

N° 397071

M. J...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 28 juin 2017

Lecture du 19 juin 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Ce litige de responsabilité dont la modicité justifie que vous en connaissiez en cassation directe (la cour administrative d'appel de Marseille vous a renvoyé le pourvoi présenté comme un appel par une ordonnance du 15 février 2016) conduira à vous interroger sur l'existence ou non d'une catégorie de fautes d'ordre public ainsi que sur la porosité entre excès de pouvoir et plein contentieux dans les litiges qui relèvent de votre jurisprudence *Lafage* (CE, 8 mars 1912, n° 42612, p. 348).

M. J... était détenu à la maison d'arrêt de Villeneuve-lès-Maguelone où il s'est mal comporté envers le matériel télévisuel mis à sa disposition (il a perdu la télécommande et dégradé l'écran). Ce comportement a conduit le directeur à prendre, entre le 16 janvier et le 6 novembre 2013, pas moins de six décisions opérant des retenues pécuniaires sur la part disponible de son compte nominatif en réparation des dommages matériels causés, pour un montant total de 298,20 euros. Il s'est fondé sur l'article D. 332 du code de procédure pénale alors applicable, qui prévoyait la possibilité d'une telle retenue.

Le 11 février 2014, M. J... a formé devant l'administration pénitentiaire une demande en réparation du préjudice qu'il estimait avoir subi du fait de ces retenues et réclamé une indemnisation strictement égale à leur montant. L'administration a rejeté cette demande par une décision expresse du 14 février suivant. M. J... a donc saisi le tribunal administratif d'un recours de plein contentieux. Il soutenait que l'administration avait commis deux fautes, l'une consistant à se fonder sur des faits matériellement inexacts, l'autre à avoir retenu des montants de réparation injustifiés. Le TA a rejeté sa demande le 16 juillet 2015.

Postérieurement à ce rejet et à l'introduction de l'appel devenu pourvoi, vous avez pour votre part jugé, par une décision CE, 10 février 2016, *M. S...*, n° 375426, inédite, que l'article D. 332 du code de procédure pénale avait, faute de base légale et en raison de la privation de propriété qu'il impose aux détenus, été incompétemment édicté. Vous avez en particulier estimé qu'il ne pourrait pas, sans base légale, permettre des confiscations non limitées aux seules créances de l'administration, permettre de passer outre l'émission d'un titre exécutoire et faire de l'administration pénitentiaire et des codétenus des créanciers prioritaires sur les parties civiles. Vous avez donc annulé pour excès de pouvoir le refus de l'abroger au motif qu'il était illégal dès l'origine.

Cette annulation n'a pas échappé à l'avocat aux Conseils qui s'est empressé de se prévaloir de la faute consistant pour l'administration à avoir fait application d'un acte entaché d'incompétence. Il ne fait aucun doute que, sur le fond, cette argumentation est fondée. Vous avez déjà expressément jugé que le fait pour l'administration de fonder une décision, en l'occurrence de refus de subvention, sur une disposition entachée d'incompétence, est constitutif d'une faute de nature à engager sa responsabilité (CE, 30 mars 1990, *Société des courses de Questembert-Malestroit*, n° 74499, T. p.). Le motif en est que l'illégalité de la base légale rétroagit sur la décision subséquente au titre de sa légalité interne, et qu'une illégalité interne est toujours, par nature, constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique (CE, 15 juillet 1957, *Ville de Strasbourg* ; CE Section, 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. D...*, n° 84768, p. 77 ; CE, 6 octobre 1976, *Ministre de l'agriculture c. Epoux G...*, n° 96393, p.).

La difficulté provient de ce que nous sommes en cassation et qu'une telle faute n'était pas invoquée devant les juges du fond. Or s'il n'est pas d'ordre public, un moyen nouveau en cassation est inopérant (et non plus irrecevable comme vous l'avez longtemps jugé : CE, 24 novembre 2010, *Commune de Lyon*, n° 325195, T. p.)¹. Il en va de même du moyen tiré en cassation de l'erreur de droit commise par la juridiction de fond à ne pas s'être saisie d'office d'un moyen si ce moyen n'est pas d'ordre public.

