

N° 388404

M. M...

10ème et 9ème chambres réunies

Séance du 27 février 2017

Lecture du 20 mars 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Cette affaire pose, au fond, l'intéressante question de savoir quels sont les critères à prendre en compte pour apprécier le caractère raisonnable ou excessif des frais d'avocat qu'un agent public entend faire couvrir par son administration au titre de la protection fonctionnelle. Mais pour la résoudre aujourd'hui, il faudrait que vous surmontiez une délicate question de compétence de la juridiction administrative pour connaître du litige que nous vous proposerons pour notre part de renvoyer au tribunal des conflits.

M. M..., aujourd'hui sénateur de la Moselle, était conseiller général et présidait, en cette qualité, le conseil d'administration de l'office public d'aménagement et de construction de la Moselle, devenu depuis l'office public de l'habitat (OPH) Moselis de 1993 à 1998. C'est à ce titre qu'il a fait l'objet, le 18 janvier 1999, d'une plainte l'accusant d'avoir utilisé les moyens matériels et le personnel de l'office pour les besoins de ses campagnes électorales. Après avoir été condamné pour abus de confiance par un jugement du tribunal correctionnel de Metz du 23 juin 2005, il a été relaxé par un arrêt de la cour d'appel de Metz du 29 juin 2006, confirmé par la Cour de cassation le 11 septembre 2007. S'estimant victime de faux témoignages, M. M... a en outre déposé une plainte le 24 juin 2002 et a engagé à ce titre plusieurs actions devant le tribunal de grande instance de Metz, la cour d'appel de Metz, la Cour de cassation et même la Cour européenne des droits de l'homme.

Bien entendu, toutes ces procédures ont eu un coût. Aussi une fois remis de ses émotions, M. M... a-t-il demandé à l'OPH Moselis, de prendre en charge au titre de la protection fonctionnelle la coquette somme de 105 498,66 euros au titre des frais engagés pour sa défense dans le cadre des poursuites pénales dont il a fait l'objet, et la somme de 50 686,48 euros au titre des actions pour faux témoignages qu'il a lui-même engagés.

Dans un premier temps, M. M... a fait porter sa demande uniquement sur les frais engagés au titre des poursuites pénales dont il a fait l'objet. L'office a refusé d'y faire droit. Aussi M. M... a-t-il saisi la juridiction administrative d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir de cette décision de refus. Débouté par le tribunal administratif de Strasbourg, il a obtenu gain de cause devant la cour administrative d'appel de Nancy, qui était pourtant incompétente pour connaître de ce litige de fonction publique relevant à l'époque de la cassation directe. Son arrêt du 4 août 2011 annulant la décision de refus de principe de l'administration est devenue définitif et est désormais revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée.

Dans un second temps, par un courrier du 16 janvier 2012, M. M... a demandé à l'office de bien vouloir en tirer les conséquences en prenant en charge sa facture de 105 498,66 euros, et a ajouté une demande de prise en charge de la facture de 50 686,48 euros relative à la procédure engagée par lui. L'office n'ayant, par un courrier du 24 janvier 2012, accepté de prendre en charge que les frais exposés pour la défense de M. M... devant le tribunal correctionnel et la cour d'appel de Metz, pour un montant de 23 921,82 euros, M. M... a à nouveau saisi le tribunal administratif de Strasbourg, d'un recours que celui-ci a analysé comme d'excès de pouvoir contre la décision de refus de prendre en charge le surplus. Le tribunal a très partiellement fait droit à ses conclusions, en n'annulant que le refus de prise en charge des frais engagés au titre de la procédure devant la Cour de cassation. M. M... a alors saisi la cour administrative d'appel de Nancy, qui par un arrêt du 26 février 2015, vous a transmis le dossier au motif que le jugement avait été rendu en premier et dernier ressort.

