

N° 401565

M. O...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 20 septembre 2017

Lecture du 6 octobre 2017

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. La présente affaire pose l'unique question de savoir si les agents de droit privé de l'Etat et des autres personnes ou collectivités publiques peuvent bénéficier, pour leurs litiges d'ordre individuel en matière de recours pour excès de pouvoir, de la dispense de ministère d'avocat devant les cours administratives d'appel, prévue par l'article R. 811-7 du code de justice administrative. En effet, cet article disposait dans sa version applicable au litige que « (...) *sont dispensés de ministère d'avocat:/ 1° Les requêtes dirigées contre les décisions des tribunaux administratifs statuant sur les recours pour excès de pouvoir formés par les fonctionnaires ou agents de l'Etat et des autres personnes ou collectivités publiques, ainsi que par les agents ou employés de la Banque de France contre les actes relatifs à leur situation personnelle ;/ (...)* ». La mention des « agents » ne s'accompagne d'aucune précision quant à leur statut de droit public ou privé. La dispense d'avocat s'étend-elle à ce dernier cas?

Il faut préciser d'emblée que cette disposition a été supprimée depuis le 1^{er} janvier 2017 par le décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016. Cependant, l'intérêt de notre affaire n'est pas seulement rétrospectif. En effet, le 3° de l'article R. 431-3 du code de justice administrative énonce exactement dans les mêmes termes l'un des cas de dispense de ministère d'avocat pour le plein contentieux devant les tribunaux administratifs : il s'agit des « *litiges d'ordre individuel concernant les fonctionnaires ou agents de l'Etat et des autres personnes ou collectivités publiques ainsi que les agents ou employés de la Banque de France* ».

Autrement dit, pour les agents de droit privé, la portée utile de la question ne concerne plus les litiges d'excès de pouvoir en appel, mais les contentieux indemnitaires en première instance – toutes actions pour lesquelles le juge administratif est en principe incompétent...

2. Il faut dire un mot des faits de l'espèce. M. O... a été embauché par le département de Paris dans le cadre de plusieurs « contrats aidés » : dix au total, de durée variable, du 1^{er} octobre 2002 au 30 juin 2012. Les dix-huit derniers mois, à compter du 1^{er} janvier 2010, ont donné lieu plus précisément à un contrat d'accompagnement dans l'emploi, de droit privé par détermination de la loi (article L. 5134-24 du code du travail). M. O... était affecté comme agent chargé du courrier au sein de la direction du patrimoine et de l'architecture.

Cette série de contrats devant prendre fin, M. O... a saisi le Conseil des Prud'hommes de Paris qui s'est réuni le 23 mai 2012 et a rendu le 7 février 2013 un jugement devenu définitif.

Les juges ont requalifié la relation entre le département et l'intéressé en CDI de droit privé et lui ont alloué différentes indemnités – notamment 11 000 euros pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La relation de travail entre l'intéressé et la Ville s'est ensuite poursuivie, dans le cadre d'un nouveau contrat d'accompagnement dans l'emploi à durée indéterminée.

M. O... n'en a pas moins demandé au maire de Paris, le 3 juin 2013, de requalifier l'ensemble de ses contrats de travail depuis l'origine en CDI de droit public. La demande est un peu paradoxale, puisque c'est sur la qualification de droit privé des contrats en question que repose le jugement dont bénéficiait M. O.... Il n'en demeure par moins que celui-ci a saisi le tribunal administratif de Paris du refus implicite opposé par le maire. Signalons qu'il a fait valoir ses droits à la retraite, ayant atteint l'âge de 65 ans en cours d'instance.

Le tribunal administratif a rejeté sa demande par un jugement du 26 octobre 2015. Il a considéré que l'illégalité des décisions de recourir à une succession de contrats aidés pour répondre à un besoin permanent du service pendant dix ans était sans influence sur la légalité de la décision attaquée et qu'en tout état de cause, l'autorité de chose jugée qui s'attachait au jugement du Conseil des Prud'hommes faisait obstacle à ce que le département de Paris se voit jugé dans l'obligation d'accéder à sa demande. Il s'agit donc d'un rejet au fond, alors même que la juridiction administrative était incompétente pour connaître de ce litige opposant un contractuel de droit privé à son employeur personne publique.

M. O... a interjeté appel, sans recourir à l'un des mandataires prévus par l'article R. 431-2 du code de justice administrative. Il n'a pas donné suite à l'invitation à régulariser sa requête, qui lui a été adressée par la cour administrative d'appel de Paris conformément à l'article R. 612-1 du même code. Sa requête a donc été rejetée, cette fois-ci comme irrecevable, par une ordonnance du 16 mars 2016, dont M. O... vous demande la cassation.

Il soutient que cette ordonnance serait entachée d'erreur de qualification juridique et d'erreur de droit et, par voie de conséquence, d'insuffisance de motivation, en jugeant qu'il n'aurait pas la qualité d'agent d'une collectivité publique au sens du 1° de l'article R. 811-7.

Il est bien évident qu'une éventuelle cassation de l'ordonnance ne changerait rien à l'affaire.