Précisons d'emblée que la problématique, d'ordre public, de l'autorité absolue de la chose jugée par votre décision d'annulation S... n° 375426 ne nous semble pas pouvoir fonder la solution du litige. D'abord, parce que s'il s'agit bien d'une annulation pour excès de pouvoir, celle-ci n'a, s'agissant d'un contentieux *Alitalia*, de portée que pour l'avenir. Ensuite, parce que vous n'êtes de toute façon pas au clair sur les conséquences à tirer en cassation de l'intervention postérieure au jugement de fond d'une décision juridictionnelle revêtue d'une telle autorité, question qui a fait l'objet d'un récent renvoi en Section.

Reste à savoir si le caractère d'ordre public du vice d'incompétence constitutif de la faute permet à M. J... de s'en prévaloir pour la première fois en cassation.

La réponse serait naturellement affirmative dans un contentieux d'excès de pouvoir. Le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur d'une décision administrative y est le plus classique des moyens d'ordre public (CE, 6 janvier 1928, *Sieur Grainetier*, n° 90873, p. ; CE, 15 février 1961, *A...*, n°45572, p. 114), ce qui pousse le juge de cassation, si le requérant n'y a pas pensé lui-même, à relever d'office l'incompétence entachant la décision contestée devant lui et négligée par le juge d'appel (CE, 29 mars 2000, *P...*, n° 196127, p. 1180). Plus encore, est d'ordre public l'incompétence de l'autorité dont émanent les dispositions sur la base desquelles l'acte litigieux est intervenu, constitutive d'une incompétence au second degré (CE, 25 janvier 1957, *Keinde Serigne*, p. 63 ; CE Sect. 28 mai 1971, *Association des directeurs d'instituts et de centres universitaires d'études économiques régionales*, p. 390 ; CE, 8 mars 1991, *Min. de l'éducation nationale c. R...*, n° 96208, p. ; CE, 6 décembre 1991, *C...*, n°102975, p. 419).

¹ Qui abandonne la qualification d'irrecevabilité autrefois consacrée par CE Section, 6 décembre 1974, *Ministre des anciens combattants et victimes de guerre c/ Sieur O...*, n° 95428, p. 618 et CE, 13 février 1991, *T...*, n° 83551, p. 56.

Nous n'avons trouvé aucune trace de ce que ce raisonnement ne vaudrait pas en plein contentieux de la responsabilité. Abstraitement, on ne voit pas pourquoi la jurisprudence qui qualifie de fautive l'édiction d'un acte fondé sur une base légale entachée d'incompétence ne pourrait pas être combinée avec celle qui fait de cette incompétence au second degré un moyen d'ordre public. La conséquence de cette combinaison serait que la faute tirée de l'application d'un acte dont la base légale est entachée d'incompétence doit se soulever d'office.

Si cette conclusion, malgré la force d'entraînement du syllogisme, ne nous convainc pas totalement, c'est qu'elle fait peu de cas de la différence des offices entre juge de l'excès de pouvoir et juge de plein contentieux de la responsabilité.

En excès de pouvoir, le juge poursuit une mission de purge de l'ordonnement juridique tout entière au service exclusif du principe de légalité – même s'il lui faut parfois le concilier avec d'autres, comme celui de sécurité juridique. Sa vocation est donc d'annuler ce qui est illégal. Et s'il exclut, notamment au nom de la sécurité juridique, de s'autosaisir et exige qu'un requérant qui a intérêt pour agir lui présente dans le respect de règles procédurales des conclusions et des moyens, il passe au-dessus de cette dernière exigence lorsqu'il détecte une illégalité si grave qu'elle est d'ordre public, c'est-à-dire qu'elle fait peser si fort l'intérêt de la faire disparaître qu'il l'emporte que les objectifs poursuivis par les règles traditionnelles du procès. Il prononce alors d'office son annulation, dont l'effet *erga omnes* évite, dans l'intérêt général, qu'une disposition à ce point illégale puisse produire quelque effet juridique que ce soit.