Cette analyse de la cour ne vaut qu'à condition que l'on estime que ce litige ressortit de la compétence de la juridiction administrative, puisque par construction, les litiges relevant de la compétence de la juridiction judiciaire ne sont visés par aucun des *items* de l'article R. 811-1 du CJA dérogeant au principe de l'appel. Vous devez donc d'abord vous interroger sur cette compétence de la juridiction administrative dans son ensemble, ce qui revient à déterminer, en l'espèce, si l'on se trouve dans un litige relatif à la situation d'un agent public ou non.

Comme nous vous l'avons dit, M. M... demande le bénéfice de la protection fonctionnelle en sa qualité de président du conseil d'administration d'un OPAC. Or les OPAC, comme d'ailleurs les OPH qui leur ont succédé, sont des établissements publics industriels et commerciaux par détermination de la loi. Et vous n'ignorez pas qu'en vertu d'une jurisprudence fort ancienne (CE, 26 janvier 1923, *de Robert Lafregeyre* ; CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* ; CE, Section, 25 décembre 1967, *L...*, n° 65807, p.) et constamment réaffirmée depuis par le tribunal des conflits (TC 4 juillet 1991, *Mme P...*, n° 02670, p. 469 ; TC, 15 mars 1999, *F...*, p. 442 ; CE, 12 février 2007, *B...*, n° 3592, p.), les litiges relatifs à la situation individuelle des agents des EPIC relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, à la seule exception de ceux qui intéressent le directeur et le comptable s'il a la qualité de comptable public. Cette règle vaut même dans le cas où l'agent est un fonctionnaire mis à disposition de l'EPIC, lorsque le litige concerne une rémunération complémentaire servie par ce dernier (CE, 18 mars 2005, *G...*, n° 265143, T. p.), et même encore lorsque les agents sont issus d'un EPIC lorsque le litige les oppose à l'établissement public administratif ayant repris les attributions de l'EPIC (CE, 24 juillet 2009, *R...*, n° 319629, T. p.).

Et le président du conseil d'administration d'un OPAC ne se confond pas, naturellement, avec le directeur de cet établissement. Aux termes des dispositions du code de la construction et de l'habitation en vigueur au temps des OPAC, l'activité d'un tel office est dirigée par un directeur général (art. R. 421-22), qui est ordonnateur, passe tous actes et contrats, a autorité sur les services et recrute le personnel dont il fixe les effectifs et la rémunération. Le conseil d'administration, pour sa part, qui administre l'office, était composé de vingt-et-un membres, dont sept désignés par l'organe délibérant de la collectivité locale ou de l'établissement public de rattachement, cinq par le préfet parmi les personnes exerçant des responsabilités dans les domaines du logement, de l'urbanisme, de l'environnement ou en matière sociale et culturelle, deux par le préfet sur des listes établies par les caisses d'épargne

et les organismes collecteurs de la participation des employeurs à la construction, un désigné par les conseils d'administration des caisses d'allocations familiales, trois élus par les locataires, un désigné par l'union départementale des associations familiales et deux désignés par les organisations syndicales les plus représentatives dans le département du siège (art. R. 421-7). Ce conseil d'administration élit son président en son sein, obligatoirement parmi les membres désignés par la collectivité locale ou l'établissement public de rattachement (art. R. 421-15). Ce président était chargé de présider le conseil d'administration dont il fixait l'ordre du jour, de lui soumettre chaque année un rapport sur la politique de l'office, de lui proposer la nomination du directeur général et la cessation de ses fonctions et de représenter l'office en justice.

Or la jurisprudence retient une approche particulièrement stricte de la notion de fonctions de direction justifiant malgré de le statut d'EPIC la compétence de la juridiction administrative. Aux termes de la jurisprudence *Jalenques de Labeau* précitée, la compétence de la juridiction administrative est ainsi réservée, hors la question de l'éventuel comptable public, à celui des agents qui est chargé de la direction de l'ensemble des services de l'établissement, ce qui nous semble plutôt correspondre, dans le cadre de l'OPAC, aux fonctions du directeur général.