En effet, à supposer que le juge administratif annule pour excès de pouvoir le refus du maire, les prétentions de M. O... sur le fond ne pourront qu'être rejetées, par la commune aussi bien que par le juge judiciaire seul compétent pour y statuer : nous avons vu que sa relation contractuelle a été requalifiée de façon définitive par le Conseil des Prud'hommes. Ne reste donc à trancher que le point de procédure, sur lequel nous allons à présent nous pencher.

3. Vous avez jugé qu'entrent dans la catégorie des « *agents* » des personnes publiques au sens de ces dispositions les contractuels de droit public : CE, 26 février 2007, *Agence nationale pour l'emploi*, n° 276863, T. pp. 665-902 sur un autre point. En revanche, ni le Conseil d'Etat ni, semble-t-il, aucune cour administrative d'appel, n'a jamais tranché la question de savoir si les agents de droit privé de ces personnes devaient être admis au bénéfice de la dispense de ministère d'avocat en application du 1° de l'article R. 811-7, ni d'ailleurs du 3° de l'article R. 431-3. Cette absence de jurisprudence se comprend aisément dans la mesure où de tels litiges relèvent en principe, sur le fond, du juge judiciaire.

Nous confessons une certaine perplexité, car aucune solution ne s'impose avec évidence.

3.1. En faveur d'une dispense de ministère d'avocat au bénéfice des agents de droit privé, le principal argument nous semble résider dans la lettre des deux articles, qui visent les « *agents* » des personnes publiques de façon indifférenciée.

L'argument suivant peut être tiré de ce que la représentation des parties en appel devant la justice prud'homale, soit par un défenseur syndical, soit par un avocat, n'est obligatoire que depuis le 1^{er} août 2016 en application du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail (article R. 1461-1 du code du travail). Ainsi, en interprétant les dispositions de l'article R. 811-7 en vigueur avant le 1^{er} janvier 2017 dans le sens souhaité par le requérant, vous consacreriez un parallélisme de l'évolution de la procédure devant les deux ordres de juridiction.

Ajoutons enfin une considération pragmatique. La question de savoir si un agent relève du droit public ou du droit privé (TC, 25 mars 1996, *B...*, n° 3000, p. 535) n'est pas toujours aisée à appréhender, y compris par l'intéressé lui-même. La présente affaire illustre cette difficulté relative, puisque M. O... a accompli pendant quinze ans des tâches qui étaient probablement en tous points identiques à celles de tous les autres agents du courrier de la Ville de Paris. Il lui était donc difficile de prévoir qu'à la différence de ses collègues, il devrait recourir aux services d'un avocat en appel dans un contentieux d'excès de pouvoir. On pourrait donc soutenir que la complexité de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, dans cette matière, appelle une approche libérale des conditions de recevabilité des demandes, y compris celle qui tient à la représentation des parties.

3.2. En faveur de la solution inverse, soulignons tout d'abord que ce dernier argument est réversible. C'est précisément parce que la répartition des compétences est délicate pour les agents de droit privé de l'administration qu'il leur serait utile de recourir aux services d'un professionnel du droit afin de faire les bons choix contentieux. Le cas de M. Okou en témoigne, puisqu'il a présenté des demandes contradictoires au conseil des prud'hommes et au tribunal administratif. Il aurait gagné à être aiguillé par un professionnel du droit.

Le deuxième argument est tiré de la compétence de principe du juge judiciaire pour statuer sur les litiges nés de la conclusion, de l'exécution ou de la rupture des contrats des agents de droit privé, alors même que l'employeur est une personne publique gérant un service public administratif : cf. au sujet des contrats emploi solidarité la décision TC, 3 juillet 2000, *M... c/ Commune Saint-Michel*, n° 3206, p. 764. A ce titre, il appartient au même juge judiciaire de se prononcer sur une éventuelle demande de requalification de la relation de travail en contrat de droit public. Le juge administratif n'est seul compétent que dans deux hypothèses : pour tirer les conséquences d'une éventuelle requalification et si la contestation met en cause la légalité de la convention passée entre l'Etat et l'employeur (TC, 24 septembre 2007, *Mme V... c/ CCAS de Saint Pargoire*, n°3597, p. 605, ou encore TC, 7 juin 1999, *Préfet de l'Essonne c/ Conseil des prud'hommes de Longjumeau*, n° 03152, p. 451).

Nous ne voyons donc pas l'intérêt, y compris pour les agents intéressés, de faciliter l'accès au juge administratif, en principe incompétent, à travers la dispense de ministère d'avocat, alors que le juge judiciaire, compétent, exige une telle représentation au moins en appel.

Le dernier argument associe la question de compétence que nous venons d'évoquer, au souci de la cohérence d'ensemble du code de justice administrative et à la prise en compte de l'intention des auteurs du décret du 24 juin 2003 dont sont issues les deux dispositions qui nous intéressent au 1° de l'article R. 811-7 et au 3° de l'article R. 431-3.