En contentieux de la responsabilité, le juge poursuit, certes avec le principe de légalité en toile de fond, une mission réparatrice, qui peut s'exercer soit en complément, soit indépendamment de la mission de mise au net de l'ordonnement juridique (à tel point que l'autorité de la chose jugée ne s'impose qu'incomplètement de l'une à l'autre). Loin de s'inscrire dans une logique objective poursuivant le cas échéant l'annulation *erga omnes*, l'office du juge s'inscrit dans une logique subjective, la seule question étant de savoir si le demandeur qui le saisit a subi un préjudice directement imputable à un agissement de l'administration. Dans l'affirmative, la décision de réparer est d'ailleurs sans incidence, lorsque la faute procède d'un acte, sur l'existence de ce dernier.

Les moyens d'ordre public spécifiques au contentieux de la responsabilité s'inscrivent parfaitement dans cette logique. C'est ainsi le cas de l'existence d'un régime de responsabilité sans faute, car elle signifie que le législateur a fait le choix de dispenser, en cette matière, le demandeur de faire la démonstration d'une faute et qu'il est donc de l'office du juge de la réparation, dès lors que le préjudice et le lien direct sont établis, d'accorder cette dernière. Symétriquement, sont d'ordre public des clauses générales d'exclusion ou de limitation de la responsabilité, telles que la limitation des terrains de responsabilité de l'entrepreneur selon qu'a eu lieu ou non la réception définitive des travaux (CE, 5 janvier 1962, *Rietsch*, n° 49307 ; CE, 31 mars 1989, *Commune du Chesnay*, n°83583) ou l'impossibilité de condamner une personne publique à payer une somme qu'elle ne doit pas, ainsi que ses dérivés en termes d'existence d'un préjudice et d'imputabilité. Car il serait aberrant pour le juge de la réparation de fermer les yeux sur des signes aussi manifestes de ce que cette réparation est dépourvue de fondement.

En revanche, l'invocation de moyens d'ordre public classiques tels que l'incompétence dont est entaché l'acte au premier ou au second degré y semblent moins naturelle, car elle reviendrait à admettre que certaines fautes sont d'ordre public, idée qui, loin d'être insoutenable, miroite quelque peu avec le précepte général d'absence de caractère d'ordre public de la responsabilité pour faute (CE, 14 mars 1962, *Compagnie d'assurances le Phénix-Accidents*, p. 169, n° 45444; CE, 25 octobre 1967, *Ville d'Antibes*, n° 70153, p. 906). En outre, l'affirmation générale selon laquelle certaines fautes particulièrement graves seraient d'ordre public et donc non seulement pourraient être invoquées à tout moment par la victime du dommage, mais devraient l'être d'office par le juge, pourrait buter sur certaines difficultés techniques telles que l'incapacité du juge à caractériser d'office le lien de causalité ou de procéder d'office, en cas de pluralité de causes, à l'évaluation de la part du dommage imputable à la faute d'ordre public.

Ces difficultés nous feraient hésiter à consacrer de façon trop générale une catégorie de fautes d'ordre public irrigant l'ensemble du contentieux de la responsabilité. Il nous semble toutefois que ces difficultés cèdent dans le cas très particulier, qui est celui dont vous avez à connaître, d'un contentieux se présentant sous le timbre de l'indemnitaire, mais qui n'est faux-nez d'un contentieux d'annulation d'une décision procédant au prélèvement d'une somme.

