

N° 342042
D

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 3 décembre 2012
Lecture du 7 janvier 2013

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

La question posée par la présente affaire est d'une grande portée pratique puisqu'elle porte sur les conditions de retrait des décisions accordant un avantage mais dont on peut suspecter qu'elles procèdent d'une erreur matérielle.

Les faits sont simples. M. D... est ingénieur en chef de classe exceptionnelle dans les services de la communauté d'agglomération Toulon-Provence-Méditerranée. Il était classé au 6^{ème} échelon de son grade, bénéficiait d'un traitement correspondant au premier chevron de la hors échelle A et remplissait la condition d'ancienneté pour accéder au 2^{ème} chevron à compter du 1^{er} mai 2007. C'était le sens de la proposition faite par l'administration à la commission administrative paritaire. Mais au lieu de lui accorder l'avancement prévu au 2^{ème} chevron du 6^{ème} échelon, le président de la communauté d'agglomération a prononcé son avancement direct au 7^{ème} échelon à compter du 1^{er} mai 2007 par un arrêté du 19 novembre 2007. De fait, M. D... sera rémunéré seulement sur la base du 2^{ème} chevron du 6^{ème} échelon, et non sur celle du 7^{ème} échelon. Ce n'est qu'en décembre 2008 que l'administration s'est aperçu de l'erreur figurant dans l'arrêté du 19 novembre 2007 et a entrepris de la corriger en retirant cet arrêté.

M. D... a demandé l'annulation de cette décision de retrait au tribunal administratif de Toulon qui a rejeté cette demande au motif que l'arrêté de 2007 procédait d'une erreur matérielle et n'avait pu créer de droits au profit de l'intéressé, de sorte que l'administration pouvait le retirer au-delà du délai de retrait de 4 mois. M. D... se pourvoit en cassation contre ce jugement.

Il soutient que le tribunal aurait entaché son jugement d'erreur de droit ou, à tout le moins, d'inexacte qualification juridique des faits en jugeant que l'arrêté de 2007 n'avait pas créé de droits en raison de l'erreur matérielle dont il était entaché.

Vous jugez qu'une décision explicite accordant un avantage, notamment financier, est, sauf fraude ou inexistence, créatrice de droits, quand bien même l'administration ne

pouvait-elle légalement l'accorder, et ne peut être retirée, hors le cas d'une demande de l'intéressé, que dans le délai de 4 mois à compter de son édiction (CE, Assemblée, 26 octobre 2001, Ternon, n° 197018, au Rec.). Votre jurisprudence offre peu d'exemples d'application des règles de retrait à des cas d'erreur matérielle. Citons tout de même le précédent de Section S... du 27 mars 1987 (n° 54802, au Rec.) dans lequel vous avez jugé qu'un jury de concours pouvait, dans le délai de retrait, retirer une liste d'admissibilité entachée d'une erreur matérielle due à une homonymie entre deux candidats. Serge Daël indiquait dans ses conclusions qu'une décision entachée d'une erreur matérielle grave ne peut pour autant être regardée comme juridiquement inexistante, sauf à fragiliser de nombreux concours longtemps après leur organisation.

Vous avez toutefois démenti cette affirmation par votre décision R... du 28 décembre 2005 (n° 279432, aux Tables) à propos du décret de nomination au premier grade d'un magistrat judiciaire. Ce décret faisait mention d'un nom un temps évoqué à la Chancellerie, mais qui ne correspondait certainement pas à celui du magistrat que l'administration avait eu l'intention de promouvoir. Rappelant l'ensemble des éléments qui accréditait la thèse de l'erreur matérielle, notamment le fait que l'administration avait saisi le Conseil supérieur de la magistrature du nom du « bon » magistrat, vous y avez vu une décision « *dépourvue d'existence légale* » au motif qu'elle procédait « *à l'évidence, d'une pure erreur matérielle* ».

