais nous sommes, comme précédemment, réticents à réintroduire de la rigidité, l'inversion du séquençage risquant en outre d'aboutir à des décisions, en affichage incompréhensibles pour les requérants, donnant raison à la collectivité sur le fond avant de donner raison, pour de pures raisons de forme, au demandeur.

⁶ Par exemple lorsqu'elle est appliquée à un arrêté d'extension d'un accord collectif (CE, Sect., 30 avr. 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804, au Recueil) ou à une prescription d'urbanisme (CE, Sect. 13 mars 2015, *Mme C...*, n° 358677, au Recueil), ou à la décision de principe de déléguer un service public (CE, 4 avr. 2012, *Association fédération d'action régionale pour l'environnement et autres*, n° 350752, aux Tables).

⁷ Par exemple en matière de délibérations « préparatoires » des conseils municipaux, ainsi que l'a démontré le commissaire du gouvernement Jean-Claude Bonichot dans ses conclusions sur CE, 31 mars 1995, *Commune de Sanary-sur-Mer*, n° 145041, inédite.

de fond doit être absorbée par l'examen des droits. A titre d'exemple, un indu reposant sur le maniement erroné par le département des critères de détection d'un concubinage, n'est pas, selon nous, entaché d'une erreur de droit qui aurait la nature d'un « vice propre ». Peu importe que l'administration ait utilisé le bon critère – la vie de couple stable et continue – ou le mauvais – la communauté d'intérêts : l'office du juge est avant tout, s'il le peut, de dire s'il y a ou non concubinage.

2. La deuxième précision proposée porte sur le périmètre et la profondeur de l'office du juge lorsqu'il examine « les droits de l'intéressé sur lesquels l'administration s'est prononcée », pour citer la formule utilisée par la décision *Mme L...* indifféremment s'agissant des décisions se prononçant sur les droits « pour l'avenir » et de celles se prononçant sur les indus.

La question est la suivante : le juge est-il réputé toujours examiner exhaustivement les droits de l'intéressé sur la période, quitte à se saisir d'office de tout élément résultant de l'instruction susceptible d'avoir une répercussion sur les droits, alors même que les parties ne mettraient pas le doigt dessus ? Ou ne doit-il se pencher que sur les points faisant l'objet d'une contestation par les parties, au vu de leur argumentation ? La question peut se poser, par exemple, lorsque juge saisi d'un débat focalisé sur la composition du foyer s'aperçoit que des revenus ont été omis, ou que le demandeur est en tout état de cause un travailleur indépendant non éligible au RSA.

En première analyse, on est tenté de retenir l'approche la plus ambitieuse, en permettant au juge de s'affranchir, s'il le faut, de l'argumentation des parties. Cette approche correspond à l'idée que l'on se fait de l'office de ce juge de l'aide sociale, juge des droits, fondamentalement saisi d'une situation. Elle correspond en outre à la lettre du considérant 6 de la décision *Mme L...* relatif aux décisions pour l'avenir, selon lequel le juge examine les droits « *en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait qui résultent de l'instruction* ». Enfin, cette approche ne nous paraît pas invalidée par les règles de procédure propres aux contentieux sociaux, issues du décret n° 2013-370 du 13 août 2013. Certes, l'article R. 772-6 impose au requérant de saisir le juge d'une « *argumentation propre à établir que la décision attaquée méconnaît ses droits* », sous peine d'irrecevabilité. Nous n'en déduisons pas que cette argumentation lierait les mains du juge, mais seulement qu'elle est nécessaire pour franchir un seuil de recevabilité. Par ailleurs, nous relevons que l'article R. 772-8, issu du même décret, impose au défendeur de « *communiquer au tribunal administratif l'ensemble du dossier constitué pour l'instruction de la demande* » : cette obligation originale plaide plutôt pour un juge en mesure de se substituer, s'il y a lieu, à l'administration, au besoin, à charge ou à décharge vis-à-vis du requérant.

Cette approche ambitieuse appelle des tempéraments. Loin de nous l'idée que le juge devrait, systématiquement, passer au peigne fin toutes les conditions d'ouverture et de calcul des droits, et refaire le travail de l'administration, ce pour quoi il n'est pas outillé, ne serait-ce que faute de disposer des applications informatiques des CAF. Ce serait déraisonnable, et contradictoire avec la saine faculté qui lui est laissée par la décision *Mme L...* de ne pas épuiser son office, en tranchant les points en litige et en renvoyant l'allocataire devant l'administration pour la fixation de ses droits au vu des motifs du jugement. Il s'agit juste d'indiquer que, sans se livrer à aucun travail de vérification particulier en dehors des points contestés, le juge ne peut rester indifférent devant un élément tout à fait manifeste, sautant aux yeux au vu de l'instruction, faisant obstacle à la solution qu'il retiendrait sinon, et qui supposerait sans doute l'information des parties au titre de l'article R. 611-7 du CJA. Par ailleurs, l'obligation de motivation reste bien sûr indexée sur la teneur de l'argumentation des

parties. Et le juge est évidemment tenu par les conclusions dont il est saisi, le requérant ne pouvant voir sa situation aggravée par son intervention.

Au-delà de ces tempéraments, nous nous demandons surtout, pour en revenir au sujet du jour, si cette approche ambitieuse, sans doute adaptée à l'examen des droits pour l'avenir, vaut dans les mêmes termes pour un litige de répétition d'indu. Certes, la décision Mme L... utilise la même formule – « l'examen des droits » – à la fois pour l'avenir et le passé.