Vous admettez depuis votre décision *Lafage* (CE, 8 mars 1912, n° 42612, p. 348.) qu'un requérant puisse par la voie de l'excès de pouvoir, c'est-à-dire pour l'essentiel sans le ministère d'un avocat, contester une décision d'ordre pécuniaire qui lui fait grief. Bien entendu, l'horizon d'un tel contentieux d'excès de pouvoir est lui-même pécuniaire, puisque l'annulation de la décision doit se traduire, selon les cas, par le versement ou la restitution d'une somme d'argent. Ce contentieux a ainsi été conçu comme une voie concurrente de la voie indemnitaire, nécessitant le concours d'un avocat et permettant elle-aussi, sous l'angle du préjudice subi du fait de l'illégalité de la décision de prélèvement ou de refus de versement de la somme, de récupérer cette somme à titre de réparation.

Dans un premier temps, cette voie indemnitaire présentait un avantage : elle n'était pas enserrée dans un délai de recours contentieux. Cette forme de paradoxe à voir deux voies concurrentes et produisant les mêmes effets n'être pas enserrées dans le même cadre procédural vous a alors conduit à consacrer une dérogation au principe selon lequel l'expiration du délai dont dispose un administré pour contester une décision ne fait pas obstacle à ce que cet administré se prévale de l'illégalité de ladite décision à l'appui d'une demande d'indemnité (CE, 31 mars 1911, *Blanc, Argaing, Bézine*, n°34272, n°34270, n° 34271, p. 407 ; CE, Section, 3 décembre 1952, *Dubois*, n°470 et n°471, p. 555). Vous avez ainsi jugé que, lorsque le résultat pratique de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat à raison de l'illégalité dont est entachée une décision pécuniaire est exactement le même que celui procuré par le recours direct contre cette décision résultant, l'expiration du délai de recours contre cette décision fait obstacle à la recevabilité d'une demande d'indemnité sur ce terrain (CE, Section, 2 mai 1959, *Ministre des finances c/ Lafon*, n° 44419, p. 282 ; v. aussi, pour l'extension de cette jurisprudence, à l'origine cantonnée aux litiges d'ordre pécuniaire entre l'administration et ses agents hors du champ de ces derniers, CE, 2 juillet 1965, *E...*, n° 61759, p. 410, CE, Section, 16 octobre 1981, *Ville de Levallois-Perret*, p. 372, CE, 8 novembre 2000, *Commune de Faa'a*, n° 194039, T. p.). Il s'agit donc d'une forme d'exception de recours parallèle fondée sur l'équivalence des voies et évitant que l'intéressé puisse contourner l'une par l'autre.

A dire vrai, la logique aurait voulu, si elle avait été poussée à son terme, de fermer purement et simplement une deux voies. C'est la philosophie même de l'exception de recours parallèle que de fermer la voie subsidiaire pour flécher les recours sur la voie principale, et non de laisser les deux voies ouvertes concurremment. Nous croyons donc que la jurisprudence *Lafon*, à supposer qu'elle repose sur un fondement logique acceptable, qui ne peut être que le constat d'une hiérarchisation entre deux voies de recours concurrentes, alors elle n'y apporte qu'un correctif imparfait, la bonne solution étant de fermer la voie indemnitaire pour rapatrier le contentieux du côté de l'excès de pouvoir.

Nous ne nous aviserons pas dans cette formation de jugement de corriger ce correctif, ce qui nécessiterait au demeurant de moduler l'effet rétroactif de ce changement de pied, qui conduirait à rendre les conclusions de M. J... irrecevable, alors que nous voulons tout au contraire vous convaincre de ne pas l'enfermer dans un piège contentieux.

