N° 406637
Département de Mayotte

1ère et 6ème chambres réunies
Séance du 5 mai 2017
Lecture du 19 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Mme C... B... et son petit frère A..., originaires du Burundi, sont entrés en France en janvier 2016, à Mayotte, pour y demander le statut de réfugiés. Par une ordonnance de mars 2016, le juge des enfants a confié A... à sa soeur, au titre de l'assistance éducative, en application de l'article 375-3 du code civil. Mme B... a alors demandé au président du conseil départemental de Mayotte à bénéficier de l'allocation dite « tiers digne de confiance ».

Cette allocation est prévue au 1° de l'article L. 228-3 du code de l'action sociale et des familles (CASF), selon lequel « *Le département prend en charge financièrement au titre de l'aide sociale à l'enfance (...)J, les dépenses d'entretien, d'éducation et de conduite de chaque mineur : / 1° Confié par l'autorité judiciaire en application des articles 375-3 (...) du code civil à des personnes physiques* (…) ». L'article R.228-3 précise que, en dehors du cas où le mineur est salarié, « les frais d'entretien et d'éducation » de ces mineurs « sont remboursés [au tiers digne de confiance] sur la base d'un prix de pension mensuel, auquel » peut s'ajouter une « une indemnité d'entretien et de surveillance »[1]. Ce même article prévoit que « des arrêtés déterminent les conditions dans lesquelles sont fixés les prix de pension et les indemnités ». Ces arrêtés ne sont, à notre connaissance, pas intervenus – mais ils ne sont assurément pas nécessaires à l'entrée en vigueur du dispositif législatif.

Toujours est-il que le « prix de pension » et le montant des « indemnités » doivent être fixés par l'assemblée délibérante du département dans le règlement départemental d'aide sociale[2]. Mais le département de Mayotte, auquel l'article L. 228-3 a pourtant été rendu applicable par l'ordonnance du 31 mai 2012[3], n'a pas pris cette délibération à ce jour. Le département l'assume d'ailleurs, expliquant son choix par le coût considérable que pourrait induire la mise en œuvre de l'allocation tiers digne de confiance, compte tenu des 6 000 mineurs isolés étrangers présents sur son territoire.

C'est ce motif, motif de principe, qui a été opposé à Mme B... : faute de délibération du conseil départemental en fixant le montant, le président du département a estimé qu'il lui était impossible de payer l'allocation. Mme B... a saisi le tribunal de Mayotte d'un

[1] Par ailleurs, lorsque le mineur est salarié, le tiers a droit à une « *indemnité de surveillance et, éventuellement, d'entretien* ».
[2] L'article L. 121-3 du CASF prévoit que le conseil départemental arrête « un règlement départemental d'aide sociale définissant les règles selon lesquelles sont accordées les prestations d'aide sociale relevant du département ». L'ATDC est au nombre de ces prestations.
[3] Ordonnance n° 2012-785 portant extension et adaptation du CASF à Mayotte

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

référé-suspension. Par une ordonnance de décembre 2016 le juge des référés a suspendu ce refus. Il a estimé qu'il y avait urgence, et qu'était de nature à créer un doute sérieux le moyen tiré de la violation de l'article L. 228-3 du code de l'action sociale et des familles, ainsi que celui tiré de la méconnaissance de l'article 3-1 de la convention internationale des droits de l'enfant. Il a ensuite enjoint au département de verser provisoirement l'allocation à Mme B..., à un montant fixé prétoriennement par référence à l'indemnité mensuelle allouée à Mayotte aux assistants familiaux accueillant des enfants placés au titre de l'aide sociale à l'enfance. Le département se pourvoit en cassation[4].

Le moyen tiré de la dénaturation qu'aurait commise le juge sur la condition d'urgence n'étant manifestement pas fondé, venons-en directement au moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise, eu égard à son office, le juge des référés en prononçant cette suspension et cette injonction. Le juge des référés n'a pas explicité son raisonnement – il n'avait pas nécessairement à le faire (CE, 14 mars 2001, *Ministre de l'intérieur c/ M. E...*, n° 229864, aux Tables).

