

**N° 380377 (QPC)**  
**M. Gérard E... et autres**

**3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 27 juin 2014**  
**Lecture du 9 juillet 2014**

## **CONCLUSIONS**

**M. Vincent DAUMAS, rapporteur public**

A la suite d'une sombre histoire de diffamation au sein du petit monde politique de Lourdes, le conseil municipal a voté une première délibération accordant au maire la protection fonctionnelle de la commune, sur le fondement des dispositions de l'article L. 2123-35 du code général des collectivités territoriales. Cette délibération a été annulée par le tribunal administratif de Pau, à la demande de conseillers municipaux, d'électeurs et de contribuables locaux. Le tribunal a jugé la délibération illégale au motif, notamment, qu'elle accordait la protection fonctionnelle au maire « à raison d'infractions à la loi pénale non encore commises ou le cas échéant commises dans un strict cadre privé » et qu'elle étendait cette protection à des actions « engagées ou à venir » devant la juridiction administrative. Le 30 janvier 2014, le conseil municipal de Lourdes adoptait une nouvelle délibération accordant de nouveau au maire la protection fonctionnelle, délibération aussitôt attaquée devant le tribunal administratif, là encore par des élus de l'opposition municipale et des contribuables de la commune. En cours d'instance, les requérants ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité que le tribunal vous a transmise.

La QPC soumise à votre examen vise les dispositions de l'article L. 2123-35 du CGCT qui prévoient la protection fonctionnelle des élus municipaux. Selon le second alinéa de cet article, la commune doit accorder cette protection, notamment, au maire et aux « élus municipaux le suppléant ou ayant reçu délégation », contre les « violences, menaces ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion ou du fait de leurs fonctions ». Relevons que l'on trouve des dispositions similaires, s'agissant des exécutifs des départements et des régions, respectivement aux articles L. 3123-29 et L. 4135-29 du CGCT. Elles ne sont toutes, avec celles prévoyant la protection fonctionnelle des fonctionnaires et des magistrats, que l'expression d'un principe général du droit (CE section, 8 juin 2011, M. F..., n° 312700, au Recueil). Les auteurs de la QPC ont critiqué les dispositions de l'article L. 2123-35 au regard, d'une part, des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC), dont le Conseil constitutionnel a déduit l'existence d'un principe ou d'un objectif de bon emploi des deniers publics, d'autre part, des articles 6 et 14 de cette déclaration, dont le Conseil constitutionnel a tiré plusieurs principes relatifs à la commande publique, dont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Il vous appartient d'examiner cette QPC au regard des conditions posées par l'article 23-4 de l'ordonnance (n° 58-1067) du 7 novembre 1958.

1. La condition d'applicabilité au litige ne pose aucune difficulté puisque les dispositions critiquées constituent la base légale de la délibération attaquée devant le tribunal administratif de Pau.

2. La condition relative à l'absence de déclaration de conformité à la Constitution est également remplie. Les dispositions critiquées ont été introduites dans le CGCT par la loi (n° 2002-276) du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, qui n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel. Elles ont été modifiées par la loi (n° 2003-239) du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, qui elle a bien fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation, mais le Conseil constitutionnel n'a pas, à cette occasion, examiné ces dispositions (voir sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003). Il n'a pas eu l'occasion de le faire depuis lors.

3. Le débat porte donc sur la troisième condition à laquelle est subordonné le renvoi au Conseil constitutionnel, le caractère nouveau ou sérieux de la question posée.

Le tribunal administratif vous a renvoyé la question en soulignant, outre qu'elle n'était pas dépourvue de caractère sérieux, qu'elle était également nouvelle.

3.1. On peut tout d'abord avoir un doute sur le point de savoir si les règles ou principes constitutionnels invoqués sont au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit, au sens de son article 61-1, et peuvent donc être invoqués à l'appui d'une QPC.

Dans ses observations, le ministre de l'intérieur soutient que non.

Il est vrai que les dispositions de l'article 14 de la DDHC ne sont pas invocables à l'appui d'une QPC en ce qu'elles consacrent le principe du consentement des citoyens à l'impôt par l'intermédiaire de leurs représentants. Le Conseil constitutionnel l'a clairement jugé, au motif que ces dispositions sont mises en œuvre, dans cette mesure, par l'article 34 de la Constitution (décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC Kimberly Clark, cons. 4). Toutefois ce n'est pas ce principe qui est invoqué par les auteurs de la QPC mais celui de bon emploi des deniers publics. Et dans le dernier état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il ne découle pas des seules dispositions de l'article 14 de la DDHC mais des dispositions combinées de ses articles 14 et 15 (cf. décisions n° 2006-545 DC, cons. 24 ; n° 2009-575 DC, cons. 4).