Nous avons toutefois été troublée par la circonstance que, dans le cadre de cette jurisprudence, la notion de fonction de direction justifiant la compétence administrative trouve naturellement à s'opposer à la notion de fonction subalterne, que l'on peut difficilement reconnaître au président du conseil d'administration, et d'ailleurs aux membres de celui-ci. Curieusement, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence relative aux relations entre un EPIC et son conseil d'administration. Son président n'est pas un agent de l'EPIC au sens strict où l'entend la jurisprudence relative à la répartition des compétences et il n'est d'ailleurs uni à l'office ni par un contrat de travail, ni par les dispositions statutaires relatives à la fonction publique. Dans ces conditions, nous nous demandons s'il n'a pas vocation à tomber dans une brèche de la jurisprudence précitée dont les critères traditionnels échoueraient à être véritablement opérants. Et s'il fallait colmater cette brèche, nous ne trouverions pas aberrant d'estimer que les rapports qui unissent l'OPAC au président de son conseil d'administration, représentant légal d'une personne publique qui reste soumise, même lorsque s'y appliquent les règles relatives aux entreprises de commerce, aux dispositions de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions¹, sont par nature des rapports de droit public. Nous notons d'ailleurs qu'il existe beaucoup plus de proximité entre les fonctions exercées par le conseil d'administration de l'OPAC et celles exercées par le conseil d'administration d'un EPA qu'avec celles exercées par le conseil d'administration d'une entreprise. A titre d'exemple et pour reboucler avec l'objet du présent litige, les fonctions du président de l'OPAC sont largement similaires à celles du président d'une chambre de commerce et d'industrie, qui est un EPA (même si certains de ses services peuvent avoir un caractère industriel et commercial : TC, 18 décembre 1995, *Préfet de la région Ile-de-France c/ CCI de Paris*, T. p. 700), et dont vous avez estimé qu'il exerçait des fonctions administratives au point de lui reconnaître sur le fondement d'un PGD le bénéfice de la protection fonctionnelle bien qu'il ne bénéficie pas du statut d'agent public au sens strict (CE, Section, 8 juin 2011, *F...*, n° 312700, p. 270 avec les conclusions de Pierre Collin).

¹ En vertu de l'article L. 421-1-1 du code de la construction et de l'habitation, à l'exclusion de certaines dispositions de cette loi.

Au vu de ces considérations, nous estimons la question de compétence sérieuse et vous proposons de la renvoyer au tribunal des conflits.

Au sujet de ce renvoi, nous voudrions faire deux précisions.

La première précision est que vous nous semblez compétents pour procéder vous-mêmes à ce renvoi, en dépit des doutes que projette la question de la compétence de l'ordre administratif sur votre compétence pour connaître du litige en cassation directe et en dépit même, nous y reviendrons, du fait qu'à supposer même qu'il s'agisse d'un litige de fonction publique, l'absence d'appel en l'espèce ne va pas de soi. Longtemps, certes, votre jurisprudence Section, 4 novembre 1994, *K...*, n°157435 p.489, confirmée par CE, 29 novembre 2004, *Mme M...*, n° 267988, T. p., interdisait au Conseil d'Etat, saisi à tort en cassation directe d'un litige susceptible d'appel, d'opposer lui-même l'incompétence de la juridiction administrative : dans ce cas, il lui appartenait de renvoyer l'affaire à la cour administrative d'appel, seule compétente au sein de la juridiction administrative, pour traiter de la question de la compétence de cette dernière. Mais cette jurisprudence, qui de l'aveu même du président Stahl dans ses conclusions pourtant conformes, « froisse quelque peu le bon sens et la bonne administration de la justice », a été opportunément anéantie par l'effet de l'article R. 351-5-1 du code de justice administrative. Celui-ci dispose désormais que « Lorsque le Conseil d'Etat est saisi de conclusions se rapportant à un litige qui ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, il est compétent, nonobstant les règles relatives aux voies de recours et à la répartition des compétences entre les juridictions administratives, pour se prononcer sur ces conclusions et décliner la compétence de la juridiction administrative. »