Nous ne pensons pas que la jurisprudence R... du 28 décembre 2005 soit ou puisse être cantonnée à la matière des magistrats, même si vous n'y avez sans doute pas été insensible lorsque vous l'avez dégagée dans ce cas d'espèce. Votre décision de Section T... du 1^{er} octobre 2010 (n° 311938, au Rec.), par laquelle vous avez exclu l'application de la jurisprudence Ternon en cas de nomination dans le corps des magistrats, montre de manière remarquable que vous n'hésitez pas à dégager des solutions *ad hoc* en matière de retrait dans ce domaine. Mais ce cantonnement ne nous paraît pas tenable car, tôt ou tard, vous serez de nouveau confronté, dans un autre domaine, à une erreur matérielle que le réalisme imposera de rectifier. Les tribunaux ont d'ailleurs déjà fait application de cette jurisprudence dans d'autres domaines que la magistrature judiciaire, comme le montre par exemple un jugement du tribunal administratif de Melun du 4 février 2010 (n° 07020784) à propos d'un avancement d'échelon qui se transforme inopinément en avancement de grade. Et il est vrai qu'on est instinctivement tenté, pour ne pas donner une portée disproportionnée à des décisions entachées d'erreur matérielle, d'en nier l'existence légale. Il s'agit du cas symétrique de celui des versements spontanés et illégaux d'un nouvel avantage financier : ces derniers constituent en principe de simples erreurs de liquidation sauf s'ils révèlent la volonté de l'administration d'accorder cet avantage, ce qui traduit l'existence d'une décision créatrice de droits (CE, 25 juin 2012, Office national de la chasse et de la faune sauvage, n° 334544, à mentionner aux Tables)¹. A l'inverse, l'existence matérielle d'une décision expresse ne ferait pas obstacle à ce que vous constatiez son inexistence juridique dans le cas où l'administration n'a pas entendu la prendre.

¹ Tel est le cas d'une décision qui reclasse un agent à un grade supérieur à celui auquel il pouvait prétendre, décision révélée par ses bulletins de solde (CE, 4 décembre 2009, C..., n° 305885).

Comme vous l'indiquait Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'affaire R..., l'inconvénient d'un tel raisonnement est qu'il contribue à repousser significativement les frontières de l'inexistence juridique, que vous réservez en principe aux décisions entachées d'une illégalité d'une particulière gravité (voyez pour un rappel très net de votre conception traditionnellement restrictive de l'inexistence juridique, votre décision M... du 11 août 2009, n° 303711, aux Tables, dont le fichage comporte un « Comp. R... », c'est-à-dire un cantonnement de cette jurisprudence). Les conséquences radicales de l'inexistence, en particulier la possibilité d'une remise en cause perpétuelle, ne plaident certainement pas pour l'extension de la notion à tous les cas où l'administration indique s'être trompée, sans que le dossier démontre le contraire. Il y aurait là une forme de déséquilibre dans la dialectique entre légalité et sécurité juridique.

Nous pensons que le principe doit rester qu'une décision formalisée accordant un avantage, fût-ce illégalement, est créatrice de droits, au nom de la sécurité juridique pour son destinataire. L'administration dispose désormais d'un délai de 4 mois pour s'apercevoir de son erreur et la corriger, ce qui est raisonnable. Très souvent, un tiers lésé voire, pourquoi pas, un bénéficiaire scrupuleux, sera à même d'alerter l'administration sur ce point en temps utile et de demander le retrait de la décision erronée, ce qui obligera l'administration à le faire. Qu'il y ait des erreurs de liquidation, on peut l'expliquer par la complexité de la procédure et la masse des opérations à réaliser. Mais l'édition d'un acte juridique doit conserver une forme de solennité².