Nous avons envisagé trois pistes pour parvenir à la même conclusion que le juge des référés, c'est-à-dire à l'existence d'un doute sérieux sur la légalité du refus du président du département – si aucune de ces pistes ne pouvait être suivie, vous devriez en revanche casser l'ordonnance.

La **première piste** serait de considérer que, malgré l'absence de délibération, la loi était applicable directement ; que le président du département devait donc l'appliquer sans pouvoir se dérober derrière l'abstention de son assemblée délibérante.

La réflexion peut s'inspirer de votre jurisprudence sur les cas dans lesquels l'entrée en vigueur d'une loi est subordonnée à l'adoption de ses mesures réglementaires d'application. Le critère est celui de l'impossibilité manifeste, ou non, d'appliquer la loi seule (cf., Sect., Avis, 4 juin 2007, N°s 303422, 304214, *F... et consorts G...*, à publier au Recueil ; V. aussi, Ass., 16 juin 1967, *Monod*, p. 256 ; le cours du Pdt Odent, p. 418). Soit l'application de la loi n'est pas « manifestement impossible », en dépit de l'absence de règlement d'application, auquel cas la loi entre en vigueur immédiatement. Dans le cas contraire, l'abstention du pouvoir réglementaire est certes illégale après écoulement d'un délai raisonnable, mais la loi n'entre pas en vigueur tant que le règlement n'est pas intervenu. Comme nous ne sommes pas certain qu'il soit judicieux de parler d'entrée en vigueur dans un cas où la loi appelle des mesures réglementaires locales de droit commun, sauf à aboutir à une entrée en vigueur à géométrie variable, nous préférons raisonner en termes d'applicabilité. Mais à la terminologie près, le même critère nous semble pouvoir être manié.

En l'espèce, on peut sérieusement hésiter avant de dire que la loi était manifestement inapplicable sans la délibération. D'une part, le dispositif législatif est quasiment complet, il n'incombe pas au département d'échafauder un dispositif complexe, mais de fixer un ou deux, voir trois montants. D'autre part, il existait un étalon de comparaison pour les présidents de conseils départementaux. La meilleure preuve en est que le juge des référés, après avoir

[4] Précisons que si le frère de Mme B... a atteint l'âge de 18 ans après l'introduction du pourvoi, il n'y a pas non-lieu à statuer : le pourvoi du département, dirigé contre l'ordonnance sur le fondement de laquelle il est censé avoir versé, à titre provisoire, des montants représentatifs de l'allocation tiers digne de confiance à Mme B..., conserve un objet pour permettre, précisément, au département de remettre en cause la base de ces versements. Rappr. CE, 13 oct. 2015, Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social c/ Syndicat départemental CGT des agents Direccte 76 et autres, n° 386649, aux Tables sur un autre point.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

suspendu, a enjoint de verser à Mme B... un montant fixé par référence à celui retenu par le département de Mayotte pour une prestation d'objet voisin, à savoir l'indemnité mensuelle servie aux assistants familiaux. Dans son principe, cet étalon, nous y reviendrons, est pertinent. En plus de leur rémunération en tant que professionnels, les assistants familiaux perçoivent des « indemnités » (et fournitures) pour l'entretien de l'enfant (art. L. 423-4, art. L. 423-30)[5], qui couvrent l'essentiel des frais engagés « *pour la nourriture, l'hébergement, l'hygiène corporelle, les loisirs familiaux et les déplacements de proximité liés à la vie quotidienne de l'enfant* » (art. D. 423-21)[6]. Or l'objet essentiel de l'allocation tiers digne de confiance c'est de couvrir les « dépenses d'entretien, d'éducation et de conduite ». L'approximation est acceptable. On pourrait se dire que, si le juge a imaginé une telle solution, le président du conseil départemental aurait pu, lui aussi, l'imaginer et que, par suite, il n'était, au bénéfice d'un peu d'imagination, pas dans l'impossibilité « manifeste » d'appliquer la loi.