Mais il y a, selon nous, deux manières de lire cette décision. La première lecture est de considérer qu'il y a un seul et même office, celui d'un juge des droits, avec une exception en matière d'indu : l'opérance des vices propres – toutes les autres facettes de l'office du juge étant identiques pour le passé et l'avenir. La deuxième lecture serait de considérer que cette petite différence révèle en réalité une différence d'office plus substantielle entre juge de l'avenir et juge du passé. Cet office du juge des indus, dans le nuancier inépuisable du plein contentieux, serait plus proche de celui du juge du plein contentieux objectif des titres exécutoires que de celui du juge de l'asile ou de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, qui reconnaissent une qualité.

Nous aurions tendance à privilégier la seconde lecture, l'opérance des vices propres étant à nos yeux bien plus qu'une simple égratignure. D'abord, elle donne une existence à la décision administrative, au-delà de son rôle de liaison du contentieux. Le juge de l'indu ne devient pas pour autant un juge d'excès de pouvoir. Notamment, en écho à ce que nous avons dit sur la notion de vice propre, il reste un juge de plein contentieux de l'aide sociale qui doit prendre position sur les critères d'ouverture ou de calcul des droits en contestation. Mais, c'est notre deuxième remarque, cette opérance révèle qu'il y a en matière d'indu un équilibre contentieux différent, dans lequel le juge n'a pas à refaire exhaustivement le passé, alors qu'il doit toujours déterminer lui-même les droits pour l'avenir. Dans cet équilibre différent, il nous semble que le juge n'a pas à venir au secours d'une administration dont l'argumentation serait défailante, pas plus qu'à celui d'un requérant négligent – or ce serait là le résultat si le juge pouvait se saisir de tout élément de l'instruction. L'idée sous-jacente, c'est que si le juge doit se faire administrateur pour ouvrir des droits, à la demande d'un administré, il ne peut se faire administrateur pour récupérer un indu, à la place d'une administration disposant du privilège du préalable.

De ces considérations un peu générales, nous tirons le sentiment qu'en répétition d'indu, le juge ne doit pas tant « examiner les droits » qu'examiner le « bien-fondé de la décision ». Et au-delà de cette nuance terminologique, cette différence de posture implique que son office s'inscrit dans un cadre plus classiquement borné par l'argumentation des parties, nous y insistons, des deux parties : le département peut avancer, en défense, tout élément de nature à conforter l'indu.

La rédaction de votre décision pourrait y faire écho, en parlant de bien-fondé et en indiquant que l'office du juge est délimité par l'argumentation des deux parties, ces choix techniques traduisant, vous l'avez compris, des finalités différentes présidant à l'intervention du juge. L'option a été prise en 2012, et nous n'avons pas le sentiment de proposer autre chose qu'une explication.

Mais ne serait-ce pas là, en accentuant la différence entre les deux offices distingués par la décision Mme L..., introduire un facteur de complication lui aussi malvenu, alors que nous venons, par ailleurs, de prôner la souplesse et la simplicité ?

Nous ne le pensons pas. Plutôt, nous pensons qu'elle n'ajoute pas de complexité supplémentaire, et que la seule réelle simplification serait de réunifier entièrement ces deux offices comme l'avait proposé Claire Landais. Notre proposition n'induit aucun changement pour le requérant, qui doit formuler une argumentation, qu'il appartient le cas échéant au juge, en particulier en l'absence d'avocat, comme cela se pratique déjà, de requalifier pour lui donner toute sa portée utile. Pour le défendeur, c'est une incitation à être vigilant dans la défense de ses intérêts. Pour le juge, il s'agit juste de donner une indication, une orientation, sur son office dans des cas limites, et certainement très rares, où il verrait quelque chose que les parties n'ont pas vu. Rien de plus.

Le principal inconvénient, en réalité, est que cette distinction peut conduire à des résultats étranges lorsque le juge, comme cela arrive régulièrement, est saisi d'une décision à double visage portant à la fois répétition d'indu pour le passé et fermeture ou ajustement des droits pour l'avenir à partir de la détection d'une seule et unique situation de fait⁸, avec le risque que la solution retenue sur ces deux volets soit différente. Mais cet inconvénient, à nos yeux voué à rester très rare dans la pratique pour de multiples raisons, est déjà en germe dans votre décision *Mme L....* et seul son abandon complet serait de nature à le dissiper.

Aussi donc, pour nous résumer, nous vous proposons d'affiner le trait sur cet office du juge du passé, juge des indus, et d'explicitier la différence d'équilibre qui le distingue du juge de l'avenir, juge des droits, en formulant différemment ses deux points de contrôle – la régularité et le bienfondé – ; en les mettant facialement sur le même plan ; en précisant que le juge se prononce au vu de l'instruction et de l'argumentation des deux parties ; et en complétant ses obligations lorsqu'il est saisi de conclusions à fin de remboursement, dans le sens indiqué.

Pour revenir au pourvoi, par les motifs qui précèdent, et l'autre moyen, tiré de l'erreur de droit commise par le tribunal dans sa réponse aux conclusions à fin de décharge, n'étant pas fondé, nous concluons à l'annulation de l'article 2 du jugement attaqué en tant qu'il rejette les conclusions de Mme G...; tendant au remboursement de la somme en litige, au renvoi de l'affaire et au rejet du surplus.

⁸ Par ailleurs, cela induit certes une subtilité risquant d'échapper aux requérants, mais c'est essentiellement sur l'administration, sous le contrôle du juge, qu'en pèsent les conséquences : cela n'induit aucune obligation supplémentaire en termes de présentation ou de teneur de l'argumentation du requérant lui-même.