Les exceptions à ce principe ne peuvent donc être conçues que de manière très étroite. En-dehors de la fraude et de l'inexistence au sens classique du terme, nous en identifions deux lorsqu'est en cause une erreur matérielle alléguée :

- La première est celle dans laquelle vous pouvez directement neutraliser ou rectifier une erreur matérielle ou une erreur de plume contenue dans la décision, parce que sa portée même est ambiguë, notamment en raison d'une contradiction interne. Ainsi, la mention contradictoire, dans une décision d'avancement, de deux échelons d'ancienneté différents vous a conduit à juger que l'indication du mauvais échelon n'avait pas pu créer de droits (CE, 3^{ème} JS, 30 novembre 2009, A..., n° 317569). Il ne s'agit pas ici, en réalité, de dénier le caractère créateur de droits d'une décision, mais d'en rectifier le sens et de ne reconnaître un tel caractère qu'à la seule décision ainsi précisée. Dans un tel cas, le bénéficiaire aurait dû de lui-même se tourner vers l'administration pour dissiper toute ambiguïté.
- La seconde, issue de votre jurisprudence R... du 28 décembre 2005, doit à notre avis être réservée au cas exceptionnel de l'erreur matérielle grossière et

² Il en est de même des actes juridictionnels, que vous n'hésitez pas à annuler lorsque leur dispositif procède d'une erreur matérielle (CE, 15 novembre 1995, Département de la Vendée, n° 137868 ; CE, 4 novembre 1994, Commune de Pantin, n° 117473).

évidente, qui ne souffre aucune discussion, et qui conduit à une décision aberrante qui n'a pu induire en erreur un destinataire de bonne foi. C'est l'erreur manifeste de formulation. La motivation inhabituelle de la décision R..., qui emploie les termes « à l'évidence » et « pure » erreur matérielle, là où elle aurait pu se borner à constater que la décision était entachée d'erreur matérielle, nous paraît plaider en ce sens.

Pour qu'une erreur matérielle alléguée soit de nature à entraîner l'inexistence de la décision, il faut à notre sens que soient remplies deux conditions qui se rejoignent : l'administration n'a manifestement pas eu l'intention de prendre la décision qu'elle a formalisée ; et un destinataire moyen de bonne foi ne pouvait, à l'évidence, ignorer qu'elle recélait une erreur matérielle, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le faire bénéficier d'une situation juridiquement protégée. En bon administré, il aurait dû, là encore, signaler l'erreur à l'administration. Ces deux éléments étaient expressément relevés dans les conclusions sur votre décision R.... Et tel est en effet le fondement de votre jurisprudence sur le retrait des actes administratifs : la sécurité juridique et, en arrière-plan, la confiance légitime. Une troisième condition pourrait être envisagée : celle que l'erreur ait des conséquences d'une particulière gravité. Mais nous pensons que la soupape de l'inexistence juridique suffit et qu'une telle condition risque de surcroît d'introduire une part supplémentaire d'incertitude, voire d'arbitraire, dans le maniement de cette exception. Telle est donc la portée, très stricte, que nous vous proposons de prêter à la jurisprudence R....

Dans ces deux cas, la remise en cause de la décision par l'administration s'analyse comme une simple rectification d'erreur matérielle ; dans les autres cas, elle doit être regardée comme le retrait d'un acte créateur de droits.

A cette aune, le jugement nous semble entaché d'erreur de droit dès lors qu'il se borne à relever la présence d'une erreur matérielle pour dénier à un acte son caractère créateur de droits, sans raisonner, comme vous l'avez fait dans ce précédent, en termes d'évidence et, *in fine*, d'inexistence. Une telle censure permettrait de manifester un degré d'exigence élevé en la matière, et d'éviter, par la simple référence à une « erreur matérielle », une remise en cause larvée de la jurisprudence Ternon.

Si vous estimiez que le tribunal a en réalité conduit ce raisonnement sans l'explicitier, nous vous proposerons néanmoins d'annuler son jugement pour inexacte qualification juridique des faits. Même s'il s'agit de rechercher principalement l'intention de l'auteur de l'acte, nous pensons en effet que vous devez contrôler entièrement la qualification d'acte inexistant, compte tenu des conséquences radicales qui s'attachent à cette qualification. Vous contrôlez ainsi entièrement la qualification de nomination pour ordre, dont se déduit directement l'inexistence de l'acte (CE, 21 juillet 2006, G..., n° 279527, aux Tables).

En l'espèce, la décision elle-même est dépourvue d'ambiguïté. Il y est fait état, à plusieurs reprises, d'un avancement d'échelon, avec la reproduction d'un tableau rappelant ce passage au 7^{ème} échelon, avec la précision « Hors échelle B », alors que le 6^{ème} échelon est rémunéré sur la base de la « Hors échelle A ». Le courrier de notification du président de la communauté d'agglomération qui accompagne l'arrêté énonce : « *J'ai le plaisir de vous*

informer qu'après avis favorable de la CAP (...), j'ai décidé de vous nommer à l'échelon 7 de votre grade ». Ensuite, l'argument de la saisine de la CAP sur la base d'une demande d'avancement de chevron est fragile. Car sa saisine ne s'imposait juridiquement qu'en cas d'avancement d'échelon. S'il est vraisemblable que l'administration n'a pas entendu promouvoir M. D... au 7^{ème} échelon, ce dernier pouvait légitimement penser que tel avait été le cas. Enfin, nous ne faisons pas grand cas du fait que la paye n'ait pas été liquidée sur la base d'un avancement d'échelon mais de chevron. Outre qu'on ne peut jamais exclure une erreur ou un retard de liquidation, déduire l'inexistence d'une décision de sa non-application postérieure constitue un renversement de perspective discutable. On peut tout aussi bien considérer qu'il s'agit de l'inexécution illégale d'une décision créatrice de droits. La méprise de l'administration ne ressort donc pas aussi clairement que dans le précédent R....

Nous vous proposons en conséquence d'annuler le jugement et de procéder au règlement au fond, qui est rapide.

Vous écarterez la fin de non-recevoir tirée de ce que M. D... aurait dû demander l'annulation de la décision rejetant son recours gracieux contre la décision de retrait du 2 décembre 2008. Ce recours administratif n'étant pas obligatoire, il a eu pour seul effet de conserver le délai de recours contentieux contre la décision de retrait et la décision de rejet de ce recours ne s'est pas substituée à cette dernière.

Comme nous vous l'avons dit, nous ne pensons pas que la décision soit entachée, à l'évidence, d'une pure erreur matérielle. Elle était donc créatrice de droits et ne pouvait être retirée au-delà du délai de quatre mois. Vous annulerez par suite la décision de retrait.

Ainsi que vous l'avez fait dans votre décision de Section du 9 décembre 2011, M... (n° 337255, au Rec.), vous pourrez faire droit aux conclusions à fins d'injonction de M. D... tendant à ce que lui soit versée la différence entre ce qu'il a effectivement perçu et la rémunération à laquelle il pouvait prétendre au titre du 7^{ème} échelon, entre le 1^{er} mai 2007, date de son avancement, et la date de votre décision. Et vous lui accorderez les intérêts au taux légal qu'il réclame à compter du 23 février 2009, date à laquelle son recours gracieux a été reçu par les services de la communauté d'agglomération. Vous pourrez impartir un délai d'un mois à l'administration pour s'exécuter. Il n'y a pas lieu, ici, d'assortir cette injonction d'une astreinte.

PCMNC à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Toulon du 3 juin 2010 et de la décision du 2 décembre 2008 du président de la communauté d'agglomération de Toulon-Provence-Méditerranée, à ce qu'il soit enjoint à celle-ci de verser à l'intéressé, dans le délai d'un mois, le différentiel de rémunération auquel il a droit pour la période comprise entre le 1^{er} mai 2007 et la date de votre décision, assorti des intérêts au taux légal à compter du 23 février 2009, à ce que la somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la communauté d'agglomération au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et au rejet du surplus des conclusions de M. D...