Compte tenu de ces éléments, en particulier de l'existence d'un point de comparaison naturel, nous avons donc été tenté de regarder la loi applicable directement, en dépit de l'abstention du conseil départemental. Précisons que, quand bien même vous suivriez cette piste, nous vous proposerions de relever que cette abstention est malgré tout illégale. Pour les raisons indiquées par Francis Lamy dans ses conclusions sur CE, 28 juil. 2000, *Association France nature environnement*, n° 343962, au Recueil, il peut y avoir carence du pouvoir réglementaire, alors même que l'application de la loi n'est pas manifestement impossible : les deux questions ne se superposent pas (cf. aussi CE, 28 mars 2012, *M. H...*, n° 343962, au Recueil). Et en l'espèce, nous sommes convaincu que le législateur a voulu que les départements délibèrent sur le barème.

Cependant, à la réflexion, nous admettons que l'effort pour conclure à l'applicabilité directe de la loi est trop important. Car d'une part c'est permettre au président « d'inventer » pour ainsi dire un montant, à grande échelle, c'est lui reconnaître un pouvoir réglementaire subsidiaire et clandestin. D'autre part, pour des raisons d'égalité de traitement, on peut difficilement admettre que la mise en œuvre de la loi s'accommode d'une approche au cas par cas. Par ailleurs, si la situation personnelle de Mme B... permet de recourir à l'indemnité d'entretien des assistants familiaux, l'allocation tiers digne de confiance peut avoir un objet plus vaste.

Mais si vous estimez que la loi n'est pas directement applicable, le raisonnement du juge des référés devient plus fragile : comment reprocher à une autorité d'avoir refusé de faire application d'un texte inapplicable ? Il faudrait que la cause d'inapplicabilité invoquée – la carence illégale de l'assemblée délibérante – vienne contaminer la légalité du refus. Par quels vecteurs cette contamination peut-elle bien transiter ?

---

[5] Article L423-4 « Les éléments et le montant minimal des indemnités et fournitures destinées à l'entretien de l'enfant sont déterminés par décret. » Article L423-30 (pour les assistants employés par des personnes de droit privé) : « Sans préjudice des indemnités et fournitures qui leur sont remises pour l'entretien des enfants, les assistants familiaux relevant de la présente sous-section bénéficient d'une rémunération garantie [dont les] éléments (…) et son montant minimal sont déterminés par décret en référence au salaire minimum de croissance. »

[6] Ce même article précise que c'est « à l'exception des frais d'habillement, d'argent de poche, d'activités culturelles ou sportives spécifiques, de vacances ainsi que les fournitures scolaires, pris en charge au titre du projet individualisé pour l'enfant (…) ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

D'où la **deuxième piste**, qui serait de raisonner en termes d'exception d'illégalité. Certes, si l'on applique les critères d'opérance habituels de l'exception d'illégalité (CE, Sect., 11 juil. 2011, *Sodemel*, n° 320735, au Recueil p. 346), le refus opposé à Mme B... n'est pas pris « pour l'application » de la carence du conseil départemental, et cette dernière lui fournit encore moins sa « base légale ». On ne peut, en principe, pas exciper de l'illégalité d'un vide.

