

L'attribution de la NBI est créatrice de droits

Alice Fuchs, Docteur en droit, ATER à l'université de Rouen

L'essentiel

Maire retirant, en juin 1993, la décision qu'il avait prise en août 1992 accordant à la requérante le bénéfice de la NBI, alors qu'étant en congé de longue durée elle n'exerçait aucune fonction et ne pouvait donc y prétendre. Acte attribuant la NBI étant, comme tout acte accordant un avantage financier, créateur de droits pour son bénéficiaire, alors même que l'administration aurait eu l'obligation de le refuser. Illégalité du retrait ; possibilité d'abroger la décision attributive.

Cette affaire a été l'occasion pour le Conseil d'Etat de préciser la portée de l'arrêt *Ternon* mais surtout de clarifier la notion d'acte créateur de droits en matière pécuniaire.

Saluée par les uns, vivement critiquée par les autres, la jurisprudence *Ternon* (1) a résonné comme un coup de tonnerre chez les administrativistes bercés depuis si longtemps par la jurisprudence *Dame Cachet*. Au-delà de la polémique sur la méthode, certains commentateurs ont noté que de nombreuses hypothèses demeuraient non couvertes par l'arrêt d'assemblée rendu le 26 octobre 2001 (2). Ainsi, Yves Gaudemet estime que cet arrêt concerne « les seules décisions individuelles explicites créatrices de droits et encore pas celles qui sont obtenues sur demande » (3). En effet, le litige dont avait été saisi le Conseil d'Etat concernait une décision qui avait accordé des droits à M. Ternon sans que celui-ci en ait fait la demande. Sur ce point, l'arrêt *Mme Soulier* indique - sans que cela soit véritablement une surprise - que la jurisprudence *Ternon* s'applique aussi dans le cas de décisions individuelles explicites créatrices de droits obtenues sur demande.

Il a également été reproché à la jurisprudence *Ternon* de laisser sans réponse le délicat problème de la distinction entre les actes créateurs de droits et les actes non créateurs de droits (4). C'est sur ce point que réside l'apport principal de l'arrêt commenté. En effet, en considérant que la décision du 25 août 1992 est créatrice de droits, le juge administratif innove et retient une nouvelle définition de la décision pécuniaire créatrice de droits.

La notion d'acte créateur de droits ne se laisse pas « appréhender aisément » (5). Comme le note Pierre Delvolvé, il s'agit d'une « catégorie vaste mais difficile à cerner, faute de critère rigoureusement précis » (6). Effectivement, la jurisprudence ne peut être systématisée et les différents manuels de droit administratif peinant à extraire un véritable critère se limitent souvent à dresser une liste « à la Prévert » des différents arrêts rendus en la matière.

Le cas des actes à objet pécuniaire - qui nous intéresse en l'espèce - a tout particulièrement suscité un « empirisme jurisprudentiel » (7), pour ne pas dire une cacophonie jurisprudentielle, alors même qu'il existe en principe, depuis l'arrêt *Rivolier* (8) confirmé par l'arrêt *Buissière* (9), un critère permettant de distinguer les décisions créatrices de droits de celles qui ne le sont pas. Traditionnellement, le juge administratif considère que les décisions pécuniaires appartiennent à la catégorie des décisions recognitives (10) lorsque leur auteur n'a disposé d'aucun pouvoir d'appréciation pour leur édicition, c'est-à-dire lorsqu'il était titulaire d'une compétence liée. Dans ce cas, l'administration peut retirer la décision à tout moment et prescrire le reversement des sommes indûment payées (11). En revanche, si l'administration détient un pouvoir d'appréciation quant à l'octroi d'une somme d'argent ou à

la détermination de son montant, les décisions prises sont créatrices de droits, preuve étant d'après René Chapus que « ces droits n'existaient pas avant leur édicton » (12).

Le critère du pouvoir discrétionnaire paraît opérationnel. Pourtant, il ne permet pas d'ordonner l'ensemble des solutions jurisprudentielles. Par exemple, la concession d'une pension est jugée créatrice de droits bien qu'on ne relève pas l'existence d'un pouvoir d'appréciation (13). Ou encore : l'attribution d'un indice de rémunération a été jugée créatrice de droits (14) puis non créatrice de droits (15). Ces incohérences jurisprudentielles s'expliquent sans doute par le fait que le fondement et les conséquences du critère tiré du « pouvoir d'appréciation » paraissent critiquables voire inéquitable. Comme le notent Francis Donnat et Didier Casas, « il était un peu curieux, en équité, de juger que n'était pas créateur de droits, parce que reconnaissant, l'octroi d'un avantage financier résultant strictement de l'application des textes, mais que l'était une mesure purement gracieuse ou discrétionnaire par là même attributive comme la suppression d'une amende » (16). Ainsi, l'abandon de ce critère avait été depuis longtemps proposé, notamment par l'actuel président de la section du contentieux, D. Labetoulle (17).