Nous confessons que, pris littéralement, ce texte n'habilite le Conseil d'Etat qu'à décliner la compétence de la juridiction administrative et pas à saisir le TC d'une question sérieuse de compétence. Il nous semble toutefois éminemment opportun de l'interpréter en ce sens qu'il permet au Conseil d'Etat de poser lui-même cette question. Tout l'objet du texte est, en effet, d'éviter les renvois inutiles à la cour. Dans l'hypothèse où, saisi par le Conseil d'Etat, le tribunal des conflits attribuait le litige à l'ordre judiciaire, alors l'objectif serait pleinement rempli. Si le tribunal des conflits attribuait l'affaire à la juridiction administrative, alors il appartiendrait au Conseil d'Etat de trancher la question de la compétence au sein de la juridiction administrative et, le cas échéant, de renvoyer l'affaire à la cour, mais après, ce qui n'est pas rien, que la question de compétence eut été définitivement purgée. C'est donc bien exclusivement le risque d'un détour inutile qui serait ainsi évité. Cette interprétation est d'autant plus souhaitable, pensons-nous, qu'avant même l'édiction de l'article R. 351-5-1, vous aviez écorné la jurisprudence *Mme M...* (n° 267988) s'agissant des hypothèses de renvoi au tribunal des conflits dans le cadre de la procédure de prévention des conflits négatifs (CE, 27 juin 2011, *Mme J...*, n° 327237, T. p.). L'argument de cohérence qui a un temps plaidé pour la jurisprudence *Mme M...* (n° 267988) plaide donc désormais en ce sens que le Conseil d'Etat saisi à tort soit toujours compétent, au sein de la juridiction administrative, pour purger les doutes sur la compétence de cette dernière avant de réattribuer le litige le cas échéant.

La seconde précision est que ce renvoi doit, selon nous, valoir pour l'ensemble du litige, alors même que par un arrêt devenu définitif et revêtu de l'autorité absolue de la chose jugée, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé le refus de principe d'accorder la protection fonctionnelle au titre des poursuites pénales engagées contre M. M... et donc

définitivement arrêté le principe de l'existence d'un droit à protection dans cette mesure. Nous ne sommes en effet pas ici dans le cadre du même litige, la décision relative aux modalités de cette prise en charge étant distincte de la première annulée pour excès de pouvoir. Nous ne sommes pas, en particulier, dans le cadre d'un avant-dire droit ayant tranché, pour prescrire une mesure d'instruction, la question de la compétence de la juridiction administrative, dont vous estimez qu'il lie sur ce point les juges du fond (CE, 11 octobre 1972, *Ministre de l'équipement et du logement c/ J...*, n° 84122, p. 630, d'ailleurs controversée). Nous ne croyons donc pas que l'ombre portée par le premier litige aille jusqu'à vous contraindre à reconnaître la juridiction administrative compétente pour une partie du second.

