

Retrait et abrogation : le cas des actes à objet pécuniaire et des actes obtenus par fraude

Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 6 novembre 2002, *Mme Soulier*

Stéphane Austry, Maître des requêtes au Conseil d'Etat ; Commissaire du gouvernement

La théorie de l'acte créateur de droits constitue un élément central du régime de l'acte administratif. C'est pourquoi, vous vous êtes attachés à définir avec précision le régime juridique de cette catégorie de décisions et votre décision d'Assemblée *Ternon* du 26 octobre 2001 (chron. P. Collin et M. Guyomar, AJDA 2001, p. 1034 et s. , et chron. Y. Gaudement, AJDA 2002, p. 738 , concl. F. Séners, RFDA 2002, p. 77 , note P. Delvolvé, p. 88), a consacré une importante évolution de ce régime, en privilégiant la sécurité juridique des administrés. Pourtant, il est parfois difficile de savoir quels sont exactement les actes auxquels s'applique ce régime juridique protecteur. C'est un paradoxe souvent souligné par la doctrine, qui oppose la précision du régime largement jurisprudentiel des actes créateurs de droits à l'incertitude sur les contours même de la notion d'actes créateurs de droits et des critères qui permettent de les définir (V. la thèse de C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, 1997, ainsi que de nombreuses études : M. Waline, *Le retrait des actes administratifs*, Mélanges Mestre, 1956, p. 563 et s. ; P. Auvret, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, RD publ. 1985, p. 53 et s. ; F. Batailler, *Les *beati possedentes* du droit administratif français*, RD publ. 1965, p. 1051 et s. ; E. Guillon et P. Bringuier, *Le pouvoir de retrait des actes administratifs*, AJDA 1978, p. 300 et s. ; P. Le Mire, *La stabilité des situations juridiques et l'évolution des jurisprudences relatives au retrait et à l'abrogation*, AJDA 1980, p. 203 et s. ; J.-Y. Vincent, *Le retrait des actes administratifs unilatéraux [examen comparé des solutions adoptées en droit européen et en droit français]*, RTD eur. 1974, p. 31 et s. ; R. Rouquette, *La volonté, critère de l'acte administratif créateur de droits*, Petites affiches 1999, n°106). Le président Odent lui-même, dans son Cours de contentieux administratif (p. 1106 et s.), ne définit les actes créateurs de droits que négativement, après avoir procédé à ce qu'il appelle « la longue énumération des décisions qui ne créent pas de droits acquis ». Parmi ces décisions, le président Odent mentionne notamment « les décisions positives individuelles qui ont un caractère reconnaissant et non attributif », parmi lesquelles il classe « presque toutes les décisions à caractère pécuniaire ». Vous avez en effet jugé par votre décision de Section *Buissière* du 15 octobre 1976 (Rec. p. 419) en dépit des conclusions contraires du président Labetoulle, publiées au *Recueil* (chron. M. Nauwelaers et L. Fabius, AJDA 1976, p. 557 et s.) que le bénéfice d'un avantage financier pouvait être rapporté après l'expiration du délai de recours contentieux dès lors qu'il présentait « un caractère purement pécuniaire et non pas celui d'une décision créant des droits au profit du sieur Buissière ».

A ce stade de l'exposé, lorsqu'un commissaire du gouvernement envisage de revenir sur une jurisprudence antérieure, il est d'usage qu'il vous indique les particularités de l'affaire qui suscite ce questionnement. Nous devons confesser que nous ne pourrions insister sur les spécificités de l'affaire qui vous est aujourd'hui soumise sans dénaturer assez profondément le dossier. La vérité est que cette affaire ne se distingue pas de dizaines d'autres dans lesquelles vous avez appliqué sans faiblir votre jurisprudence traditionnelle, et que les raisons qui ont justifié le renvoi de cette affaire devant votre formation tiennent davantage aux interrogations que suscite le maintien aujourd'hui de votre jurisprudence *Buissière* qu'à son application au cas d'espèce.

Les circonstances de cette affaire sont en effet assez classiques. Mme Soulier, attaché territorial, exerçait les fonctions de secrétaire général de la commune de Castries, dans l'Hérault, lorsqu'elle a été placée, le 15 octobre 1990, en congé de longue maladie, puis, à compter du 15 octobre 1991, en congé de longue durée. A la suite de l'intervention du décret

du 24 juillet 1991, pris pour l'application de la loi du 18 janvier 1991 dont l'article 27 instituait la nouvelle bonification indiciaire (NBI), qui a prévu l'attribution de cette dernière aux attachés territoriaux exerçant les fonctions de secrétaire général dans les communes de 2 000 à 5 000 habitants, Mme Soulier a sollicité le bénéfice de la NBI. Le maire de sa commune la lui a accordé par décision du 5 août 1992. Mais quelques mois plus tard le préfet de l'Hérault indiquait au maire que les fonctionnaires placés en congé de longue durée n'avaient pas droit à la NBI. Le maire, qui avait décidé d'octroyer la NBI à Mme Soulier après avoir interrogé le Centre de gestion de la fonction publique territoriale, n'a pas immédiatement retiré sa décision initiale. Mais le préfet lui ayant à nouveau demandé le 7 avril 1993 de retirer cette décision, le maire se plia à cette demande et retira le 7 juin 1993 la décision initiale du 5 août 1992. Mme Soulier a alors contesté cette décision devant le Tribunal administratif de Montpellier puis devant la Cour administrative d'appel de Marseille. Par un arrêt du 2 mai 2000, la cour a rejeté la requête de Mme Soulier en jugeant, d'une part, que l'attribution initiale de la NBI était illégale et, d'autre part, que le retrait avait pu légalement intervenir près d'un an après la décision ayant attribué cet avantage à Mme Soulier dès lors que cette décision présentait un caractère purement pécuniaire et n'était donc pas créatrice de droits. Mme Soulier se pourvoit régulièrement en cassation contre cet arrêt en critiquant chacun des deux temps du raisonnement de la cour. Nous vous proposons de considérer d'abord la question du caractère créateur de droits de l'attribution de la NBI, qui a justifié le renvoi de cette affaire devant votre formation.

I - Avant d'en venir au rappel des principes sur lesquels se fonde votre jurisprudence actuelle et de tenter de dessiner les contours de ce que vous qualifiez de décisions purement pécuniaires, une brève présentation du contexte juridique dans lequel vous avez aujourd'hui à vous prononcer est nécessaire.