Pourtant, certaines solutions audacieuses pourraient vous inspirer. Vous avez fait preuve d'une telle audace en matière d'invocabilité d'exclusion des directives européennes – mécanisme inspiré de la théorie de l'exception d'illégalité. Cette invocabilité d'exclusion a joué dans des hypothèses où les textes nationaux comportaient des lacunes incompatibles avec les exigences d'une directive (CE, 8 juillet 1991, I..., n° 95461 p. 276), et dans des cas où il n'y avait pas de texte du tout, seulement des règles jurisprudentielles (CE, Ass., 6 février 1998, *J... et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, n°s 138777 147424 147425, p. 30). Mais en réalité il n'y avait jamais de « vide » juridique. Tout au plus, l'absence d'exigence du droit national était regardée comme une règle permissive, incompatible avec les exigences de la directive (cas J...). Mme B... ne critique pas le caractère permissif de l'état du droit, mais l'obstacle au bénéfice d'un droit reconnu par la loi. Raisonner en termes d'exception d'illégalité nous semble donc s'avérer délicat.

C'est finalement une **troisième piste** que nous vous proposons, pour juger que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit, eu égard à son office, et même dans l'absolu. C'est de donner toute sa portée à l'étroitesse particulière du lien entre l'auteur du refus individuel litigieux et l'auteur de la carence réglementaire.

D'une part, ce sont les deux organes d'une même personne morale, le département, au nom duquel le refus litigieux a été opposé, et auquel est imputable la carence du pouvoir réglementaire.

D'autre part – car il nous semble difficile de s'arrêter à l'identité de personne morale – au fait que le président du conseil départemental dispose de prérogatives lui permettant d'obtenir que le verrou posé par la carence de l'assemblée délibérante à l'exercice de ses pouvoirs propres soient levés. Il peut en particulier demander l'inscription du sujet à l'ordre du jour du conseil départemental – tout comme le refus du département, en réalité du conseil départemental, d'adopter la délibération, peut être saisi au contentieux par un recours contre un refus du président en personne (rappr. CE, Sect., 6 déc. 1995, *Préfet des Deux-Sèvres*, n°s 127841-127842, au Recueil, et les concl. de Laurent Touvet). Autrement dit, le président du conseil départemental est comptable de la carence réglementaire de l'assemblée délibérante. Le département, quel qu'en soit l'organe, ne peut légalement se prévaloir de ses propres turpitudes.

La solution est, nous l'admettons, originale, et nous la cantonnerions volontiers à un cas tel que celui de l'espèce, compte tenu de l'objet de la loi en cause. Mais si nous sommes partisan de produire l'effort, c'est au nom de l'exigence constitutionnelle d'application des lois. Il ne nous paraît pas absolument nécessaire de s'appuyer en outre, comme le juge des référés l'a fait, par l'invocation de la convention de New York[7]. Mais cela ne peut que conforter la solution.

[7] Selon lequel « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*. »

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Au total, nous vous proposons de juger que c'est sans commettre d'erreur de droit, que le juge des référés a suspendu le refus litigieux.

Venons-en à présent à l'injonction, arguée d'erreur de droit. Nous partageons l'analyse du juge des référés sur deux points, mais nous séparons de lui sur un troisième aspect.

Le premier point, sur lequel nous rejoignons le premier juge, c'est sur le principe même d'une telle injonction, consistant à verser à titre provisoire une somme d'argent représentative du montant des indemnités auxquelles Mme B... pouvait légalement prétendre. C'est créatif, là encore. Mais dès lors que la suspension repose sur l'illégalité d'un vide juridique – même si ce n'est pas la décision attaquée elle-même qui crée ce vide - l'injonction doit combler ce vide *pour Mme B....* Et lorsqu'il s'agit de combler un vide absolument préjudiciable à la hiérarchie des normes, le juge fait preuve de l'audace nécessaire, qu'il s'agisse d'un vide préjudiciable à l'application effective du droit de l'Union (CE, Ass., 29 juin 2001, *K...*, n° 213229, au Recueil p. 303 ; CE, 10 avr. 2002, SARL *Institut supérieur d'informatique et de management de l'informatique*, n° 219715, aux Tables ; CE, 30 juil. 2014, *La Cimade*, n° 375430, au Recueil), ou, ici, de l'application l'application effective d'un droit de cette nature, consacré par la loi – et si besoin était de conforter la solution, contribuant à répondre à des exigences conventionnelles fortes[8].