Si vous ne nous suiviez pas et estimiez l'ordre administratif compétent pour connaître, au moins pour partie, du litige, vous retomberiez sur la question de compétence au sein de la juridiction administrative. Elle n'est pas totalement évidente et nous avons quelque difficulté à nous convaincre que le litige, même si vous l'estimiez relatif à un agent public (ce que vous avez fait dans la décision *F...* n° 312700, malgré l'approximation entourant la qualité d'agent), relèverait de la cassation directe. Aux termes du 2° de l'article R. 811-1 du CJA dans sa version applicable, relevaient de la cassation directe les litiges de fonction publique hors discipline et entrée ou sortie du service, « sauf pour les recours comportant des conclusions tendant au versement ou à la décharge de sommes d'un montant supérieur » à 10 000 euros. Vous connaissez suffisamment le soin qu'apportent les auteurs du CJA à leurs formules pour comprendre que c'est à dessein qu'est choisie l'expression « conclusions tendant au versement ou à la décharge de sommes » et non « conclusions indemnitaires », comme c'est le cas à l'article R. 222-13 pour déterminer les cas de compétence du juge unique. Votre jurisprudence porte nettement la trace de ce que l'expression retenue à l'article R. 811-1 est plus large que celle figurant à l'article R. 222-13 : alors que « conclusions indemnitaires » renvoie exclusivement au contentieux de la responsabilité, sont regardées comme tendant au versement d'une somme des conclusions non indemnitaires demandant le versement d'une redevance domaniale (CE, 11 juillet 2008, *M. F...*, n° 304521, T. p.), des conclusions contestant un titre exécutoire (CE, 4 février 2013, *Commune de Molières-sur-Cèze*, n° 346154, T. p.), ou des conclusions non indemnitaires tendant au versement de traitements impayés (CE, 26 février 2016, *M. B...*, n° 386953, T. p.). Nous n'avons, en revanche, pas trouvé trace de ce que vous auriez déjà jugé que cette notion attractive aille jusqu'à englober les cas où un fonctionnaire fait le choix, en vertu de votre jurisprudence *Lafage* (CE, 8 mars 1912, p. 348), de s'attaquer à la question du versement d'une somme par le biais de l'excès de pouvoir, en demandant l'annulation de la décision de refus de versement. Et nous confessons volontiers qu'en première analyse, de telles conclusions ne tendent pas au versement d'une somme, mais à l'annulation d'une décision refusant le versement d'une somme, ce qui, pour les esprits subtils que vous êtes, n'est sans doute pas exactement la même chose. Nous notons toutefois que dans des conclusions sur la récente affaire *M. B...* (n° 386953) précitée, Gilles Pellissier avançait l'idée que la règle qui nous intéresse, en retenant l'expression « conclusion tendant au versement d'une somme », visait précisément à neutraliser, en termes de voies de recours, le choix laissé par la jurisprudence *Lafage* entre excès de pouvoir et plein contentieux, afin d'éviter que par son biais, le requérant choisisse son juge. Et nous confions avoir un peu de mal, même si un tel raisonnement nous semble pur et que vous n'estimez pas que des conclusions à fin d'injonction transforment le litige d'excès de pouvoir sur lequel elles se greffent en plein contentieux, à admettre qu'une demande d'annulation du refus de verser une somme de plus de 10 000 euros, assortie de conclusions à fin d'injonction de verser la somme, relève de la

cassation directe alors que des conclusions tendant au versement de la même somme relèveraient de l'appel.

Nous avons d'autant plus de mal à l'admettre en l'espèce, où le requérant a d'abord demandé l'annulation pour excès de pouvoir du refus de principe de lui accorder la protection, avant de former un second recours portant sur le refus de prendre en charge une somme déterminée supérieure à 10 000 euros. Ces conclusions, le TA les a, si l'on en croit sa rédaction, interprétées comme étant d'excès de pouvoir, alors même qu'on pouvait les lire comme des conclusions de plein contentieux, et c'est par l'effet de cette lecture qu'il se retrouve privé d'appel. Nous sommes assez loin, selon nous, des hypothèses où vous avez accepté de connaître de protection fonctionnelle en cassation directe, dans le cadre de recours d'excès de pouvoir portant uniquement sur le principe de la protection en l'absence de tout conclusion chiffrées, ce qui n'est pas le cas d'espèce, le TA ayant lui-même relevé dans son considérant visa que M. M... demandait à l'OPAC de le couvrir à hauteur de 156 185,14 moins les 23 921,82 euros déjà consentis.

Bref, même si nous confessons que l'hésitation est possible, et le cœur d'autant plus léger que la question de droit n'a plus qu'une portée rétrospective, nous serions plutôt encline à renvoyer à la CAA.

Mais si vous ne souhaitiez renvoyer ni au TC, ni à la CAA, alors nous serions d'avis de confirmer le jugement du tribunal administratif.

Le groupe de moyens central de M. M... consiste, sous l'angle de l'insuffisance de motivation, de l'erreur de droit et de la dénaturation, le fait d'avoir jugé que le montant des honoraires réclamés dans le cadre des poursuites dont il a fait l'objet était manifestement excessif eu égard à la difficulté des affaires, aux diligences dont il est justifié et aux tarifs habituellement pratiqués en la matière, sans prendre en compte la notoriété, l'expérience et la spécialité des avocats intervenus, ni les frais exposés par eux et la durée de la procédure.

