

N° 452953

Mme S...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 13 février 2023

Décision du 15 mars 2023

CONCLUSIONS

M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public

Faut-il transposer la jurisprudence Société Eden en cassation ? Telle est la question que pose ce pourvoi.

Il se trouve que le premier moyen soulevé, de régularité de l'arrêt attaqué, est manifestement fondé : la cour a omis de viser la note en délibéré qui lui a été adressée après l'audience (article R. 741-2 du code de justice administrative). Mais Mme S..., se référant à la jurisprudence Société Eden, vous demande cependant d'examiner en priorité ses moyens relatifs au bien-fondé de l'arrêt avant, le cas échéant, d'accueillir ce moyen de régularité.

Pour rappel, dans la décision Société Eden (Section, 21 décembre 2018, Société Eden, n° 409678, p. 468, au GAJA avec les références), la Section du contentieux a jugé, en substance, que :

- Sauf dispositions législatives contraires, le juge de l'excès de pouvoir n'est en principe pas tenu, pour faire droit aux conclusions à fin d'annulation dont il est saisi, de se prononcer sur d'autres moyens que celui qu'il retient explicitement comme étant fondé.

- Lorsque le requérant choisit de présenter, outre des conclusions à fin d'annulation, des conclusions à fin d'injonction, il incombe au juge de l'excès de pouvoir d'examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée¹.

- De même, lorsque le requérant choisit de hiérarchiser, avant l'expiration du délai de recours, les prétentions qu'il soumet au juge de l'excès de pouvoir en fonction de la cause juridique sur laquelle reposent, à titre principal, ses conclusions à fin d'annulation, il incombe au juge de l'excès de pouvoir de statuer en respectant cette hiérarchisation, c'est-à-dire en examinant prioritairement les moyens qui se rattachent à la cause juridique correspondant à la demande principale du requérant.

¹ Solution adoptée avant que l'article 40 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice n'ajoute aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du CJA que le juge peut prononcer d'office les injonctions qu'ils prévoient.

Il s'agit d'une jurisprudence propre au juge de l'excès de pouvoir, et qui n'a jusqu'à présent trouvé un écho dans le plein contentieux que pour les litiges relatifs aux titres exécutoires (5 avril 2019, Société Mandataires Judiciaires Associés, mandataire liquidateur de la Société Centre d'exportation du livre français, n° 413712, A).

En excès de pouvoir, vous avez défini, en partie du moins, l'office du juge d'appel (décision Société Eden et 4 octobre 2019, M. C..., n°417617, B) et du juge de cassation (5 avril 2019, M. B... et autres, n°420608, A), lorsqu'ils sont saisis d'un jugement statuant sur une requête en excès de pouvoir distinguant, par des conclusions à fin d'injonction ou par la hiérarchisation des prétentions en fonction de la cause juridique, une demande principale et une demande subsidiaire.

En revanche, vous n'avez pas encore pris parti sur la question de savoir si le juge de cassation peut être saisi d'une demande principale et d'une demande subsidiaire. L'occasion vous en est donnée.

Il existe des similitudes entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation. Il s'agit de deux recours en annulation qui, jusqu'au Traité d'Edouard Laferrière, n'ont pas fait l'objet d'un travail particulier de distinction (v. notamm. Jean Massot, Olivier Fouquet, Jacques-Henri Stahl, Mattias Guyomar, Aurélie Bretonneau, Le Conseil d'Etat, juge de cassation, Berger-Levrault, 2018, p. 19 et s.). Ils sont aujourd'hui bien distincts, mais comme l'indiquait le président Odent, « ils conservent cependant l'un et l'autre, de leur origine commune, certains traits communs et ils suivent dans l'ensemble une évolution parallèle, sur les pouvoirs respectifs du juge de l'excès de pouvoir et du juge de cassation » (Contentieux administratif, Dalloz, 2007, Tome 2, p. 247). Pour René Chapus, « le recours en cassation rappelle le recours pour excès de pouvoir. Il apparaît comme étant aux jugements ce que le recours pour excès de pouvoir est aux décisions non juridictionnelles » (Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 2006, p. 1236).

Au nombre des similitudes figurent notamment la distinction de deux causes juridiques et la ventilation des moyens entre ces deux causes. Comme le juge de l'excès de pouvoir qui examine la légalité externe et la légalité interne d'une décision administrative, le juge de cassation se prononce sur les deux causes juridiques que sont la régularité et le bien-fondé de la décision juridictionnelle. Et la même règle de recevabilité des moyens s'applique, à telle enseigne, d'ailleurs, que l'habitude a été prise de résumer cette règle de recevabilité des moyens selon les causes juridiques devant le juge de l'excès de pouvoir par la référence à la « jurisprudence Intercopie », alors qu'Intercopie (20 février 1953, Société Intercopie, n° 9772, p. 88, concl. Letourneur) est une jurisprudence de cassation (en excès de pouvoir, c'est Assemblée, 15 juillet 1954, Société des aciéries et forges de Saint-François, p. 482, DA 1954 p. 205 concl. P. Laurent).