Le deuxième point d'accord avec le premier juge, c'est sur le choix de l'étalon de comparaison compte tenu de la similarité d'objet existant entre cette indemnité, nous l'avons déjà dit. Outre la parenté en droit, nous relevons que cette référence est cohérente avec la pratique des départements (AN, Réponse, publiée au JO le 1er janv. 2013 p. 95, à la Question N° 5183).

Le point sur lequel nous nous écartons du premier juge, c'est le montant fixé. Le juge des référés a retenu le montant que le conseil départemental de Mayotte a *in concreto* choisi de fixer pour l'indemnité des assistants familiaux, si l'on se fie à la délibération du 6 février 2014 du conseil départemental, à 3 * le SMIG horaire en 2017, soit 663,30 € par mois. Or ce montant est bien supérieur au minimum réglementaire prévu pour l'indemnité d'entretien des assistants familiaux. Il résulte en effet du CASF, adapté sur ce point à Mayotte, que le montant des « indemnités et fournitures » servies aux assistants familiaux ne peut être inférieur à « *1,3 fois le montant du salaire brut minimum horaire interprofessionnel garanti en vigueur à Mayotte* », modulable en fonction de l'âge de l'enfant (art. D. 423-22 et R. 544-2, XVII) – soit, à Mayotte, 284,70 euros par mois (1,3 * 7.30 * 30). Il n'est évidemment pas interdit au conseil départemental d'aller plus loin que le minimum légal pour les assistants familiaux. Mais dans le silence du département, à ce jour, pour les tiers digne de confiance, il n'est pas possible de préjuger du choix de politique publique que fera, pour cette

[8] En l'espèce le palliatif ordonné – verser une somme représentative de la prestation légale – est efficace. Dans d'autres hypothèses, il ne sera sans doute pas possible d'aller aussi loin, pensons au cas dans lequel l'intervention réglementaire locale ne se résumera pas à la fixation d'un montant ou d'un barème. Dans de tels cas, le juge des référés, qui ne saurait monter tout un système, pour des raisons tenant à l'office du juge de l'urgence, et même à l'office du juge tout court, ne pourrait sans doute pas aller beaucoup plus loin que d'ordonner la préparation et la soumission d'un projet de délibération – sans préjudice de son adoption, qui constitue une mesure définitive hors de portée du juge des référés (cf., pour les mesures ordonnées après suspension du refus de prendre une mesure réglementaire nationale, JRCE, 24 déc. 2001, *Association AIDOP*, n° 240716, au Recueil ; JRCE, 24 mars 2017, *Conseil national de l'ordre des infirmiers*, n° 408452, inédite). Et encore, on peut s'interroger sur la possibilité de prendre une telle mesure, de portée générale, en réponse à une demande d'objet individuel

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

prestation distincte, le conseil départemental. Car l'injonction, en L. 521-1, doit en principe porter sur ce « qu'implique nécessairement » la suspension. Ici, il n'était pas « nécessaire », au sens que ce mot revêt dans ce contexte, de fixer un montant si élevé.

Le département est donc fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle ne limite pas le montant du versement ordonné, à titre provisoire, au profit de Mme B..., par référence au montant minimal prévu par les articles D. 423-22 et R. 544-2 du CASF, soit une somme journalière de 9,49 euros pour la période en litige, du 14 mars 2016 au 2 janvier 2017, date de la majorité du frère de Mme B....

Par ces motifs nous concluons à l'annulation de l'article 2 de l'ordonnance attaquée en tant que le montant des indemnités que le Département de Mayotte doit verser, à titre provisoire, à Mme B..., excède le montant minimal de l'indemnité d'entretien allouée aux assistants familiaux, au rejet du surplus des conclusions du pourvoi du Département de Mayotte et au versement par le Département de Mayotte d'une somme de 2 000 euros au titre de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.