Vous avez jugé, par une décision *M. C...* (CE, 2 avril 2003, T. p.), que si la protection fonctionnelle peut prendre la forme d'une prise en charge des frais engagés dans le cadre de poursuites judiciaires que l'agent a introduites, l'administration n'est pas contrainte de prendre à sa charge, dans tous les cas, l'intégralité de ces frais. Dans ses conclusions sur cette affaire, votre commissaire du gouvernement estimait que : « dans la mesure où les honoraires de l'avocat choisi par l'agent excèdent ceux de l'avocat qu'aurait choisi l'administration pour engager la même action, on ne peut pas affirmer que cette somme excédentaire est due dans sa totalité ». Cette absence d'obligation de prise en charge intégrale a été réaffirmée, s'agissant cette fois de procédures engagées par un élu pour sa défense, dans votre décision CE, 9 juillet 2014, *M...*, n° 380377) : les conclusions de Vincent Daumas avançaient cette fois le critère de l'adéquation des frais avec la prestation attendue de l'avocat.

C'est à notre avis sur cette notion de prestation attendue de l'avocat qu'il faut s'entendre, et que nous partageons l'approche du TA et non celle de M. M... . M. M... tente de démontrer, et il y parvient plutôt, que compte tenu de la notoriété de son avocat, de sa spécialité, de son expérience et de la durée de la procédure, les honoraires pratiqués n'avaient rien d'excessif. Ce faisant, il emprunte des critères qui n'ont rien de farfelu, puisqu'ils sont tirés des textes encadrant la profession d'avocat - article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, article 10

du décret n° 2005-790 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, article 11 du règlement intérieur national des barreaux. Mais ce faisant, il démontre la pertinence des honoraires pratiqués au regard de l'avocat choisi. Or comme le TA, nous pensons que l'administration est fondée à raisonner en fonction du contentieux pour lequel l'avocat est choisi, et de refuser la prise en charge du surplus d'honoraires liés au fait que l'agent s'est choisi un avocat « surdimensionné » pour son procès. Dans ces conditions, nous ne voyons pas l'erreur de droit ou le défaut de motivation à avoir raisonné d'abord en termes de difficulté des affaires, pour évaluer ensuite si la somme demandée était excessive au regard au vu des tarifs habituellement pratiqués par un avocat du niveau adéquat pour la résoudre, compte tenu des diligences effectuées, c'est-à-dire de la quantité de travail fournie.

Et nous ne voyons pas non plus de dénaturation dans l'appréciation du TA qui a estimé que l'intervention coûteuse de Maître L... et de Maître S... en appel n'étaient pas justifiées par la difficulté de l'affaire, et que les diligences de Maître B..., y compris en cassation, d'où l'annulation du refus d'octroyer 2 392 euros supplémentaires, suffisaient.

Le second groupe de moyens porte sur les frais exposés par M. M... dans le cadre des actions incidentes pour faux témoignages introduites à son initiative. Le TA, en amont de la question du caractère approprié du montant, a estimé que ces procédures n'entretenaient pas un lien suffisant avec les fonctions exercées par M. M... et les plaintes dont il avait fait l'objet en sa qualité d'agent public, plaintes couvertes par la protection fonctionnelle, pour relever elles-mêmes de cette protection. Il a, ce faisant, bien raisonné et n'a commis aucune des erreurs de droit alléguées. Et il n'a rien dénaturé non plus, lesdites procédures ayant fait l'objet de procédure de non-lieu et n'ayant donc joué aucun rôle dans la relaxe puisque le caractère mensonger des témoignages n'a pas été démontré. Il faudrait donc rejeter l'appel de M. M... .

Mais à titre principal, nous vous proposons de renvoyer l'affaire au TC.

Tel est le sens de nos conclusions.