A) 1°) C'est l'article 27 de la loi du 18 janvier 1991 qui a posé les principes que devait suivre l'attribution de la NBI en précisant que cet avantage doit bénéficier aux « emplois comportant une responsabilité et une technicité particulières ». Le législateur a toutefois renvoyé au décret pour préciser les emplois ouvrant droit au bénéfice de la NBI et fixer les conditions de son attribution. C'est en vertu de ce texte que l'article 1er du décret du 24 juillet 1991 portant attribution de la NBI à certains personnels de la fonction publique territoriale indique que « une NBI prise en compte pour le calcul de la retraite est versée mensuellement à raison de leurs fonctions » à certains fonctionnaires territoriaux parmi lesquels les attachés territoriaux exerçant les fonctions de secrétaire général dans les communes de 2 000 à 5 000 habitants. Le décret précise également le taux de la NBI pour chacune des catégories de fonctionnaires. L'article 2 du décret indique que la NBI est versée à compter du 1er août 1990 pour la catégorie dont relève Mme Soulier, et l'article 3 que la NBI cesse d'être versée lorsque le fonctionnaire quitte l'emploi au titre duquel il la percevait.

On voit donc que l'autorité territoriale n'a aucune marge d'appréciation pour l'attribution de cet avantage. Si elle constate qu'un fonctionnaire remplit les conditions d'attribution de la NBI, elle est tenue de la lui verser, alors que, dans le cas contraire, elle est tenue de la lui refuser. L'attribution de cet avantage ne nécessite d'ailleurs pas, en principe, l'intervention d'une décision, et si, dans l'affaire qui vous est soumise, le maire a pris une décision d'attribution de la NBI, c'est que Mme Soulier avait introduit une demande en ce sens, et qu'il fallait bien que le maire y réponde.

2°) Or, à s'en tenir à une lecture stricte de votre jurisprudence *Bussière*, une telle décision ne peut être créatrice de droits.

Le principe selon lequel les décisions à caractère purement pécuniaire ne sont pas créatrices de droits repose en effet sur l'idée selon laquelle, dès lors qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation pour prendre sa décision, l'autorité se borne à constater l'existence d'une situation juridique, si bien que son intervention ne saurait légalement modifier la situation juridique du destinataire de la décision, et qu'elle ne crée donc pas, littéralement, du droit. C'est ainsi que vous avez relevé dans votre décision *Bussière* que l'octroi par un préfet à un exploitant agricole de l'indemnité complémentaire de restructuration n'était pas créatrice de droits « dès lors que le préfet ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation pour attribuer ou

refuser cette indemnité ». Avant votre décision *Buissière*, vous vous étiez déjà référé à l'absence de pouvoir d'appréciation pour juger que des décisions à caractère pécuniaire n'étaient pas créatrices de droits dans vos décisions *Cazes* du 14 avril 1961, (Rec. p. 233) et *Forasetto* du 15 octobre 1969 (Rec. p. 437 : attribution d'une prime à la construction) ou encore *Secrétaire d'Etat à la culture c/ Association « la Comédie de Bourges »* (Rec. p. 231 : attribution d'une subvention à un centre d'art dramatique), et depuis votre décision *Buissière*, vous reprenez rituellement cette formulation. Ne créent ainsi pas de droits compte tenu de leur caractère purement pécuniaire, et dès lors que l'auteur de la décision ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation :

- la décision attribuant à un instituteur une indemnité de logement (CE, Sect., 26 oct. 1979, *Mme Mée et Mme Guitton*, Rec. p. 393 et 394 ; CE, 30 sept. 1987, *Epoux Clergeau*, Rec., tables, p. 530) ;

- la décision par laquelle est fixée le montant de restitutions communautaires à l'exportation (CE, 2 oct. 1981, *GIE Vipal*, Rec. p. 347) ;

- la décision accordant la prime unique de cessation d'activité laitière (CE, 5 déc. 1994, *Pétillon*, Rec., tables, p. 774) ;

- et, s'agissant des décisions ayant trait à la rémunération des fonctionnaires : l'attribution des chevrons qui ont pour seul objet de déterminer le traitement des militaires (CE, 22 oct. 1980, *Ronflet*, Rec. p. 380 ; 13 nov. 1998, *Mullender*, Rec. p. 406) ou encore l'attribution de l'allocation dont bénéficient les fonctionnaires ayant servi en Algérie (CE, 4 févr. 1981, *Medjebeur*, Rec., tables, p. 599).

Corrélativement, bien sûr, alors même qu'une décision présente un caractère pécuniaire, vous considérez qu'elle est créatrice de droits lorsque son auteur dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour attribuer un avantage. Vos décisions sont parfois explicites sur ce point et relèvent expressément l'existence d'un pouvoir d'appréciation. C'est ainsi que l'octroi d'une prime de rendement à un fonctionnaire implique une appréciation de la manière de servir de ce dernier et constitue pour ce motif une décision créatrice de droits (CE, 25 sept. 1987, *Ministre chargé des Postes et Télécommunications*, Rec., tables, p. 658), tout comme la délibération par laquelle un conseil municipal décide de cautionner un prêt (CE, 28 juill. 1993, *Commune de Faye d'Anjou*, Rec., tables, p. 797) ou encore la décision par laquelle l'administration fiscale accorde un paiement échelonné de la dette fiscale (CE, 18 mars 1994, *Ministre délégué au Budget c/ Association Gepod Formation*, Rec. p. 139). Et quand vos décisions ne l'indiquent pas, cette précision est apportée soit dans les conclusions des commissaires du gouvernement, soit dans les commentaires qu'en font les responsables du Centre de documentation du Conseil d'Etat (CE, Sect., 30 mars 1979, *Secrétaire d'Etat aux Universités et université de Bordeaux II*, Rec. p. 141, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer, AJDA 1979, n° 10, p. 18 et s., à propos de la dotation de fonctionnement attribuée à une université ; CE, Sect., 13 nov. 1981, *Commune de Houilles*, Rec. p. 410, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre, AJDA 1982, n° 2, p. 79 et s., à propos de la retenue opérée sur le traitement d'un fonctionnaire incarcéré).

3°) Si on applique les principes issus des décisions que nous venons de citer, il n'y aurait donc aucune hésitation à considérer que l'attribution initiale de la NBI à Mme Soulier n'est pas créatrice de droits si bien que le maire pouvait la retirer à tout moment, puisque le maire était en situation de compétence liée pour attribuer ou refuser cet avantage.

Mais comme l'avait déjà observé le président Labetoulle en concluant sur l'affaire *Buissière*, certaines de vos décisions jugent qu'une décision pécuniaire est créatrice de droits alors même que son auteur ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour l'attribuer. Tel est le cas pour les décisions concédant une pension (CE, 2 mai 1958, *Lassalle*, Rec. p. 256 ; 23 mai 1962, *Commune d'Arzew*, Rec. p. 336) ou encore de celles intervenues au titre de la réparation des dommages de guerre (CE, Sect., 3 juill. 1964, *Joligeon*, Rec. p. 385 ; 16 juin 1965, *Consorts Sturdza*, Rec. p. 365). De même vous aviez jugé en 1975, quelques mois avant votre décision *Buissière*, que l'attribution à un agriculteur de l'indemnité viagère de

départ constituait une décision créatrice de droits (CE, 9 avr. 1975, *Ministre de l'Agriculture et du Développement rural c/ Auvray*, Rec. p. 222). Dans son Cours, le président Odent considère que cette jurisprudence n'est pas contradictoire avec votre décision *Buissière* car la décision accordant l'indemnité viagère « intervient après une appréciation des conditions dans lesquelles le demandeur a exercé son activité » (Cours, p. 1110).

Même après votre décision *Buissière*, on trouve de nombreuses décisions où, alors même qu'une autorité ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour l'attribution d'un avantage financier, vous considérez que la décision attribuant cet avantage est créatrice de droits. Vous jugez ainsi que présente un tel caractère :

- la décision attribuant une aide à l'amélioration de l'habitat, tout en exerçant un contrôle normal sur la conformité des décisions refusant cette aide aux dispositions réglementaires qui en fixent les conditions d'attribution (CE, 12 janv. 1977, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat c/ Dalbos*, Rec. p. 19)

- un arrêté préfectoral attribuant, conformément aux conditions fixées par une délibération du conseil général, des subventions à un syndicat intercommunal (CE, 8 févr. 1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, Rec. p. 28) : dans ses conclusions sur cette affaire, le président Lasserre avait considéré que la fixation à l'avance par la délibération du conseil général des conditions d'attribution et du mode de calcul des subventions « ne privait pas l'autorité départementale du pouvoir d'apprécier, cas par cas, si la subvention pouvait, compte tenu de la nature de l'opération [...] être accordée » ;

- l'attribution de la dotation d'installation aux jeunes agriculteurs, alors même que les conditions d'attribution de cette aide sont fixées de façon parfaitement objective par la réglementation (CE, 16 mars 1990, *Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Machet*, Rec. p. 69), ou encore la décision attribuant une prime d'encadrement doctoral dans les conditions fixées par la réglementation applicable (CE, 8 mars 1993, *Morange*, Rec., tables, p. 594).

Si l'on quitte le domaine des décisions à caractère purement pécuniaire pour élargir la question aux autres hypothèses dans lesquelles vous considérez normalement qu'une décision n'est pas créatrice de droits parce qu'elle est recognitive, on retrouve la même interprétation souple de l'exigence d'appréciation. C'est ainsi par exemple que dans une décision *Entreprise à responsabilité limitée Matrey* du 3 juillet 1998 (Rec., tables, p. 676), vous avez considéré que le transfert de quantités de référence laitières constituait pour son bénéficiaire une décision créatrice de droits, en relevant que le préfet devait, pour prendre cette décision, « apprécier si le repreneur d'une exploitation agricole entend poursuivre la production laitière ».

Si on applique cette interprétation plus souple de votre jurisprudence *Buissière*, qui admet que, dès qu'il existe une certaine forme d'appréciation sur les conditions fixées pour l'attribution d'un avantage, la décision en reconnaissant le bénéfice est créatrice de droits, la réponse à la question posée par l'affaire qui vous est soumise est moins évidente. Certes, pour attribuer la NBI, l'autorité territoriale n'a en principe qu'à s'assurer de ce que le fonctionnaire exerce bien les fonctions mentionnées à l'article 1er du décret du 24 juillet 1991. Sans doute lorsqu'il s'agit, comme dans le cas de Mme Soulier, de savoir si ce fonctionnaire est un « attaché territorial exerçant les fonctions de secrétaire général », la marge d'appréciation de l'autorité est fort réduite, mais qu'en sera-t-il lorsque l'autorité devra s'assurer que le fonctionnaire est un « agent d'entretien [...] exerçant des fonctions à caractère polyvalent » au sens du 11° de l'article 1er ou, plus encore, un « attaché assurant des fonctions d'encadrement d'un service requérant une technicité en matière de gestion des ressources humaines, de gestion des achats et des marchés publics, de gestion immobilière et foncière, de contentieux ou d'actions liés au développement et à l'aménagement de la collectivité » au sens du 54° du même article ? Qu'en sera-t-il lorsqu'elle devra vérifier que le fonctionnaire exerce ses fonctions « à titre principal [...] dans les services et équipements publics en relation directe avec la population des grands ensembles ou quartiers d'habitat dégradés » ? Pourrez vous alors affirmer sérieusement que l'autorité ne doit pas apprécier, pour attribuer la NBI, le caractère principal des fonctions exercées ou encore le caractère direct de la relation avec la population ? On peut penser d'ailleurs, de façon générale, que les

gestionnaires de ressources humaines dans l'administration seraient fort étonnés si vous leur expliquiez doctement qu'ils ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation pour l'attribution de la NBI...

Tout ceci montre à nos yeux que la notion de décisions à caractère pécuniaire qui, pour cette raison, ne seraient pas créatrices de droits, ne repose pas sur une définition rigoureuse. Il suffit d'ailleurs pour s'en convaincre de rappeler que dans un tout autre domaine, celui de la recevabilité des conclusions indemnitaires, vous utilisez la même notion de « décision à caractère purement pécuniaire » mais qui alors recouvre une réalité totalement différente. Vous jugez en effet depuis votre décision de Section *Lafon* du 2 mai 1959 (Rec. p. 282) que, lorsqu'une décision purement pécuniaire est devenue définitive, son destinataire n'est pas recevable à demander par la voie du recours indemnitaire la réparation du préjudice subi en raison de l'illégalité de cette décision. Or vous n'établissez d'ailleurs très logiquement aucun lien entre le champ d'application de cette jurisprudence et l'étendue du pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration pour prendre la décision pécuniaire. Les mêmes mots désignent donc dans votre jurisprudence des notions tout à fait différentes.

B) Mais, après tout, s'il n'était question que de sémantique et même d'incertitude sur les contours exacts d'une notion jurisprudentielle, vous pourriez fort bien continuer à vous accommoder de la situation actuelle. Peut-être cela vous conduirait-il à juger que dans le cas de Mme Soulier, la décision d'attribution de la NBI est créatrice de droits, ce qui constituerait sans doute une légère inflexion des principes consacrés par votre jurisprudence *Buissière* mais sans remettre en cause l'idée selon laquelle les décisions pécuniaires ne sont pas en principe créatrices de droit. Vous maintiendriez ainsi un certain flou dans la jurisprudence, mais préserver la marge de manoeuvre du juge n'est pas toujours une politique jurisprudentielle condamnable. Si nous vous invitons finalement à revenir plus radicalement sur votre jurisprudence *Buissière*, ce n'est donc pas seulement pour des raisons strictement juridiques mais également parce que trois mouvements récents de votre jurisprudence justifient en opportunité cette évolution.

1°) Le premier de ces mouvements nous l'avons déjà mentionné au début de nos conclusions. C'est votre décision *Ternon* qui a modifié le régime juridique des décisions explicites créatrices de droits en découplant délai de recours contentieux et délai de retrait. Cette importante évolution, largement commentée par la doctrine, a pour conséquence, et telle était d'ailleurs votre intention, de renforcer sensiblement la sécurité juridique des administrés, puisque désormais le défaut de publication d'une décision créatrice de droits, ou même sa contestation devant le juge, ne permettra plus, au-delà d'un délai de quatre mois, à l'autorité administrative de retirer cette décision. Sur le plan théorique, cette évolution est sans incidence sur la question qui vous est aujourd'hui soumise, puisque, avant comme après votre décision, le régime juridique des décisions créatrices de droits et de celles qui ne le sont pas était déjà nettement distinct. Mais en pratique, chacun voit bien qu'il en va tout autrement. Compte tenu de votre jurisprudence *Ville de Bagneux*, le régime juridique des décisions pécuniaires créatrices de droits n'était finalement en pratique pas si différent de celui des actes non créateurs de droits, puisque le retrait de ces décisions, qui ne sont généralement pas publiées alors même qu'elles sont souvent contestables par les tiers, était possible sans délai. Par conséquent, si vous pouviez vous contenter jusqu'à maintenant d'une définition approximative de la notion de décisions pécuniaires, compte tenu des incidences juridiques limitées de cette incertitude, l'intervention de la jurisprudence *Ternon* modifie radicalement cette situation. Et nous pensons que vous ne pouvez vous satisfaire d'une définition incertaine lorsque les conséquences pratiques sont d'une telle importance pour les justiciables.

2°) La deuxième évolution jurisprudentielle dont vous devez tenir compte est celle qui a été consacrée par votre décision de Section *Montaignac* du 3 février 1999 (Rec. p. 6, chron. F. Raynaud et P. Fombeur, AJDA 1999, p. 567 et s.). Vous avez restreint par cette décision la notion de compétence liée, pour juger du caractère inopérant des moyens invoqués par le justiciable, aux seules décisions dans lesquelles l'autorité administrative se borne à constater des éléments matériels, « sans avoir à porter une appréciation sur les faits de l'espèce ». Cette évolution procède finalement de la même philosophie que celle qui inspire le courant jurisprudentiel retenant une interprétation souple de votre décision *Buissière* : ne disposer

d'aucun pouvoir d'appréciation au sens de cette jurisprudence, ce n'est pas seulement être en situation de décider discrétionnairement de l'attribution d'un avantage, mais également ne pas être conduit à porter une appréciation sur la situation de celui qui demande à bénéficier de cet avantage au regard des conditions fixées par la réglementation. Comme l'écrivaient en commentant votre décision *Montaignac* F. Raynaud et P. Fombeur, cela montre qu'entre l'exercice par l'administration de son pouvoir discrétionnaire et la compétence liée, il existe une gradation de situation. Votre jurisprudence postérieure a d'ailleurs confirmé la déconnexion croissante entre la compétence liée et des principes qu'on lui croyait fermement associés, comme par exemple la faculté pour l'administration de prononcer une substitution de motifs. Vous avez ainsi jugé par votre décision *Fadiadji* du 26 février 2001, qui sera publiée au *Recueil*, que vous pouviez décider d'une substitution de base légale qui s'apparente en réalité à une substitution de motifs pour fonder un arrêté de reconduite à la frontière. Nous déduisons de cette évolution de la notion de compétence liée non seulement qu'une inflexion *a minima* de votre jurisprudence *Buissière* est cohérente avec cette évolution, mais aussi que cela montre que peu de décisions pécuniaires resteraient non créatrices de droits si bien qu'une remise en cause plus radicale de la jurisprudence qui aurait l'avantage de conférer une plus grande sécurité juridique aux citoyens ne serait pas un si grand bouleversement.

3°) Car nous pensons que cette remise en cause est en outre inévitable à terme. Nous arrivons ici à une troisième évolution jurisprudentielle dont l'origine se trouve non au Palais Royal mais à Luxembourg. Vous avez jugé par votre décision d'Assemblée du 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres* (concl. F. Séners, RFDA 2002, p. 33) que le principe de confiance légitime était invocable devant vous, même à l'encontre des actes de droit interne, lorsque ces actes sont intervenus dans une matière régie par le droit communautaire. Or, il se trouve que la jurisprudence de la Cour de justice rattache aujourd'hui au principe de confiance légitime une construction jurisprudentielle qui a préexisté à la reconnaissance de ce principe et qui a trait justement aux conditions dans lesquelles peuvent être retirées les décisions administratives favorables. La Cour de justice a en effet très tôt transposé en droit communautaire votre théorie du retrait des actes administratifs. C'est ainsi que par un arrêt du 12 juillet 1957, *Mlle Dineke Algera et autres* (Rec. p. III-81), rendue sur les conclusions d'un avocat général qui connaissait fort bien votre jurisprudence, puisqu'il s'agissait de M. Lagrange, la Cour de justice a jugé que le retrait d'un acte générateur d'un droit subjectif n'était pas possible lorsque cet acte est légal, mais elle a en revanche admis « d'accord avec les conclusions de M. l'avocat général [...] le principe de la révocabilité des actes illégaux au moins pendant un délai raisonnable ». C'est dans une autre affaire, soumise à la Cour en 1962, que cette dernière a précisé sa jurisprudence en ce qui concerne les décisions pécuniaires présentant un caractère reconnaissant. Contrairement cette fois aux conclusions de l'avocat général Lagrange, la Cour a jugé par un arrêt du 12 juillet 1962, connu sous le nom de *Hoogovens*, que l'attribution d'une exonération alors même qu'elle présentait un caractère reconnaissant n'empêchait pas que « même dans ce cas, le facteur temps puisse jouer un rôle et que l'autorité compétente ne puisse procéder à un retrait avec effet rétroactif qu'en tenant compte du fait que les bénéficiaires de la décision retirée pouvaient présumer de bonne foi qu'ils ne devaient pas payer de contributions [...], et gérer leurs affaires en se fiant à la stabilité de cette situation » (CJCE, 12 juill. 1962, aff. 14/61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken NV c/ Haute Autorité de la Communauté*, Rec. p. VIII-485, point 6).

Comme vous le savez l'application par la Cour de justice du principe de confiance légitime repose aujourd'hui sur un faisceau d'indices qui conduit le juge communautaire à confronter l'apparence de légalité d'un acte au caractère raisonnable du délai dans lequel le retrait de cet acte intervient. Il n'existe pas comme dans votre jurisprudence de délai précis limitant le pouvoir de retrait d'un acte, l'appréciation sur le caractère raisonnable du délai étant portée au cas par cas. C'est ainsi que depuis l'arrêt *Hoogovens* le caractère reconnaissant d'une décision ne semble plus intervenir dans la jurisprudence de la Cour que comme un des indices du bilan auquel se livre le juge pour apprécier l'atteinte portée au principe de confiance légitime. La Cour considère ainsi qu'un acte que vous regarderiez sans doute comme une décision purement pécuniaire, à savoir l'attribution à un fonctionnaire d'une prestation analogue à une allocation d'invalidité pour maladie professionnelle, constitue un acte administratif favorable qui ne peut être retiré que dans un délai raisonnable (CJCE, 17 avr. 1997, aff. C 90/95, *De*

Compte c/ Parlement, Rec. p. I-1999, point 35). Il suffit de considérer des hypothèses où, alors même que la matière était régie par le droit communautaire, vous avez opposé le caractère purement pécuniaire d'une décision pour juger que celle-ci pouvait être retirée même après plusieurs années (V. par exemple pour les décisions relatives à l'attribution de la prime de cessation d'activité laitière prévue par un règlement communautaire, CE, 5 déc. 1994, *Pétillon*, préc.), pour en conclure que la prise en considération du principe de confiance légitime conduira inéluctablement à une évolution de votre jurisprudence. Et il sera alors difficile de justifier en opportunité que les conditions de retrait de décisions dont l'objet est quasiment similaire puissent être aussi différentes.

C) Quelles objections peut-on alors faire à l'idée selon laquelle les décisions pécuniaires qui accordent un avantage financier seraient créatrices de droits ? Si l'on en croit les auteurs de la chronique de l'*AJDA* commentant votre décision *Buissière*, et ils sont généralement bien informés, le principal fondement de cette jurisprudence serait à rechercher « dans la volonté du juge administratif d'appliquer des règles protectrices des deniers publics ». Et ces auteurs se réfèrent, tout comme le président Odent lorsqu'il présente dans son Cours la notion de décisions purement pécuniaires, à votre décision de Section *Mergui* du 19 mars 1971 (Rec. p. 235) selon laquelle toute collectivité publique ne doit pas être condamnée à verser une somme qu'elle ne doit pas. Nous croyons donc nécessaire de répondre à cette objection et nous le ferons en formulant deux observations et deux propositions, ces deux dernières ayant pour objet de préciser la portée de ce que nous vous invitons à juger.

1°) Commençons par les deux observations.

a) L'argument de la protection des deniers publics nous paraît peu pertinent. D'abord parce que l'illégalité de la décision pécuniaire initiale, même si elle n'est pas créatrice de droits, révèle une faute de l'administration de nature à justifier une action indemnitaire. Vous considérez ainsi qu'une faute commise par l'administration à l'occasion du versement du traitement d'un fonctionnaire, par exemple en s'abstenant de lui appliquer la réglementation sur les cumuls de rémunération, est de nature à engager la responsabilité de la puissance publique (CE, Sect., 18 juin 1937, *Brandon*, Rec. p. 608, concl. Lagrange ; S. 1937, 3, p. 64 et s. ; CE, 29 déc. 1999, *Chigot*, Rec., tables, p. 1020). Sans doute dans l'appréciation que vous seriez alors conduits à porter ne vous amènerait-elle pas à admettre l'indemnisation de l'intégralité du préjudice subi par celui qui est alors dans l'obligation de restituer les sommes qu'il a perçues à tort. Mais ce n'est donc pas en favorisant le retrait des décisions pécuniaires de l'administration que vous protégeriez de façon certaine cette dernière contre tout risque financier. Et d'ailleurs, bien des décisions dont vous admettez aujourd'hui qu'elles sont créatrices de droits, peuvent avoir des incidences financières parfois bien plus considérables que des décisions purement pécuniaires : qu'on songe seulement à la titularisation d'un fonctionnaire qui engage les finances publiques pour de longues années.

b) Ce souci budgétaire nous paraît par ailleurs, et c'est notre deuxième observation, peu en phase avec les dispositifs spécifiques mis en place par le législateur pour la plupart des décisions pécuniaires. Comme nous vous l'avons dit plus tôt, les décisions concédant des pensions sont créatrices de droits, et l'article L. 55 du code des pensions organise les conditions particulières de leur remise en cause, qui ne peut intervenir et d'ailleurs seulement en cas d'erreur de droit, plus d'un an après la concession de la pension. De même en matière fiscale, l'administration fiscale, qui est pourtant en situation de compétence liée lorsqu'elle établit l'impôt, ne peut revenir sur un dégrèvement, en vertu des règles particulières qui régissent son droit de reprise, que dans un délai généralement fixé à trois ans. Au-delà de ce délai, les décisions d'imposition favorables, même illégales, deviennent intangibles. En outre, depuis une loi du 8 juillet 1987, le livre des procédures fiscales prévoit à son article L. 80 B que lorsque l'administration prend formellement position sur l'appréciation de la situation de fait d'un contribuable au regard d'un texte fiscal, ce contribuable peut lui opposer cette prise de position tant que celle-ci n'aura pas été rapportée. Et si l'administration remet en cause cette prise de position, elle ne pourra bien entendu en tirer de conséquences que pour l'avenir. La Cour de cassation raisonne d'ailleurs de manière très proche, cette fois sans l'aide d'aucun texte, en ce qui concerne le contentieux des cotisations de sécurité sociale : lorsque l'administration a pris expressément position sur l'interprétation d'un texte au regard de la

situation d'un redevable de ces cotisations, elle ne peut remettre en cause cette prise de position que pour l'avenir (Cass. soc., 9 mars 1972, Bull. civ. V, n° 208 ; 15 mars 1973, Bull. civ. V, n° 167). On voit donc mal pour quelles raisons impérieuses vous devriez priver les citoyens, lorsqu'ils bénéficient de décisions pécuniaires favorables, de garanties que le législateur leur a reconnues dans des domaines où pourtant les enjeux financiers pour l'Etat sont autrement plus sensibles. Nous pensons au contraire que vous ne pouvez rester insensibles à l'attitude du législateur qui, de plus en plus souvent et notamment en matière fiscale, fait prévaloir la sécurité juridique des citoyens sur des considérations strictement financières.

2°) Nous en venons maintenant aux deux propositions que nous souhaitons vous soumettre afin de bien préciser la portée de la décision que nous vous invitons à rendre.

a) Notre première proposition a trait aux erreurs qui peuvent être commises par l'administration lors de la liquidation de créances sur les collectivités publiques. Nous pensons que vous devez laisser ces erreurs soigneusement en dehors du champ des actes créateurs de droits pour deux raisons. La première c'est que ce ne sont pas à proprement parler des décisions, puisque l'origine de la créance est antérieure à la mesure de liquidation proprement dite. La seconde c'est que la théorie de la répétition de l'indu, si elle ne s'oppose certainement pas à ce que les décisions pécuniaires soit regardées comme créatrices de droit, puisqu'elles constituent bien un titre juridique qui fonde la créance détenue sur l'Etat, fait en revanche sans doute obstacle à ce que les erreurs de liquidation, pour lesquelles aucun droit reconnu ne préexiste, ne puissent donner lieu à correction. Vous ne remettrez donc pas en cause votre jurisprudence ancienne qui autorise l'administration à revenir sans délai sur les simples erreurs de liquidation (CE, 11 mars 1927, *Dame Lehoux*, Rec. p. 322 ; 2 juin 1937, *Puybaureau*, Rec. p. 546 ; 29 nov. 1950, *Rayrole*, Rec. p. 585 et, pour des applications plus récentes, CE, 13 nov. 1998, *Dexter*, n° 184145 ; 5 sept. 2001, *SIVEER c/ Lachaise*, n° 217209).

b) La deuxième proposition nécessite davantage de développements. Elle a trait à l'étendue des conséquences que comporte à nos yeux le caractère créateur de droits de la plupart des décisions pécuniaires, et notamment de celle sur laquelle vous avez aujourd'hui à vous prononcer : interdit-elle toute remise en cause, y compris pour l'avenir, des droits attachés à la décision initiale, ou bien l'administration conserve-t-elle au contraire la faculté d'abroger cette décision, et d'en limiter ainsi les effets au passé ?

(i) La doctrine considère généralement que les actes créateurs de droits ne peuvent être remis en cause ni pour le passé, ni pour l'avenir. J.-M. Auby indique ainsi dans l'étude qu'il a consacrée à l'*AJDA* (1967, p. 131 et s.) à l'abrogation des actes administratifs, que « l'acte individuel ne peut être abrogé et ses effets ne peuvent disparaître que du fait d'un acte contraire ». Vous considérez d'ailleurs que c'est seulement lorsqu'une décision non réglementaire n'a pas créé de droits que « toute personne intéressée peut demander à l'autorité compétente de procéder à [son] abrogation [...], lorsque cette décision est devenue illégale à raison de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicton » (CE, Sect., 30 nov. 1990, *Association « Les Verts »*, Rec. p. 339 ; CE, 26 mars 2001, *Association pour la gratuité de l'autoroute A 8*, qui sera mentionnée aux tables). Vous avez ainsi considéré par votre décision *Pain* du 21 janvier 1991 (Rec., tables, p. 692) qu'une autorité ne peut abroger une décision créatrice de droits que si le délai de recours contentieux n'est pas expiré.

Mais cette présentation est pourtant excessivement simplificatrice et votre jurisprudence est en réalité plus nuancée. Il est en effet de nombreux domaines où vous admettez que des décisions créatrices de droits puissent être remises en cause pour l'avenir. C'est le cas d'abord pour les décisions conditionnelles. Contrairement à ce qu'on indique parfois à tort ces décisions sont bien créatrices de droits : c'est ce que vous avez jugé à plusieurs reprises notamment pour des décisions pécuniaires comme la décision d'accorder une dotation à une université subordonnée à une condition relative au fonctionnement de cet établissement (CE, Sect., 30 mars 1979, *Secrétaire d'Etat aux Universités et université de Bordeaux II*, préc.) ou encore l'attribution de subventions destinées à alléger la charge d'emprunt d'un syndicat

intercommunal (CE, 8 févr. 1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, préc.). Dans ces deux cas, c'est parce que vous avez estimé que la condition qui avait justifié initialement l'attribution de l'avantage n'était plus remplie que vous avez admis la remise en cause de cet avantage pour l'avenir. Un autre domaine important où vous admettez que des décisions créatrices de droits puissent être abrogées est celui des autorisations de police. Comme l'indique le président Odent (Cours p. 1124) « d'une façon générale, l'existence de droits acquis résultant d'une décision administrative individuelle ne s'oppose jamais à ce qu'il soit mis fin à une autorisation ou un agrément donnés lorsque les conditions dont la réunion avait justifié cette autorisation ou cet agrément cessent d'être remplies », idée qu'illustre d'ailleurs l'un de vos *Grands arrêts*, la décision *Labonne* du 8 août 1919 (Rec. p. 737).

Nous ne voyons aucune raison de limiter ce raisonnement aux autorisations de police et aux agréments. La distinction qui nous paraît pertinente, pour déterminer les hypothèses dans lesquelles l'autorité administrative a la faculté de prononcer l'abrogation d'un acte individuel, ne passe pas seulement entre la décision créatrices de droits et les autres décisions, mais, au sein même de la catégorie des décisions créatrices de droit, entre celles qui nécessitent que l'appréciation soit portée à l'origine mais une fois pour toutes, et celles pour lesquelles l'autorité administrative est amenée à s'interroger, à intervalles réguliers ou de façon continue, sur le point de savoir si les conditions qui ont justifié l'intervention de la décision initiale sont toujours réunies. Ainsi, la délivrance d'un permis de construire, l'attribution de la nationalité française ou encore la titularisation d'un fonctionnaire n'exigent de l'autorité administrative qu'une appréciation initiale sur la justification par l'intéressé des conditions requises pour prétendre aux droits attachés à ces décisions. C'est pour cette raison que, même si ces décisions produisent des effets après leur intervention, leur abrogation équivaut en réalité au retrait de la décision initiale. En revanche, lorsque le bénéfice d'un droit est subordonné à l'exigence selon laquelle les conditions ayant justifié l'attribution de ce droit sont à chaque instant réunies, la théorie des décisions créatrices de droits n'interdit pas à l'autorité administrative, lorsque les conditions ne sont plus réunies, de les remettre en cause pour l'avenir.

(ii) Or nous avons observé que la plupart du temps, lorsque vous avez été amené à vous prononcer sur des décisions remettant en cause l'attribution par l'administration d'un avantage financier, ces décisions n'entraînaient une remise en cause que pour l'avenir.

La formulation de vos décisions ne permet pas toujours d'en être certain car elles utilisent souvent, comme d'ailleurs la décision *Buissière*, l'expression « rapporter » qui ne permet pas de savoir si la décision attaquée avait pour objet de retirer rétroactivement la décision initiale ou simplement de l'abroger. Mais certaines de vos décisions le font néanmoins apparaître. C'est ainsi que dans votre décision *Medjebour* du 4 février 1981, précitée, la décision attaquée avait pour objet de remettre en cause l'attribution d'une indemnité à compter de la date de son intervention ; de même dans votre décision *Dame Trebosc* du 21 mai 1971 (Rec. p. 374), vous jugez légale, au motif qu'elle rapporte l'attribution d'un indice de traitement présentant un caractère purement pécuniaire intervenue en 1963, une décision de 1968 fixant un nouvel indice de traitement à compter du 1er janvier 1968. Et tel était d'ailleurs également le cas de l'affaire *Buissière* elle-même : la décision elle-même n'en dit rien mais une lecture attentive des conclusions du président Labetoulle fait apparaître que le préfet avait renoncé pour le passé à demander à M. Buissière de reverser les sommes qui lui avaient été versées à tort. Le seul enjeu était donc là aussi la suppression du versement de l'indemnité pour l'avenir.

D'autres décisions, comme les décisions de Section *Mmes Mée* et *Guillon* du 26 octobre 1979, précitées, font en revanche apparaître que l'enjeu de la qualification d'acte créateur de droits était lié au reversement des sommes perçues à tort, et il pourra enfin arriver que des décisions que vous considérez comme purement pécuniaires reposent seulement sur l'appréciation initiale des conditions dont il devait être justifié pour obtenir l'avantage en cause, si bien qu'elles ne pourront être abrogées. Nous ne prétendons donc pas que l'abandon de la jurisprudence *Buissière* serait sans incidence mais le bouleversement ne sera probablement pas si grand en pratique, simplement parce que l'attitude spontanée de

l'administration consiste sans doute, lorsqu'elle prend tardivement conscience de l'illégalité de l'attribution d'un avantage financier, à ne pas demander le reversement des versements déjà effectués, lorsque l'intéressé est de bonne foi.

Nous ne vous invitons finalement qu'à codifier, dans la jurisprudence, cette bonne pratique de l'administration, et seulement bien entendu lorsque l'attribution de l'avantage procède d'une véritable décision et non, seulement, d'une erreur commise dans la liquidation d'une créance détenue sur une personne publique. Ce faisant vous ne ferez d'ailleurs que renouer avec votre jurisprudence *Dame Cachet* du 3 novembre 1922 (Rec. p. 790) puisque, comme l'observait déjà le président Labetoulle en 1976, cette décision a été rendue précisément à propos d'une décision pécuniaire, l'attribution d'une indemnité pour pertes de loyers. Et à l'époque cette circonstance n'avait paru constituer un obstacle dirimant à la reconnaissance du caractère créateur de droits de cette décision ni à votre commissaire du gouvernement, M. Rivet, ni au doyen Hauriou. Plus qu'à un revirement, c'est donc à un retour aux sources que nous vous invitons.

II - Si vous nous avez suivi, il vous faudra donc censurer l'erreur de droit commise par la cour qui a jugé que l'attribution de la NBI à Mme Soulier n'était pas créatrice de droits dès lors qu'elle présentait un caractère purement pécuniaire. Saisi par la voie de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, vous devrez alors statuer sur les conclusions de Mme Soulier tendant à l'annulation de la décision attaquée, en faisant application des principes que nous venons d'indiquer.

1°) Vous conclurez à l'annulation de cette décision en tant qu'elle porte retrait de l'attribution initiale de la NBI puisque, à supposer cette décision initiale illégale, le maire ne pouvait la retirer plus de quatre mois après sa signature.

2°) Mais cette décision avait également pour objet de remettre en cause pour l'avenir l'attribution de cet avantage.

a) Or, il nous semble que vous vous trouvez ici typiquement dans une hypothèse où vous devrez admettre la légalité de l'abrogation d'une décision créatrice de droits. L'article 1er du décret du 24 juillet 1991, que nous avons mentionné plus tôt, dispose en effet que la NBI est versée à certains fonctionnaires territoriaux « à raison de leurs fonctions ». Cela signifie à nos yeux qu'il appartient à l'autorité administrative de s'assurer à chaque instant de ce que le fonctionnaire auquel est attribué la NBI exerce effectivement les fonctions ouvrant droit au bénéfice de cet avantage. C'est ainsi notamment que si un fonctionnaire venait à cesser d'exercer ces fonctions, il va de soi qu'il n'aurait aucun droit acquis au maintien de cet avantage. Or, ce que le maire peut faire dans cette hypothèse, il doit également pouvoir le faire lorsque le fonctionnaire ne remplissait pas les conditions d'attribution de la NBI dès l'origine, et il peut à nos yeux le faire parce qu'il lui appartient de vérifier à tout instant que les fonctionnaires bénéficiant de la NBI justifient remplir les conditions fixées pour l'attribution de cet avantage.

b) Bien entendu, la décision ne peut être légale, en tant qu'elle met fin à l'attribution de la NBI que si cet avantage ne peut être attribué aux agents, qui, comme Mme Soulier, sont placés en congé de longue durée.

(i) Mais tel est croyons-nous ce qu'implique nécessairement votre jurisprudence sur les conditions d'attribution de la NBI. En effet, à défaut de travaux préparatoires très explicites sur la portée de l'article 27 de la loi de 1991, qui avait été adopté selon la procédure instituée par l'article 49, alinéa 3, de la Constitution, vous avez interprété ces dispositions en jugeant, par votre décision *Wacheux* du 9 septembre 1994 (Rec., tables, p. 1009) que le bénéfice de la NBI est « lié non au corps d'appartenance ou aux grades des fonctionnaires, mais aux emplois qu'ils occupent, compte tenu de la nature des fonctions attachées à ces emplois ». Vous en avez déduit qu'un tel avantage ne comportait dès lors pas un « caractère statutaire » et que son bénéfice a « un caractère temporaire qui cesse [...] avec la cessation des fonctions y ouvrant droit ». Vous faites depuis constamment application de ces principes ce qui vous a amené à considérer que l'exercice de certaines fonctions pouvait à lui seul ouvrir droit au

bénéfice de la NBI (CE, 2 févr. 1998, *Robert*, Rec., tables, p. 991), mais qu'en revanche la NBI ne peut être attribuée lorsque l'emploi y ouvrant droit n'est pas occupé par l'agent titulaire de cet emploi mais par un agent occupant occasionnellement ces fonctions par intérim (CE, 14 juin 2000, *Bizeul*, qui sera mentionnée aux tables).

Votre jurisprudence exige donc, selon nous, que deux conditions soient cumulativement réunies pour bénéficier de la NBI : il faut d'abord que l'agent soit titulaire de l'emploi ouvrant droit au bénéfice de la NBI, ou qu'il soit affecté de manière permanente à cet emploi, mais il faut également que l'agent exerce les fonctions attachées à cet emploi. Mais que recouvre exactement la notion d'exercice des fonctions ?

(ii) Mme Soulier soutient qu'il suffit d'être en position d'activité pour remplir cette condition, et, comme elle le fait valoir vigoureusement, un fonctionnaire placé en congé de longue durée reste en position d'activité. Vous en avez déduit que certains principes, comme l'interdiction du cumul avec une activité rémunérée (CE, 23 oct. 1968, *Berteau*, Rec. p. 510) ou encore la soumission au régime disciplinaire des fonctionnaires en exercice (CE, 11 mai 1979, *Dupouy*, Rec., tables, p. 781), continuaient de s'appliquer au fonctionnaire en congé de longue maladie ou de longue durée. Vous avez même jugé qu'un fonctionnaire territorial placé en congé de longue durée doit être regardé comme occupant effectivement son emploi (CE, 19 juin 1992, *Commune de Bruguières c/ Mme Raynal*, Rec., tables, p. 766).

(iii) Mais si vous interprétez comme nous votre jurisprudence comme associant l'attribution de la NBI non seulement à l'emploi mais également à l'exercice effectif des fonctions, vous devrez écarter cette argumentation.

En effet, la notion d'exercice des fonctions est distincte de celle d'occupation effective d'un emploi, ce qui se déduit d'ailleurs du texte même des articles des lois de 1984 et 1986 organisant le droit à congé des fonctionnaires. Ces textes subordonnent en effet explicitement le bénéfice des congés de maladies et de longue maladie à la condition que le fonctionnaire soit mis « dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions », ce qui montre bien qu'un fonctionnaire peut à la fois rester en position d'activité et continuer d'occuper effectivement son emploi sans pour autant exercer ses fonctions. Par conséquent, lorsque votre jurisprudence indique que la NBI prend fin « avec la cessation des fonctions y ouvrant droit », elle subordonne le maintien de la NBI à une condition qui va au-delà de l'occupation effective de l'emploi et qui exige en outre l'exercice effectif des fonctions correspondants à cet emploi.

En outre cette condition d'exercice effectif des fonctions découle nécessairement des objectifs que poursuit la NBI, puisque cet avantage a été créé, comme l'ont relevé de nombreux auteurs, pour prendre en considération l'exercice d'une responsabilité particulière ou la mise en oeuvre d'une technicité particulière (A. Homé, la NBI dans la fonction publique de l'Etat, AJFP 1998, p. 14 et s. ; S. Salon et J.-C. Savignac, Fonction publique de l'Etat : la rémunération et la grille, AJDA 1994. p. 446 et s.).

Nous pensons donc qu'un fonctionnaire en congé de longue durée n'a pas droit, pour cette raison, au bénéfice de la NBI. Vous ne trancherez aujourd'hui que cette question et ne vous prononcerez pas en revanche sur la question de l'attribution de cet avantage aux fonctionnaires bénéficiant d'autres congés. Dans ce cas d'ailleurs, les décrets en Conseil d'Etat intervenus en 1993 et 1994 dans chacune des trois fonctions publiques pour préciser la situation des fonctionnaires en congé au regard de l'attribution de la NBI, s'ils excluent son maintien en cas de congé de longue durée, l'admettent en revanche pour les congés annuels, les congés de maladie, et même, dans certaines circonstances, de longue maladie.

III - Si vous nous avez suivi, vous ferez donc droit aux conclusions de la demande de Mme Soulier mais seulement en tant qu'elles tendent à l'annulation du retrait de la décision lui attribuant initialement la NBI. Vous accueillerez néanmoins les conclusions de la requérante tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative tant devant vous que devant le juge d'appel.

Par ces motifs nous concluons : à l'annulation des articles 3 et 4 de l'arrêt attaqué, à

l'annulation de l'arrêté du maire de Castries en date du 7 juin 1993, en tant qu'il a un effet rétroactif, au rejet du surplus des conclusions de Mme Soulier et à la condamnation de la commune de Castries à verser à Mme Soulier la somme de 4 000 €.

Annexe

Conseil d'Etat, Section, 6 novembre 2002, *Mme Soulier*

Requête par laquelle Mme Soulier demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler sans renvoi l'arrêt du 2 mai 2000 de la cour administrative d'appel de Marseille en tant qu'il a refusé d'annuler l'arrêté du 7 juin 1993 par lequel le maire de Castries a retiré l'arrêté en date du 25 août 1992 lui accordant le bénéfice d'une nouvelle bonification indiciaire de 30 points ;

2°) de condamner la commune de Castries à lui verser la somme de 15 000 F au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Vu les autres pièces du dossier ; Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; Vu la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 ; Vu le décret n° 91-711 du 24 juillet 1991 ; Vu le code de justice administrative ;

Considérant que 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 ; que 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 ; que Mme Soulier se pourvoit en cassation contre cet arrêt, en tant qu'il a rejeté sa demande au fond ;

Sur le pourvoi :

Considérant qu'aux termes de l'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 » ; qu'en application du IV du même article, ces dispositions ont été étendues par décret en Conseil d'Etat du 24 juillet 1991 aux fonctionnaires territoriaux ; qu'aux termes de l'article 1er de ce décret la nouvelle bonification indiciaire est « versée mensuellement à raison de leurs fonctions aux fonctionnaires territoriaux (...) » ;

Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ;

Considérant qu'une décision administrative accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage ; qu'en revanche, n'ont pas cet effet les mesures qui se bornent à procéder à la liquidation de la créance née d'une décision prise antérieurement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'arrêté du 25 août 1992 du maire de Castries a eu pour objet, conformément à la demande présentée par l'intéressée, d'accorder à Mme Soulier le bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire prévue par les dispositions susrappelées ; que cet arrêté n'est pas une simple mesure de liquidation d'une créance résultant d'une décision antérieure et constitue une décision créatrice de droits ; que, dès lors, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en jugeant que, faute pour le maire de disposer d'un pouvoir d'appréciation pour attribuer ou refuser cet avantage à caractère exclusivement pécuniaire, sa décision pouvait être retirée à tout moment ; que, par suite, Mme Soulier est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué, en tant qu'il a rejeté ses conclusions au fond ;

Considérant qu'il y a lieu de régler l'affaire au fond, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant que le bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire, instituée par les dispositions susrappelées de la loi du 18 janvier 1991 et du décret du 24 juillet 1991, ne constitue pas un avantage statutaire et n'est lié ni au cadre d'emplois, ni au grade mais dépend seulement de l'exercice effectif des fonctions qui y ouvrent droit ; que le congé de longue durée, bien que correspondant à l'une des positions d'activité du fonctionnaire, n'implique l'exercice effectif d'aucune fonction ; que Mme X..., placée en congé de longue durée, n'avait ainsi pas droit au bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire ; qu'il résulte toutefois de ce qui a été dit ci-dessus qu'eu égard à son caractère d'acte créateur de droits, la décision du 25 août 1992 lui attribuant cet avantage ne pouvait pas être légalement retirée après l'expiration du délai de quatre mois suivant son édicition ;

Considérant, en revanche que, le maintien du bénéfice de cette bonification est subordonné à la condition que l'intéressé exerce effectivement ses fonctions ; que l'autorité compétente pouvait, dès lors que cette condition n'était pas remplie, supprimer cet avantage pour l'avenir ;

Considérant que la décision litigieuse du 7 juin 1993 n'est, par suite, illégale qu'en tant qu'elle a eu pour objet de revenir sur l'attribution de la nouvelle bonification indiciaire pour la période antérieure à son intervention ; qu'il résulte de ce qui précède que Mme Soulier n'est fondée à demander l'annulation de l'arrêté du 7 juin 1993 qu'en tant qu'il lui a supprimé rétroactivement le bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, de condamner la commune de Castries à verser à Mme Soulier la somme de 4 000 € qu'elle demande au titre des frais exposés par elle en appel et en cassation et non compris dans les dépens ;... [annulation partielle de l'arrêt attaqué]

(MM. Delion, *rapporteur* ; Austry, *commissaire du gouvernement* ; SCP Peignot, Garreau, *avocat*).

Mots clés :

ACTE ADMINISTRATIF * Retrait * Acte à objet pécuniaire * Acte obtenu par fraude