Il faut rappeler que la formule « *les fonctionnaires ou agents de l'Etat et des autres personnes ou collectivités publiques, ainsi que les agents ou employés de la Banque de France* » figurait déjà, avant le décret de 2003, à l'article R. 312-12 du code de justice administrative, qui est relatif à la compétence territoriale des tribunaux administratifs.

Selon cet article, tous les litiges d'ordre individuel intéressant les personnes en question relèvent du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve leur lieu d'affectation. Il reprend, sans modification, l'article R. 56 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et l'article 47 du code des tribunaux administratifs, lesquels ne différaient pas de l'article 14 du décret n°53-1169 du 28 novembre 1953 portant règlement d'administration publique pour l'application du décret du 30 septembre 1953 sur la réforme du contentieux administratif qui visait pour les mêmes litiges « *les fonctionnaires ou agents de l'Etat, de l'Algérie et des autres personnes ou collectivités publiques, ainsi que les agents ou employés de la Banque de France* ».

Autrement dit, la formule fort ancienne de l'article R. 312-12 n'a jamais porté que sur des litiges pour lesquels la juridiction administrative était compétente.

Il faut préciser en effet, au sujet de la Banque de France, que si les dispositions du code du travail s'appliquent en principe au personnel de cet établissement – sous réserve qu'elles ne soient incompatibles ni avec le statut de la Banque, ni avec les nécessités du service public dont elle est chargée : CE, Section, 6 mai 1970, *Syndicat national du cadre secrétaire-comptable de la Banque de France*, n° 75164, p. 305 –, le juge administratif est compétent pour connaître de ce contentieux.

L'article 10 du décret du 24 juin 2003 a introduit la formule de l'article R. 312-12 au 1° de l'article R. 811-7 dans sa version applicable au litige. Il s'agissait de substituer à la dispense générale de ministère d'avocat pour toutes les requêtes dirigées contre les décisions des tribunaux administratifs en matière d'excès de pouvoir, une dispense ciblée sur les seuls litiges individuels de fonction publique – toujours en excès de pouvoir.

Nous pensons que le Gouvernement n'a jamais eu l'intention d'inclure dans le champ de cette dispense, pas plus que ce n'était le cas à l'article R. 312-12, les litiges des agents de droit privé des collectivités publiques, pour lesquels le juge administratif n'est pas compétent. En effet, le projet de décret (n°369053) dont a été saisi le Conseil d'Etat comportait la formule « *agents publics* ». Si le rapporteur devant la commission spéciale (Sophie Boissard) a proposé d'y substituer celle de l'article R. 312-12, c'est en faisant observer que le texte du Gouvernement laissait de côté les litiges des agents de la Banque de France qui relevaient de la compétence du juge administratif. Et c'est uniquement par cohérence avec cette première modification du projet de décret que le Conseil d'Etat a introduit, au même article 10, deux dispositions supplémentaires, qui substituent la formule de l'article R. 312-12 aux termes « *agents publics* » dans deux autres articles du code de justice administrative :

- au 3° de l'article R. 431-3, sur lequel nous ne reviendrons pas ;

- au 2° de l'article R. 222-13, qui vise les litiges qui peuvent être tranchés devant le tribunal administratif par un magistrat statuant seul. Cette dernière rédaction a disparu avec le décret n°2013-730 du 13 août 2013 : ne sont à nouveau visés que les « *fonctionnaires ou agents publics* », pour leurs « *litiges relatifs à la notation ou à l'évaluation professionnelle* » ainsi qu'à certaines sanctions disciplinaires. Ainsi, avant 2003 et après 2013, seuls les agents

publics sont mentionnés au 2° de l'article R. 222-13. Nous ne voyons pas ce qui justifierait l'existence d'une parenthèse de dix ans, au cours de laquelle la portée de ces dispositions aurait été étendue aux agents de droit privé.

4. Au regard de l'ensemble de ces éléments, nous vous proposons de consacrer la seconde solution, à savoir une lecture de l'article R. 811-7 qui n'inclut pas les litiges individuels des agents de droit privé dans le périmètre de la dispense d'avocat devant les cours administratives d'appel pour leurs litiges en excès de pouvoir – et par la même occasion dans celui de la dispense pour le plein contentieux devant les tribunaux administratifs prévue dans les mêmes termes au 3° de l'article R. 431-3.

Sur le plan pratique nous ne voyons pas l'intérêt, pour les justiciables concernés, d'une dispense qui aboutirait à élargir une voie sans issue devant le juge administratif pour statuer sur le fond de leurs prétentions – même s'il n'est pas optimal, non plus, d'inviter les mêmes agents de droit privé à régulariser leurs requêtes avant de les rejeter comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

Sur le plan juridique, la cohérence interne du code de justice administrative ne nous semble pas laisser place à une autre interprétation, ainsi que nous venons de l'exposer.

Vous écarterez donc les différents moyens d'erreur de droit, d'erreur de qualification juridique et d'insuffisance de motivation.

EPCMNC au rejet du pourvoi, y compris de ses conclusions présentées au titre des articles 37 de la loi du 10 juillet 1991 et L. 761-1 du code de justice administrative.