C'est dans ce contexte que la portée de l'arrêt *Mme Soulier* doit être analysée. En affirmant explicitement qu'une décision pécuniaire qui aurait dû être refusée en vertu d'une compétence liée est créatrice de droits, le Conseil d'Etat abandonne le critère tiré du « pouvoir d'appréciation » et par là même sa jurisprudence Buissière. Mais quel est alors le nouveau critère préconisé par le Conseil d'Etat ?

La notion d'« avantage » utilisée dans le quatrième considérant pourrait constituer la nouvelle pierre angulaire permettant de déterminer les décisions d'ordre pécuniaire créatrices de droits. Cette solution s'inscrit dans la lignée d'une définition qui avait été donnée en 1984 par D. Labetoulle. Celui-ci estimait qu'un acte est créateur de droits si : « d'une part, quelqu'un a un avantage à son maintien et si, d'autre part (le Conseil d'Etat), estim(e) pouvoir lui reconnaître une stabilité limitant la possibilité pour l'administration de le remettre en cause, étant entendu qu'(il) dispos(e) d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer à propos de chaque type d'actes, ce qui dans la dialectique des rapports entre l'administration et l'administré, doit prévaloir de l'autonomie de l'administration ou de la stabilité des situations individuelles » (18).

Si l'on s'en tient à la lettre de l'arrêt *Mme Soulier*, il apparaît que, dès lors qu'un acte est décisif et qu'il procure un avantage pécuniaire à son destinataire, il doit être considéré comme créateur de droits et donc comme insusceptible de retrait au-delà des quatre mois qui suivent son édicton (19). Désormais, il n'y aurait donc plus qu'une seule catégorie de décision pécuniaire.

On sait que la jurisprudence traditionnelle considère que les actes liquidant les sommes dues à une personne en application d'un texte ne sont pas créateurs de droits (20). A la lumière de l'arrêt *Mme Soulier*, la cohérence de cette solution - qui a parfois été critiquée (21) - apparaît distinctement : ce qui importe - notamment en matière de retrait (22) - n'est pas de savoir si l'acte qui procure un avantage financier est créateur ou non de droits mais de savoir s'il est décisif ou non décisif (23).

Voilà pourquoi le Conseil d'Etat a pris soin de préciser - alors que l'espèce ne semblait pas l'exiger - que la liquidation d'une créance née d'une décision prise antérieurement n'est pas un acte créateur de droits. Sans doute les juges du Palais-Royal ont-ils souhaité insister sur le fait que les deux situations visées ne sont pas identiques. Dans le premier cas (lié à l'espèce), un acte individuel avait été pris sur le fondement d'un acte réglementaire afin de procurer un avantage financier à *Mme Soulier*. Il s'agissait donc de passer d'une décision générale à une décision particulière. En revanche, dans le cas d'une mesure liquidant une créance née d'une décision prise antérieurement, on est en présence d'une décision individuelle qui va simplement être exécutée par le biais d'un acte qui ne peut être qualifié de décisif.

Les errements de la jurisprudence relative aux actes pécuniaires étaient particulièrement regrettables car, pour ce qui est du retrait, outre l'enjeu classique de la conciliation entre

légalité et sécurité juridique, se posait le problème de la restitution des sommes dues à l'administration lorsqu'un avantage financier avait été illégalement conféré. L'arrêt Mme Soulier doit donc être salué car, en clarifiant et en simplifiant la notion de décision pécuniaire, il unifie du même coup leur régime de retrait (24). Cette clarification est d'autant plus importante qu'elle peut être analysée comme un premier pas vers l'unification du droit du retrait de l'ensemble des décisions administratives illégales.

Incidemment, cette unification des actes créateurs de droits en matière pécuniaire souligne le caractère inapproprié de la distinction proposée par Duguit entre acte subjectif et acte-condition pour expliquer certains pans de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En réalité, la solution de l'arrêt Mme Soulier invite à poursuivre la réflexion concernant la notion de décision.

## **la requête**

Le maire de Castries a retiré le 7 juin 1993 son arrêté du 25 août 1992 accordant à Mme Soulier le bénéfice d'une nouvelle bonification indiciaire de 30 points . La cour administrative d'appel de Marseille, après avoir annulé pour vice de forme le jugement du tribunal administratif de Montpellier en date du 19 décembre 1996, a refusé d'annuler la décision de retrait susmentionnée ; Mme Soulier se pourvoit en cassation contre cet arrêt, en tant qu'il a rejeté sa demande au fond.