Mais nous ne pouvons que constater que la concurrence des voies indemnitaire et *Lafage* que la jurisprudence *Lafon* ménage sous condition de respect du recours contentieux est régulièrement cause de contorsions juridictionnelles, qui vous conduisent à multiplier les efforts pour neutraliser les effets parfois malheureux des choix de stratégie contentieuse opérés par les requérants. Par votre décision de Section *M...* (CE, Section, 9 décembre 2011, *M...*, n° 337255, p), vous avez par exemple dû abandonner vos jurisprudences CE, 7 novembre 1990, *Ministre de la défense c/ Mme L...*, n° 113217, T. p. 649 et CE, 11 juillet 1991, *B...*, n° 91758, T. p. 1120, pour mettre fin à l'effet injuste de leur combinaison, qui faisait qu'un requérant ayant initialement présenté des conclusions indemnitaires éligibles *Lafage* s'agissant d'une somme au principal et des conclusions d'excès de pouvoir s'agissant de la décision de refus de lui verser les intérêts moratoires était regardé comme présentant un recours indemnitaire pour le tout, et ne pouvait plus par la suite transformer sa requête en contentieux d'excès de pouvoir sauf à opérer un changement de cause juridique irrecevable après l'expiration du délai de recours contentieux. Au nom de l'adage qu'avait eu le temps de formuler le Président Arrighi de Casanova dans ses célèbres neuf minutes de conclusions consacrées à l'affaire de Section *Société Entropositaire parisienne* (CE, Section, 26 juillet 1996, n° 160269, p. 312), selon lequel « Les règles de procédure ne sauraient être conçues pour égarer les justiciables », vous avez décidé que désormais, lorsque sont présentées dans la même instance des conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision et des conclusions relevant du plein contentieux tendant au versement d'une indemnité pour réparation du préjudice causé par l'illégalité fautive que le requérant estime constituée par cette même décision, cette circonstance n'a pas pour effet de donner à l'ensemble des conclusions le caractère d'une demande de plein contentieux. Plus récemment et de façon moins spectaculaire, vous avez neutralisé dans un sens favorable au requérant l'effet sur les voies de recours juridictionnel du choix entre excès de pouvoir et plein contentieux pour un litige d'annulation d'un refus de versement d'une somme au titre de la protection fonctionnelle (CE, 20 mars 2017, *M. N...*, n° 388404).

Nous pensons que cette dernière inspiration est la bonne et que si vous encadrez la voie indemnitaire dans des délais au motif de son équivalence avec la voie *Lafage*, vous devez symétriquement veiller, pour la même raison que le justiciable avait le choix entre les deux, à ce que la voie indemnitaire laissée ouverte par la jurisprudence *Lafon* ne le conduise pas à obtenir moins que ce qu'il aurait pu avoir par la voie *Lafage* réputée équivalente.

En l'espèce, le requérant, dont les conclusions indemnitaires étaient recevables malgré votre jurisprudence *Lafon* dès lors que les délais contre la décision de prélèvement n'avaient pas couru², aurait pu former un recours pour excès de pouvoir. Dans ce cadre, les juges du fond auraient dû soulever d'office l'incompétence dont était entachée la base légale de la décision pécuniaire et leur éventuelle omission aurait pu être réparée au stade de la cassation. Nous vous invitons donc à le faire bénéficier de la même faculté procédurale dans le cadre de la voie faussement indemnitaire qu'il a maladroitemment choisie. Cela vous conduirait à juger que, lorsqu'il est saisi de conclusions recevables, tendant à la réparation de l'illégalité fautive d'une décision procédant au prélèvement d'une somme par le versement d'une somme de même montant, il appartient au juge de plein contentieux de relever d'office les illégalités d'ordre public qui affectent la décision litigieuse.

Faute pour le tribunal administratif d'avoir suivi cette règle, vous pourrez faire droit au moyen d'erreur de droit.

PCMNC – Annulation, renvoi au TA de Montpellier et octroi à l'avocat de M. J..., qui a obtenu l'AJ, de 3 000 euros au titre des frais irrépétibles.

² dans une hypothèse où votre jurisprudence CE, Assemblée, 13 juillet 2016, *Czabaj*, n° 387763, p. 340, ne trouvait pas à jouer.