

## CONCLUSIONS

### M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. Cette affaire vous conduira à préciser l'application de l'article R. 471-5-3 du code de l'action sociale et des familles, devenu depuis l'article R. 471-5-4, qui est relatif au financement des mandataires judiciaires à la protection de personnes majeures protégées, principalement les personnes sous tutelle ou curatelle. Le mandataire judiciaire, qui exerce à titre individuel ou à travers une structure collective, est rémunéré pour ce travail. L'article 419 du code civil prévoit que ce financement « *est à la charge totale ou partielle de la personne protégée en fonction de ses ressources* » et que « *Lorsque le financement de la mesure ne peut être intégralement assuré par la personne protégée, il est pris en charge par la collectivité publique* ». L'article L. 471-5 du code de l'action sociale et des familles reprend ces principes. Le Conseil constitutionnel a été saisi de ces dispositions : dans une décision n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011, il a estimé qu'elles participaient à la mise en œuvre du onzième alinéa du préambule de la constitution de 1946, qui implique la « *mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées* » pour lesquelles le législateur « *choisit les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées* ». Dans les motifs de sa décision, le Conseil constitutionnel a relevé que la loi prévoit un financement public lorsque « *la personne ne dispose pas des ressources pour assumer le coût* » de la protection et que « *si l'existence d'un tel financement public met en œuvre le onzième alinéa du préambule de 1946, cette exigence constitutionnelle n'impose pas que la collectivité publique prenne en charge, quel que soit leur coût, toutes les diligences susceptibles d'être accomplies au titre d'une mesure de protection juridique* ».

Sur le fondement de ces dispositions, les articles R. 471-5, 5-1 et 5-2 prévoient un système de calcul complexe pour déterminer, d'une part, la rémunération du travail du mandataire judiciaire en fonction de la mesure de protection, d'autre part, la part de cette rémunération que la personne protégée doit payer elle-même en fonction de ses ressources. Le reliquat est pris en charge par le trésor public. En moyenne, selon les chiffres de 2013 de la direction générale de la cohésion sociale, le financement public s'élève à 77% du coût total des mesures de protection. En plus de ce financement, qui est de droit et régi par des conditions de ressources précises, l'article R. 471-5-3, dans la numérotation applicable ici, prévoit une faculté de prise en charge complémentaire dans les termes suivants : « *Le préfet peut accorder, à titre exceptionnel et temporaire, une exonération d'une partie ou de la totalité de la participation de la personne protégée, en raison de difficultés particulières liées à l'existence de dettes contractées par celle-ci avant l'ouverture d'une mesure de protection juridique des majeurs ou à la nécessité de faire face à des dépenses impératives.* » L'article vise donc deux cas de figure qui ont trait non plus aux ressources mais aux charges de la personne protégée : soit une situation de surendettement antérieure à la mesure (puisqu'ensuite la protection doit en principe l'éviter), soit une dépense impérative à assumer,

à un niveau qui crée des « *difficultés particulières* ». Par renvoi, il précise que le financement est alors assuré par les mêmes crédits que ceux qui financent la prise en charge obligatoire en fonction des ressources. Ce financement est aujourd'hui principalement à la charge de l'Etat et marginalement à la charge des départements.

2. La question que pose le pourvoi est la suivante : le préfet est-il tenu d'accorder une prise en charge complémentaire à chaque fois que le majeur protégé est confronté aux difficultés visées par l'article R. 471-5-3 ? En l'espèce, ce n'est pas le majeur protégé qui a demandé lui-même cette prise en charge mais son mandataire judiciaire, Mme D.... Celle-ci a exercé en 2013 une mesure de protection en faveur d'une personne qui est, sans doute possible, confrontée à des difficultés importantes dues à une procédure de surendettement. La mesure n'a duré que huit mois, du fait du départ de Mme D... pour l'étranger, mais le mandataire n'a pas été payé par la personne protégée et a demandé au préfet de prendre à sa charge les 3417 euros dus par la personne protégée. L'administration a refusé cette prise en charge par une décision du 16 avril 2014, confirmée par le rejet de deux recours gracieux, contre lesquels Mme D... a saisi le tribunal administratif de Cergy-Pontoise. L'administration a estimé qu'elle n'avait pas de crédits pour accorder une prise en charge correspondant à la situation décrite. Mme D... se pourvoit en cassation contre le jugement de rejet du 11 juillet 2016. Il nous semble que cette décision par laquelle le préfet refuse un financement public ressortit à la juridiction administrative, même s'il s'agit de financer les mesures de protection ordonnées par le juge judiciaire. Vous pourrez admettre, nous semble-t-il, que l'objet du litige est relatif « *aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale* » au sens des articles R. 222-13 et R. 811-1 du code de justice administrative, permettant que l'audience soit tenue par un unique juge et privant ce litige d'appel. Si vous étiez d'un avis différent, vous pourriez casser et renvoyer pour ce motif après, le cas échéant, avoir apporté les précisions demandées sur l'interprétation de l'article R. 471-5-3. La requête nous semble recevable : en théorie, c'est la personne protégée qui devrait demander la prise en charge complémentaire, mais on comprend qu'en pratique ce soit le mandataire non rémunéré, à qui l'argent sera directement versé. La compétence de la signataire des décisions attaquées, qui est critiquée, résultait, comme l'a relevé le tribunal, d'une délégation de signature publiée.

3. Reste donc la question principale : le préfet est-il tenu d'accorder une prise en charge complémentaire lorsqu'il constate une situation de surendettement ou une dépense impérative exceptionnelle? Le pourvoi soutient qu'il est en situation de « *compétence liée* » et ne peut donc pas opposer l'insuffisance des crédits : l'Etat serait tenu d'apporter le financement complémentaire nécessaire à ces prises en charges complémentaires lorsque les conditions prévues par le texte sont remplies. Autrement dit, l'article R. 471-5-3 instituerait un droit. Le fait que les cas de figure évoqués par l'article soient définis de façon large et peu précise n'est nullement un obstacle à ce qu'il institue un véritable droit : vous êtes souvent confrontés à des droits définis au moyen de conditions difficiles à apprécier. L'administration dispose alors d'un pouvoir d'appréciation mais pas d'un pouvoir d'opportunité, et c'est le juge qui a le dernier mot. Ainsi, il y a un véritable droit à titre de séjour lorsque le refus porterait une atteinte disproportionnée au droit à mener une vie familiale normale (art. L. 131-11 CESEDA, 7°). Les conditions de l'article R. 471-5-3 ne sont d'ailleurs pas si difficiles à apprécier. A l'inverse, le fait qu'un texte institue une faculté dans l'exercice de laquelle l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, d'un pouvoir d'opportunité, n'empêche pas que ce texte encadre ce pouvoir et le limite à certains cas de figure.

Qu'en est-il ici ? Si l'on suit sa lettre, le texte institue une faculté : le préfet « *peut accorder* ». Le guide de légistique indique qu'une compétence liée de l'administration doit en principe être exprimée par un présent de l'indicatif, sans utiliser le verbe devoir. Le verbe pouvoir marque donc, en principe, une faculté de choix de l'administration, qui ne doit bien sûr pas

être exercée de façon arbitraire. Dans la pratique, les choses sont moins simples, car certains textes utilisent le mot « peut » pour présenter de façon générale un pouvoir, une compétence de l'administration, qui peut trouver à s'appliquer dans un grand nombre de situations : dans certains cas, l'administration se trouve tenue d'en faire usage et, dans d'autres, dispose d'une marge d'appréciation. Tel n'est pas notre cas : l'article R. 471-5-3 vise un seul objet, la prise en charge complémentaire du financement du mandataire judiciaire et le mot « peut » marque donc, à notre avis, une volonté de l'auteur du texte de ne pas instituer un droit. La précision en début de phrase que le préfet n'accorde cette prise en charge « qu'à titre exceptionnel », au surplus temporaire, nous semble confirmer cette lecture.

4. On peut soulever plusieurs objections à cette interprétation, qui sont en partie développées dans le pourvoi.

4.1 La première tient à ce que la Constitution et la loi impliqueraient cette prise en charge publique complémentaire. Dès lors que la prise en charge obligatoire n'est calculée que sur les ressources, elle devrait nécessairement être complétée par une prise en charge supplémentaire si la personne protégée fait face à des charges très importantes. Il est clair qu'un tel système est envisageable et faciliterait la situation des personnes protégées. Mais ce n'est pas celui qu'a organisé la loi, ni ce qu'exige la Constitution : la loi précise explicitement que la prise en charge par l'Etat dépend des seules *ressources* de la personne protégée, et non de sa situation financière globale, et le Conseil constitutionnel l'a relevé dans sa décision du 17 juin 2011. Il a explicitement jugé que la Constitution ne fait pas obstacle à ce que certaines mesures soient à la charge de la personne protégée quelle que soit ses ressources : il en va ainsi pour certaines diligences exceptionnelles, qui dépasse le cadre normale de la mesure de protection, dont la loi prévoit qu'elles sont toujours à la charge de la personne protégée. Le dispositif réglementaire, qui prévoit une prise en charge obligatoire en fonction des ressources et une faculté pour le préfet, dans certains cas exceptionnels, de prendre en charge le complément de protection, nous semble donc conforme à la loi et à la Constitution. Il en résulte qu'une partie du financement peut rester à la charge de la personne protégée même lorsqu'elle fait face à une situation difficile malgré ses revenus. Si elle est insolvable, comme ici, au moins pendant la durée d'une procédure de surendettement, c'est donc le mandataire judiciaire qui assume ce risque financier de son activité professionnelle, sans être garanti par l'Etat.

4.2 Il y aurait là, d'après la requérante, une interprétation contraire au principe d'égalité, car on ne saurait distinguer selon que les difficultés des personnes protégées proviennent de ressources insuffisantes ou de charges excessives. Mais il n'en est rien, car ces difficultés sont de natures différentes : la part restant à charge de la personne protégée est calculée sur ses ressources, avec actuellement des taux de 0.6% et 8.5% pour les deux tranches d'un revenu correspondant à un SMIC brut annuel. Sauf erreur de notre part, cela correspond à un taux de financement de 4%. Le reste des ressources de la personne est censé lui permettre de faire face aux dettes contractées avant la mesure de protection ou aux dépenses postérieures. Si cela ne suffit pas à faire face aux charges, le majeur protégé reste bien sûr éligible à tous les dispositifs destinés à aider les personnes confrontées à des charges excessives, notamment les aides sociales et les procédures de surendettement.

4.3 Une autre objection tient à ce que le texte a posé des sortes de conditions pour cette prise en charge complémentaire et que votre jurisprudence serait en ce sens que lorsqu'un texte pose des conditions il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire. Cela ne nous semble pas l'état de votre jurisprudence : nombre de textes prévoyant des mesures administratives qui ne sont pas de droit sont assorties de conditions. L'administration ne peut alors faire usage de son pouvoir que si ces conditions sont remplies, mais peut prendre en compte tous motifs d'intérêt général pertinent pour décider, dans chaque cas d'espèce d'en faire ou non usage. Des titres de séjour

de régularisation de l'article L. 313-14 du CESEDA (CE, sect., 4 février 2015, M. C..., n° 383267, Rec.) aux promotions des fonctionnaires (CE, 26 octobre 1979, Synd. national des ingénieurs du génie rural, des eaux et forêts, n° 10980, T) en passant par la distribution d'un fonds de subvention ou l'octroi d'autorisations en nombre limité, l'administration peut exercer dans l'intérêt général un pouvoir de choix. Même pour une aide sociale prévue comme telle par un texte, vous jugez parfois qu'elle ne constitue pas un droit et qu'on peut tenir compte du niveau des crédits : vous l'avez récemment jugé pour l'aide à l'insertion professionnelle attribuée pour la conclusion d'un contrat unique d'insertion (CE, 23 mai 2018, Ass. des élus écologistes d'Ile de France, n° 413911, inédit), pour laquelle l'administration dispose d'une enveloppe financière spécifique, ce qui n'est pas le cas ici.

L'importance du pouvoir discrétionnaire varie selon les réglementations et en aucun cas cela ne signifie la possibilité de prendre des mesures arbitraires. Mais l'existence d'un texte comme celui en cause ici n'implique donc pas une compétence liée, d'autant plus qu'ici il s'agit d'accorder de l'argent. Or, en principe, l'administration a l'interdiction d'octroyer des libéralités (CE, 17 mars 1893, *Compagnie des chemins de fer du nord et de l'est*, Rec. ; CE, sect., 3 nov. 1997, Cne de Fougerolles, n° 169473, Rec. ; CE, 22 juin 2012, CCI de Montpellier, n° 348676, T.). Un texte était sinon nécessaire, au moins préférable pour prévoir que le préfet pourrait ainsi accorder parfois une prise en charge complémentaire exceptionnelle. Il était naturel d'encadrer un peu ce pouvoir, sans pour autant que l'auteur du décret ait entendu instituer un droit.

4.4 Vous hésitez sans doute en comparant cette affaire aux remises dites gracieuses accordées en matière de RMI et de RSA. Il est vrai que ces remises ne sont plus juridiquement « gracieuses », elles sont de droit lorsque la situation d'impécuniosité de la personne le nécessite. C'est ce que votre jurisprudence a progressivement dégagé et consacré par la décision *Mme H...* du 9 mars 2016 (n° 381272, Rec.) : vous l'avez justifié par l'office de plein contentieux du juge, qui doit décider lui-même d'accorder ou non la remise en fonction de « *la situation de précarité du débiteur et sa bonne foi* ». Mais cette jurisprudence nous semble limitée à certains domaines et certains contentieux, notamment de pleine juridiction (a. contrario, CE, 7 mars 2012, M. R..., n° 353395, T.). Pour d'autres remises de dette, l'administration n'est pas en situation de compétence liée (CE, 16 décembre 1988, Mme R..., n° 79257, T.), par exemple pour la remise de dommages et indemnités dues à l'administration ou la remise de sommes dues pour rupture de l'engagement décennal de service. En l'espèce, aucun texte ne nous semble vous attribuer de pouvoir de plein contentieux. Surtout, nous sommes dans un cas tout à fait distinct d'une remise gracieuse, qui est un renoncement à une créance sans consommation de crédits budgétaires. En l'espèce, il s'agit d'accorder une prise en charge, d'exposer une dépense : si l'avantage est de droit, l'Etat ne peut faire varier les subsides accordés en fonction des crédits disponibles, qu'il doit au besoin compléter (v. par ex. CE, 23 nov. 1979, SE aux anciens combattants, n° 10761, Rec. ; CE, 18 dec. 2002, Ass. permanente des chambres de métiers, n° 243684, T.) ; s'il ne l'est pas, il le peut (v. not. CE, 26 octobre 1979, Synd. national des ingénieurs du génie rural, des eaux et forêts, n° 10980, T.).

5. Cette question du motif tiré de l'insuffisance des crédits est au cœur du litige et nous terminons donc en vous exposant les conséquences concrètes de la solution que nous vous proposons. Que l'administration dispose d'un pouvoir de choix ne signifie pas qu'elle puisse prendre une décision arbitraire. En revanche, il est vrai qu'elle peut se fonder sur d'autres considérations que celles indiquées à l'article R. 471-5-3, pour autant qu'elles ne soient entachées ni d'erreur de droit, ni d'erreur d'appréciation, le juge exerçant généralement un contrôle restreint. Le principal, et peut-être le seul motif que l'administration va prendre en compte, ce sont les crédits dont elle dispose, sachant que le pouvoir réglementaire a

explicitement prévu qu'on ne devait utiliser que les crédits affectés au financement des mandataires judiciaires. Ces crédits sont limitatifs, calculés selon une prévision de dépense. S'ils sont insuffisants pour financer la prise en charge qui est de droit, ils doivent être complétés. En revanche, s'il reste un reliquat, c'est ce montant que le préfet peut utiliser pour résoudre certains cas exceptionnels. Concrètement, l'administration va mettre en balance la marge de manœuvre budgétaire qu'elle estime avoir et la situation qui lui est décrite, pour choisir d'accorder ou non cette prise en charge. Le juge exercera un contrôle sur les motifs de l'administration, eu égard aux deux plateaux de la balance. Concrètement, si les budgets sont calculés au plus juste, comme on peut craindre que ce soit le cas, l'Etat ne viendra en aide que dans certains cas rares correspondant à des difficultés exceptionnelles. Evidemment, cette situation est plus difficile à gérer, tant pour l'administration que pour le juge. L'administration n'a pas une vision claire de sa marge de manœuvre, qui dépend du moment de l'année et de la consommation prévisionnelle des crédits. Le juge contrôle difficilement une appréciation de cette sorte. Mais c'est le propre des domaines où l'administration accorde certains avantages dans les seuls cas qu'elle juge les plus opportuns, par exemple lorsqu'elle refuse de financer un projet au titre des crédits limitatifs d'un fonds d'aide au financement de projets.

Si vous nous suivez, vous rejetterez les moyens d'erreur de droit du pourvoi, qui procèdent de cette unique question. Le motif qu'a opposé le préfet est ici tiré de l'insuffisance des crédits. A la vérité, la façon dont ce motif est rédigé n'est pas satisfaisante, la première lettre du préfet indiquant une absence de « crédits spécifiques », or justement le texte prévoit explicitement qu'il s'agit des mêmes crédits. Mais cet aspect n'est pas critiqué et la lecture de l'ensemble de la correspondance avec l'administration tend plutôt à montrer qu'elle a effectué la balance que nous vous décrivions. La même lettre indique que la décision est prise en fonction « *du rapport de situation et des éléments financiers transmis* » et, surtout, la réponse au premier recours gracieux précise avoir tenu compte de ce que Mme D... a elle-même déclaré à l'administration que « *[ses] émoluments régulièrement déclarés dans le cadre de la procédure de surendettement ne seront pas réglés immédiatement* ». Ainsi, l'examen de cette procédure de surendettement montrait, semble-t-il, que la somme de 3417 euros serait probablement, à une certaine échéance, réglée à Mme D..., même si l'on ne pouvait en être certain. Dans ces conditions, l'administration a préféré refuser la prise en charge, qui l'aurait subrogée dans la procédure de surendettement, en estimant que la faiblesse de ses crédits ne la rendait pas opportune, malgré les difficultés indéniables auxquelles est confrontée en l'espèce la personne protégée.

7. Pour conclure, nous reconnaissons que la solution que nous vous proposons n'est pas la plus généreuse. Ce qui nous détermine à ne pas vous en proposer une autre, c'est le texte du décret : il est pour nous incontestable que, comme le soutient le ministre, son auteur n'a pas entendu créer un droit à prise en charge complémentaire, sans que puisse être opposée le caractère limitatif des crédits. En 2013, les collectivités publiques ont financé 590 millions d'euros pour les mesures de protection des majeurs protégés, ce chiffre ayant progressé de 14,7% entre 2009 et 2013. Le montant restant à la charge des majeurs protégés s'élevaient à 170 millions. Créer un droit à prise en charge complémentaire dans les cas de surendettement et de nécessité de faire face à des dépenses impératives est donc une décision qui peut s'avérer lourde budgétairement. Il nous semble donc que cela devrait passer par un changement du texte, une modification du décret. **Pour ces motifs nous concluons donc au rejet du pourvoi.**