Relevons que le statut exact de ce principe ne paraît pas tout à fait assuré, le Conseil constitutionnel le qualifiant tantôt d'exigence constitutionnelle (cf. décisions n° 2003-473 DC, cons. 18 ; n° 2003-489 DC, cons. 33 ; n° 2006-545 DC, cons. 24 ; n° 2009-575 DC, cons. 4 ; n° 2010-624 DC, cons. 17) et tantôt d'objectif de valeur constitutionnelle (décision n° 2011-203 QPC, cons. 5). Qu'il s'agisse d'une exigence ou d'un simple objectif de valeur constitutionnelle, nous sommes assez tenté de considérer, comme le Conseil constitutionnel l'a fait s'agissant du principe de consentement à l'impôt, que le bon emploi des deniers publics est mis en œuvre au travers de l'article 34 de la Constitution, de sorte qu'il n'est pas invocable à l'appui d'une QPC. Mais le Conseil constitutionnel ne l'a jamais jugé et vous non plus (vous avez réservé la question par un « en tout état de cause » dans une décision du 17 juillet 2013, commune de Taiarapu-Est, n° 368780, inédite au Recueil, point 5).

Une question de même nature se pose s'agissant des exigences constitutionnelles en matière de commande publique. Le Conseil constitutionnel les déduit des articles 6 et 14 de la DDHC. Il a jugé qu'elles trouvaient leur expression dans les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics qui ne font que les « rappeler » (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 10). Ces exigences sont contrôlées par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son examen *a priori* des lois (cf. par exemple décisions n° 2003-473 DC précitée, cons. 18 ; n° 2004-506 DC, cons. 30 et 37 ; n° 2008-567 DC, cons. 9, 14 et 37). Ceci précisé, nous n'avons guère de doute que le principe d'égal accès à la commande publique est invocable à l'appui d'une QPC, dès lors qu'il découle du principe constitutionnel d'égalité. On peut être un peu plus hésitant s'agissant des principes de liberté d'accès à la commande publique ou de transparence des procédures, qui nous paraissent des déclinaisons instrumentales du principe d'égalité d'accès à la commande publique. Là non plus, ni le Conseil constitutionnel ni vous-mêmes n'avez pris position jusqu'à présent sur la question de savoir s'ils peuvent, en tant que tels, être invoqués à l'appui d'une QPC.

3.2. Quoiqu'il en soit de la réponse à ces interrogations, vous pourrez refuser de renvoyer la question posée au motif qu'elle n'est ni sérieuse, ni nouvelle.

Les auteurs de la QPC font valoir qu'une fois le principe de la protection fonctionnelle d'un élu décidé par la commune, rien ne lui permettrait plus de s'opposer au remboursement des frais de justice exposés par cet élu, dont elle serait tenue de s'acquitter ; d'où l'atteinte à l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics. Ils soulignent également que l'élu bénéficiant de la protection choisit librement l'avocat chargé de le défendre ; d'où l'atteinte aux principes constitutionnels relatifs à la liberté d'accès à la commande publique. Nous croyons que, sur chacun de ces deux points, l'argumentation présentée à l'appui de la QPC n'est pas fondée.

3.2.1. Sur le premier point, parce que la protection fonctionnelle prévue par l'article L. 2123-35 du CGCT n'a rien à voir avec un « droit de tirage » illimité sur le budget de la collectivité, qui permettrait à son bénéficiaire de mettre à sa charge l'ensemble des frais d'avocats qu'il jugerait bon d'exposer pour sa défense.

Vous n'avez pas encore eu l'occasion de préciser la portée des dispositions du CGCT relatives à la protection fonctionnelle des élus locaux. En revanche, votre jurisprudence est étoffée s'agissant de celle due aux magistrats ainsi qu'aux agents publics. Vous jugez que, si l'autorité compétente est en principe tenue d'accorder sa protection lorsque les conditions posées par la loi sont remplies, elle peut toutefois la refuser pour un motif d'intérêt général (CE assemblée, 14 février 1975, *Sieur T...*, n° 87730, au Recueil p. 112 ; CE section, 8 juin 2011, *M. F...*, précitée). Surtout, vous jugez qu'il appartient dans chaque cas à l'autorité compétente d'apprécier, sous le contrôle du juge et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, les modalités appropriées à l'objectif de protection (voyez, à propos des dispositions de l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958<sup>1</sup> qui prévoient la protection fonctionnelle des magistrats, CE 21 février 1996, *M. de M...*, n° 155915, au Recueil p. 48 ; CE 28 décembre 2009, *Mme B...*, n° 317080, au Recueil). La protection peut bien sûr prendre la forme d'une prise en charge des frais d'avocat exposés par le bénéficiaire de la protection pour se défendre, y compris dans le cadre de poursuites judiciaires qu'il a lui-même introduites. Mais ce n'est qu'une des modalités possibles de la protection : ainsi,