## **Le droit**

Article 27-I de la loi du 18 janvier 1991 : « La nouvelle bonification indiciaire des fonctionnaires et des militaires instituée à compter du 1er août 1990 est attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulière dans des conditions fixées par décret ». Ces dispositions ont été étendues par décret en Conseil d'Etat du 24 juillet 1991 aux fonctionnaires territoriaux. Aux termes de l'article 1er de ce décret la nouvelle bonification indiciaire est « versée mensuellement à raison de leurs fonctions aux fonctionnaires territoriaux ».

## **clarification**

Les décisions accordant un avantage financier sont créatrices de droits, ce qui veut dire (v. 1er considérant) qu'elles ne peuvent être retirées que pour illégalité et dans le délai de quatre mois à compter de leur édicition (CE Ass. 26 octobre 2001, M. Ternon, *AJDA* 2001, p. 1037 ).

Il n'y a donc plus lieu de rechercher, comme c'était le cas dans la jurisprudence antérieure, si pour accorder cette décision l'administration disposait ou non d'un pouvoir d'appréciation.

(abandon de la jurisprudence *Buissière*, CE Sect. 15 octobre 1976).

## **application**

A la date où il a pris sa décision (7 juin 1993) le maire ne pouvait plus retirer la décision du 25 août 1992 attribuant la NBI à Mme Soulier. Mais il pouvait y mettre fin (l'abroger) puisque l'intéressée ne remplissait pas la condition pour en bénéficier.

## **A noter**

Voir dans le même sens l'arrêt du Conseil d'Etat du même jour, *Mme Marguerite S.* et la note de F. Donnat et D. Cassas in *AJDA* 2002, p. 1434 .

## **Mots clés :**

REMUNERATIONS \* Nouvelle bonification indiciaire \* Bénéfice \* Droit acquis \* Retrait

(1) CE Ass., 26 octobre 2001, *M. Ternon*, req. n° 1972018 . Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat dissocie le délai du recours contentieux dont disposent les tiers et le délai du retrait de l'administration et fixe à quatre mois, à compter de la prise de décision, le délai maximum dont dispose l'administration pour retirer un acte individuel créateur de droits.

(2) Voir sur ce point, l'étude exhaustive de P. Delvolvé, RFDA 2002, pp. 88-94 .

(3) Y. Gaudemet, Faut-il retirer l'arrêt *Ternon* ? AJDA 2002, p. 739 .

(4) Ibid.

(5) J.-Y. Vincent, Application dans le temps de l'acte administratif, Editions du Juris-Classeur, fasc. 108-30, n° 61, 2001.

(6) P. Delvolvé, préc. p. 92.

(7) J.-Y. Vincent, Application dans le temps de l'acte administratif, préc.

(8) CE 24 octobre 1956, *Rivolier, Lebon* p. 302.

(9) CE Sect. 15 octobre 1976, *Buissière, Lebon* p. 419.

(10) Seules les décisions attributives sont en principe créatrices de droits.

(11) R. Chapus, *Droit administratif général*, tome I, 14e éd., 2000, n° 1346.

(12) Ibid.

(13) CE 23 mai 1962, *Cne Arzeur c/Sarrochi, Lebon* p. 336.

(14) CE 11 mars 1959, *Mailh c/Hôpital d'Arcachon, Lebon* p. 175

(15) CE 26 octobre 1962, *Guillon, Lebon* p. 567 et CE, 21 mai 1971, *Trébosc, Lebon* p. 374

(16) F. Donnat et D. Casas, préc. pp. 1434-1435.

(17) CE Sect. 15 octobre 1976, *Buissière*, préc., concl. D. Labetoulle ; AJDA 1976, p. 557, chron. Nauwelaers et Fabius.

(18) D. Labetoulle, AJDA 1984, p. 512.

(19) Une telle solution devrait logiquement être étendue dans le cas d'un avantage procuré à un tiers.

(20) CE 27 mars 1927, *Dame Lehoux, Lebon* p. 322.

(21) Tout récemment par P. Delvolvé dans sa note sur l'arrêt *Ternon* préc. p. 93.

(22) Les actes non décisifs ne sont pas concernés par la jurisprudence *Ternon*.

(23) Commentant l'arrêt *Dame Lehoux* dans ses conclusions sur l'affaire *Buissière*, D. Labetoulle relevait que l'administration « n'était pas revenue sur une décision véritable, mais sur une simple mesure de liquidation d'une créance dont l'origine était antérieure », préc. p. 424.

(24) Sous réserve que la décision pécuniaire existe, n'ait pas été obtenue par fraude et ne méconnaisse pas la chose jugée. Dans le cas contraire, on doit considérer qu'elle est susceptible d'être retirée à tout moment.