Que l'excès de pouvoir et la cassation présentent des similitudes, en particulier sur les causes juridiques, ne suffit cependant pas pour s'engager, par simple mimétisme, dans une opération d'importation de la jurisprudence Société Eden en cassation. Encore faut-il pouvoir valider, en cassation, les motifs qui ont justifié cette jurisprudence en excès de pouvoir.

La préoccupation principale qui a présidé à l'adoption de la jurisprudence Société Eden, c'est celle de l'effet utile de la décision du juge (v. Y. Faure et C. Malverti, « Le juge de l'excès de pouvoir au service du justiciable », AJDA 2019, p. 271).

Elle s'explique essentiellement à raison du pouvoir d'injonction du juge administratif. A cet égard, il n'y a pas de sujet en cassation, car le juge de cassation ne prononce aucune injonction à l'égard des juges du fond.

Toutefois, au-delà du pouvoir d'injonction, c'est plus globalement la prise en considération de la portée de la chose jugée et des conséquences différentes qui s'attachent à l'annulation prononcée par le juge selon la substance du motif qui est le support nécessaire de l'annulation qui a motivé la solution de la jurisprudence Société Eden, et qui a justifié de reconnaître également au justiciable, indépendamment de conclusions à fin d'injonction, la faculté de hiérarchiser ses demandes selon les causes juridiques. C'est cette faculté que Mme S... souhaite pouvoir mettre en œuvre en cassation.

Le but recherché est alors, pour paraphraser la décision Société Eden, que le juge de renvoi, selon le motif d'annulation retenu, prenne une décision dans un sens déterminé.

Or, compte-tenu des causes et des moyens de cassation, rien n'est moins sûr, car s'il existe des similitudes entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation, il existe en revanche des différences notables entre le contrôle d'excès de pouvoir et le contrôle de cassation.

Certes, en cas de censure pour erreur de droit, la solution devant le juge de renvoi est, s'agissant de l'interprétation de la règle de droit, assurée, car votre décision de cassation a autorité de la chose jugée et s'impose à la juridiction de renvoi sur le point de droit tranché (21 juillet 1904, Botta, p. 558, concl. Romieu, au GAJA ; 1er juin 1949, L..., Rec. p. 259 ; Sect., 12 juillet 1955, GR..., p. 407 ; 11 janvier 1967, X..., T. p. 907 ; 23 décembre 1970, Z..., T. p. 789).

Une censure pour erreur de qualification juridique des faits, si elle ne comporte pas la même obligation, peut avoir le même effet pour le juge de renvoi, qui, s'il s'en tient aux mêmes faits, retiendra, par discipline jurisprudentielle et soucis de la sécurité juridique, la même qualification juridique que votre décision.

Mais, en principe, le contrôle de qualification juridique des faits auquel vous procédez s'opère à partir de faits souverainement appréciés par le juge du fond, sous réserve de dénaturation, et donc, même après un renvoi décidé sur cassation pour erreur de qualification juridique, il n'est pas exclu, en particulier si des éléments de faits nouveaux sont produits par les parties (5 juin 1996, Société anonyme Frédéric Findling, n°142870), que le juge de renvoi, qui retrouve sa « plénitude de juridiction » (9 octobre 1964, P..., p. 458), portent sur les faits de l'espèce, une appréciation souveraine différente, qui ne sera pas nécessairement entachée de dénaturation, et qui pourra conduire à une qualification juridique différente.

A plus fortes raisons, dans les domaines où votre contrôle se limite à la seule dénaturation des faits, le contrôle de cassation n'a pour objet que de censurer les erreurs de lecture des pièces du dossier les plus flagrantes, les plus « grossières » dit-on aussi. Si bien qu'un moyen de dénaturation qui est écarté ne valide pas nécessairement l'appréciation des juges du fond. Qui n'a jamais dit, en traitant un dossier de cassation, « si j'avais été juge du fond, je n'aurais pas jugé comme ça, mais à hauteur de cassation, la censure est hors de portée » ? Réciproquement, une censure pour dénaturation n'empêche pas le juge de renvoi d'avoir sur les faits une appréciation, meilleure certes, mais qui le conduise à rendre la même solution.

Il y a ainsi, entre le juge de cassation et le juge du fond une distance qu'il n'y a pas, ou qu'il y a moins, entre le juge de l'excès de pouvoir et la décision administrative. Le juge de cassation n'a pas la même prise sur le jugement que le juge de l'excès de pouvoir sur la décision administrative.

Ce qui est évident, car au-delà des similitudes entre l'excès de pouvoir et la cassation, il n'en demeure pas moins une différence importante : comme l'indiquait également le président Odent, « la différence essentielle entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge de cassation réside dans le fait que ce dernier a pour fonction de contrôler la conformité des décisions juridictionnelles qui lui sont soumises à la règle de droit et non de trancher un litige » (ibid. p. 614).

En outre, « faire du Eden » en cassation n'est pas absolument opportun.

Si, comme en excès de pouvoir du reste, on laisse de côté les questions de compétence, qui sont d'une autre nature, les moyens de cassation sur la régularité sont susceptibles, bien plus que les vices de procédure et de forme en excès de pouvoir, de révéler des erreurs du juge sur la méthodologie du jugement et sur la mise en œuvre de son office.

Le cas d'espèce, sur la note en délibéré, en fournit un premier exemple. L'omission du visa de cette note constitue une irrégularité très formelle, il est vrai, mais elle peut aussi, dans certains cas, signifier que le juge n'a peut-être pas tenu compte, alors qu'il le devait, d'un élément de droit ou de fait nouveau dont il ne pouvait être fait état avant la clôture de l'instruction.

La méconnaissance du principe du contradictoire est un autre exemple : elle signifie que le juge s'est prononcé sans que les parties aient pu régulièrement débattre des moyens et échanger leurs arguments.

On pense aussi aux moyens qui mettent en cause la régularité de la décision juridictionnelle au motif que les juges de fond se sont mépris sur la portée des demandes dont ils étaient saisis, qu'ils ont statué au-delà de la demande ou qu'ils ont omis de se prononcer sur des moyens. Certes, on pourrait se demander pourquoi le requérant qui soulève ces moyens demande néanmoins que le juge se prononce en priorité sur le bien-fondé, mais, en tout état de cause, il y a donc un intérêt d'ordre juridique à ce que le juge de cassation ne soit pas tenu de considérer que ces moyens sont secondaires. Ils sont, au contraire, logiquement premiers dans le contrôle de cassation.

Votre office de juge régulateur de la juridiction administrative commande que le choix des motifs d'annulation demeure votre monopole.

Sachant que, comme il est dit du juge de l'excès de pouvoir dans la décision Société Eden, vous observez aussi en cassation cette règle de bonne administration de la justice consistant à choisir, si plusieurs moyens sont de nature à justifier l'annulation, de fonder l'annulation sur le moyen qui paraît le mieux à même de régler le litige, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

Car, avec ou sans Eden, il ne faut pas perdre de vue que le juge, dans l'examen d'un dossier, ne pratique pas, comme dans les décisions qu'il rend, l'économie des moyens. Le travail consciencieux des rapporteurs, et un peu d'amour propre qu'une note de révision faisant remarquer qu'un moyen a été oublié ne manquerait pas de piquer au vif, font que tous les moyens, et même parfois un peu plus (ie les moyens d'ordre public, voire parfois les moyens qui auraient pu être soulevés mais qui ne sont pas d'ordre public), ont été vus et traités. En général, mais pas toujours cette fois, il en est aussi de même dans les conclusions des rapporteurs publics.

En excès de pouvoir, cette circonstance n'a pas fait obstacle à la solution Société Eden. Mais pour les motifs qui précèdent, nous pensons qu'il n'y a pas lieu de faire de même en cassation.

Après ce que nous venons de dire, nous aurions quelques scrupules à ne vous avoir parlé que de la note en délibéré et de, déjà, terminer par l'usuel « par ces motifs, nous concluons... ». Regardons les autres moyens.

Mme S... est adjoint administratif principal du ministère de l'agriculture. A compter du 1^{er} janvier 2014, elle a été mise à la disposition du ministère des affaires étrangères pour une durée de trois ans afin d'exercer la fonction d'assistante à la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne. Pour des raisons qui sont exposées au dossier, Mme S... a été placée, à compter du 26 mai 2016, en congé de maladie, transformé par la suite en congé de longue maladie imputable au service pour une durée d'un an. Le 31 décembre 2016, sa mise à disposition a pris fin, et l'intéressée a été affectée à l'administration centrale du ministère de l'agriculture. Le ministère l'a informée qu'à cette date, elle n'avait plus droit à l'indemnité de résidence à l'étranger.

Mme S... a saisi le TA de Paris d'une demande d'annulation de la décision mettant fin au versement de l'indemnité de résidence à l'étranger. Par une interprétation très bienveillante des écritures, le tribunal a considéré qu'il était également saisi de conclusions dirigées contre l'arrêté du 8 février 2017 prononçant la fin de la mise à disposition et l'affectation à l'administration centrale. Par un jugement du 3 mai 2019, il a rejeté sa requête, puis, par un arrêt du 1^{er} avril 2021, la CAA de Paris a rejeté son appel.

Sur la fin de la mise à disposition, la cour ne s'est pas méprise sur les écritures de la requérante, car elle a, en tout état de cause, tout à la fois examiné la légalité de l'arrêté du 8 février 2017 par la voie de l'action et par la voie de l'exception, et elle n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas insuffisamment motivé son arrêt en jugeant qu'au terme de la

période légale de trois ans, le renouvellement de la mise à disposition, dont il ne ressort au demeurant pas des pièces du dossier qu'il ait été régulièrement demandé, n'était pas de droit.

Sur l'affectation à l'administration centrale du ministère de l'agriculture, la cour a validé la formulation de l'arrêté du 8 février 2017 qui indiquait « autre structure de l'administration centrale », ie qui ne désignait aucun emploi déterminé. Il est exact, comme le soutient le pourvoi, qu'un fonctionnaire en position d'activité, dont le congé pour maladie est une des modalités, doit recevoir une affectation correspondant son grade, ie doit être nommé sur un emploi correspondant à ce grade. Et il ne saurait être nommé pour ordre (1^{er} décembre 1982, Mme GG..., n° 22114, B). L'autorité administrative dispose cependant d'un délai raisonnable pour ce faire (Section, 6 novembre 2002, M. G..., n°227147, A), qui s'apprécie en fonction des circonstances de l'espèce. En l'espèce justement, la cour a relevé que le poste que Mme S... occupait dans un lycée agricole antérieurement à sa mise à disposition n'était plus vacant, que Mme S..., invitée par le ministère de l'agriculture, en novembre 2016, à formuler des vœux d'affectation, n'a pas présenté sa candidature sur un poste vacant, et qu'enfin, elle était alors placée en congé pour maladie. Aucun de ces motifs n'est entaché d'erreur de droit. En particulier, la cour n'a pas jugé que les fonctionnaires placés en congé de maladie pouvaient ne pas être affectés sur un emploi déterminé, elle a seulement tenu compte de cette circonstance pour estimer que l'arrêté du 8 février 2017 n'était en l'espèce pas entaché d'illégalité.

Enfin, sur le droit au versement de l'indemnité de résidence à l'étranger, la cour a jugé que si le fonctionnaire placé en congé de longue maladie ou de longue durée est en droit de continuer à bénéficier de l'indemnité de résidence qu'il percevait avant ce congé (v. l'article 24 du décret n° 67-290 du 28 mars 1967 et l'article 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986, ainsi que les modalités qu'il prévoit), c'est à la condition qu'il ait conservé l'emploi et la résidence administrative qui lui ouvraient droit au versement de ladite indemnité de résidence. Là aussi, l'arrêt est exempt d'erreur de droit. Contrairement à ce qui est soutenu, l'attribution de l'indemnité de résidence à l'étranger est conditionnée au fait que l'agent est en service à l'étranger (article 1^{er} du décret n°67-290 du 28 mars 1967 fixant les modalités de calcul des émoluments des personnels de l'Etat et des établissements publics de l'Etat à caractère administratif en service à l'étranger). Résider à l'étranger ne suffit pas. C'est ainsi que Mme S... a perçu l'indemnité de résidence à l'étranger aussi longtemps qu'elle était affectée à la RP à Bruxelles, y compris lorsqu'elle était placée en congé de maladie, mais qu'elle n'avait plus droit au versement de cette indemnité un fois affectée à l'administration centrale du ministère de l'agriculture, quand bien même, étant en congé de maladie, elle aurait continué à se domicilier à Bruxelles.

Enfin, les considérations de l'arrêt sur l'intérêt du service, critiquées par le pourvoi, soit manquent en fait soit sont surabondantes, si bien que les moyens sur ce sujet ne peuvent qu'être écartés.

C'est donc pour le seul motif tiré du visa de la note en délibéré que nous vous proposons de prononcer l'annulation de l'arrêt.

PCMNC : annulation de l'arrêt ; renvoi de l'affaire devant la cour et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit versée par l'Etat à Mme S... au titre des frais d'instance.