---

<sup>1</sup> Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

l'administration peut légalement refuser la prise en charge de tels frais lorsque la protection a été assurée par le biais d'autres mesures (voyez sur ce point la décision du 21 février 1996 précitée : vous jugez que la protection due à un magistrat qui avait fait l'objet d'une plainte en dénonciation calomnieuse déposée par un avocat avait été suffisamment assurée par le classement sans suite de la plainte et l'engagement d'une procédure disciplinaire à l'égard de l'avocat, sans que l'Etat fût tenu de prendre en charge les frais exposés par le magistrat dans le cadre des poursuites qu'il avait jugé bon d'introduire contre l'avocat). En outre, dans l'hypothèse où la protection prend la forme d'une prise en charge des frais d'avocat, vous jugez que l'administration n'est pas tenue de supporter, dans tous les cas, l'intégralité de ces frais (voyez, à propos des dispositions de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983<sup>2</sup> qui prévoient la protection fonctionnelle des fonctionnaires de l'Etat, CE 2 avril 2003, M. C..., n° 249805 249862, aux tables du Recueil). La collectivité publique conserve donc le pouvoir d'apprécier, toujours sous le contrôle du juge, si les frais dont la prise en charge est demandée sont non seulement dûment justifiés mais aussi en adéquation avec la prestation attendue de l'avocat.

Nous l'avons dit, ces solutions jurisprudentielles ont été rendues à propos de magistrats ou d'agents publics. Mais nous ne voyons aucune raison d'interpréter différemment les dispositions relatives à la protection fonctionnelle due aux élus locaux chargés de responsabilités exécutives. Au bénéfice de cette interprétation des dispositions de l'article L. 2123-35 du CGCT, vous pourrez écarter le grief selon lequel elles porteraient atteinte, par elles-mêmes, au principe de bon emploi des deniers publics<sup>3</sup>.

3.2.2. Sur le second point, l'argumentation des auteurs de la QPC ne nous semble pas sérieuse. Il fait peu de doute que le bénéficiaire de la protection a toute liberté pour choisir l'avocat chargé de défendre ses intérêts. Dans l'hypothèse où la collectivité à laquelle incombe l'obligation de protection décide légalement de prendre en charge tout ou partie des frais d'avocat correspondant, cela ne fait pas pour autant de cette prise en charge la rémunération d'un marché de service que la commune aurait passé avec l'avocat. Si la collectivité met à la disposition du bénéficiaire de la protection les services d'un avocat avec lequel elle a passé un marché, il faut bien sûr que ce marché ait été conclu dans le respect des règles et des principes relatifs à la commande publique. Mais il s'agit seulement d'une question susceptible de se poser à l'occasion de l'application des dispositions prévoyant la protection fonctionnelle. Une éventuelle méconnaissance des règles et principes relatifs à la commande publique peut être reprochée aux autorités sur lesquelles pèsent l'obligation de protection mais une telle méconnaissance ne résulte en rien des dispositions législatives critiquées. Bref, en aucun cas les dispositions de l'article L. 2123-35 du CGCT ne peuvent être regardées, par elles-mêmes, comme méconnaissant les principes constitutionnels relatifs à la commande publique.

La QPC posée, vous l'aurez compris, ne présente pas un caractère sérieux. Elle n'est pas non plus nouvelle dans la mesure où est invoquée à son appui la méconnaissance de règles ou principes constitutionnels dont le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de faire application. Et nous ne voyons pas de raisons justifiant, en opportunité, de l'en saisir.

---

<sup>2</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

<sup>3</sup> On peut de surcroît observer que le dernier alinéa de l'article L. 2123-35 du CGCT prévoit un mécanisme de subrogation de la commune dans les droits de l'élu dont elle assure la protection et la possibilité pour elle de se constituer partie civile devant le juge pénal, ce qui lui permettra dans certains cas d'obtenir la restitution des sommes qu'elle aura prises à sa charge.

Par ces motifs nous concluons à ce que vous refusiez le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel.