

N° 428625
Mme G...

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 20 janvier 2020
Lecture du 7 février 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, rapporteur public

Le principal intérêt de cette affaire, outre le règlement en référé de la situation de la requérante, est de vous prononcer sur l'application de la jurisprudence *Danthony* (CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335033, Rec.) à la détermination de la légalité des décisions de retrait.

Mme Sylvia Guillaume, qui est membre du corps des attachés territoriaux, a été nommée sur l'emploi fonctionnel de directrice générale des services (DGS) de la commune de Bussy-Saint-Georges par un arrêté du maire du 31 août 2018. Cet arrêté a été retiré par un arrêté du maire du 26 décembre 2018, qui procédait à la réintégration de Mme G... dans le corps des attachés. Des courriers du 26 décembre 2018 et du 10 janvier 2019 l'ont ensuite informée de sa nomination comme responsable du pôle administratif, juridique et financier des services techniques. Mme G... a saisi le tribunal administratif de Melun de recours contre ces deux décisions, assortis de référé-suspension. Par une ordonnance du 19 février 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a rejeté les deux demandes de suspension et Mme G... se pourvoit en cassation contre cette ordonnance.

Le dossier ne permet pas de savoir avec certitude les raisons qui ont conduit le maire à ne pas maintenir Mme G... au poste de DGS auquel il l'avait nommée quelques mois auparavant. La décision de retrait intervient à l'invitation d'un courrier du sous-préfet de Torcy dans le cadre du contrôle de légalité, mais comme nous y reviendrons, rien n'interdisait au maire de reprendre un arrêté de nomination à l'issue d'une procédure régulière. Il semble, d'après l'un des courriers adressés à Mme G... par le maire, que celui-ci ait imputé les vices de la décision de nomination au manque de vigilance de son ancienne DGS.

1. Nous examinerons d'abord les conclusions se rapportant à la contestation du retrait, puis celles relatives à la nomination de la requérante sur son nouveau poste.

1.1. Vous accueillerez le premier moyen du pourvoi, tiré de ce que le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier en jugeant, pour écarter l'existence d'un doute sérieux sur la légalité du retrait, que Mme G... ne remplissait pas les conditions pour être détachée sur un emploi fonctionnel de DGS d'une commune de 2 000 à 40 000 habitants.

Le retrait d'une décision créatrice de droits étant subordonné à son illégalité¹, Mme G... contestait que sa nomination comme DGS était illégale. Pour écarter l'existence d'un doute sérieux sur la légalité du retrait, le juge des référés a retenu deux motifs d'illégalité de cette nomination, à savoir le défaut de consultation préalable de la commission administrative paritaire (CAP) et la méconnaissance des conditions de nomination à l'emploi de DGS. Le moyen de cassation est dirigé contre ce second motif.

Le juge des référés a fait application des dispositions de l'article 4 du décret n° 87-1101 du 30 décembre 1987 portant dispositions statutaires particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités territoriales et des établissements publics locaux assimilés, relatives au reclassement indiciaire des fonctionnaires détachés sur un emploi fonctionnel. Il a considéré que Mme G..., qui était placée dans son corps à un échelon correspondant à un indice brut de 552, ne pouvait être nommée à un emploi fonctionnel dont l'indice brut est de 656.

Comme le soutient la requérante, le juge des référés a fait une application erronée de ces dispositions. En effet, il a relevé que Mme G... n'avait pas précédemment occupé un emploi fonctionnel, ce qui était contredit par les pièces du dossier soumis au juge des référés, qui montraient qu'elle avait été nommée DGS adjointe à compter du 22 janvier 2018, avant d'être promue DGS quelques mois plus tard. Le reclassement indiciaire devait donc être effectué en application des dispositions de l'article 5 du décret 30 décembre 1987 et non de son article 4 et le juge des référés a bien dénaturé les pièces du dossier.

Mais son erreur est en réalité plus radicale. Les dispositions des articles 4 et 5 déterminent l'indice qui doit être attribué au fonctionnaire détaché sur un emploi fonctionnel mais ne fixent en rien les conditions de fond auxquelles est subordonnée cette nomination. Le seul article pertinent était l'article 7, qui prévoit que seuls les fonctionnaires de catégorie A peuvent être détachés dans un emploi de DGS d'une commune de 2 000 à 40 000 habitants, condition que remplissait Mme G....

1.2. Le second moyen du pourvoi doit en revanche être écarté. Le juge des référés a considéré que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984², qui interdisent de mettre fin aux fonctions d'un agent occupant un emploi fonctionnel avant un délai de six mois suivant leur nomination, était inopérant dès lors que le maire était en situation de compétence liée pour retirer une décision illégale. Il n'est pas évident que le maire soit en situation de compétence liée, celle-ci n'existant que lorsque l'administration est dépourvue de tout pouvoir d'appréciation (CE, Sect., 3 février 1999, M..., n° 149772, Rec.), ce qui dépend du motif de l'illégalité. Mais en tout état de cause, l'article 53 ne saurait être

¹ Cf. l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration.

² Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

appliqué aux décisions de retrait. En effet, une décision retirée est réputée n'avoir jamais existé et il n'est donc pas mis fin aux fonctions de l'agent au sens de cet article.

1.3. Aucun autre moyen n'étant dirigé contre cette partie de l'ordonnance, il vous faut déterminer si l'erreur qui entache l'un des motifs doit vous conduire à la censurer. Le débat portant sur l'illégalité de la décision de nomination de Mme G... comme DGS, il suffisait de l'un des deux motifs d'illégalité retenus par le JRTA pour écarter l'existence d'un doute sérieux sur la légalité du retrait. Or le premier motif, lié au défaut de consultation de la CAP, n'est pas contesté devant vous. Vous êtes dans une configuration très proche de la jurisprudence *Commune de Barcarès* (CE, Sect., 22 avril 2005, n° 257877, Rec.), selon laquelle lorsque le juge de l'excès de pouvoir prononce l'annulation d'un acte administratif pour plusieurs motifs et que l'un seulement est erroné, le juge de cassation doit rejeter le pourvoi après avoir censuré le motif erroné. La seule différence est que vous êtes saisis ici d'une ordonnance de référé-suspension, mais dans son raisonnement, le juge des référés s'est prononcé sur la légalité de la décision de nomination comme l'aurait fait le juge de l'excès de pouvoir³.

Toutefois, en l'espèce, le juge des référés a assorti le motif erroné, tiré du non-respect des règles indiciaires, de la mention « *à supposer que le vice de procédure mentionné au point précédent n'ait pas privé la requérante d'une garantie essentielle* ». Ceci suggère qu'il s'agissait pour lui du motif déterminant, le motif tiré du défaut de consultation de la CAP étant surabondant. La censure de ce motif erroné peut donc vous conduire à annuler l'ordonnance, ce qui vous permettra de trancher après cassation la question la plus intéressante posée par cette affaire.

2. La deuxième partie de l'ordonnance vous retiendra moins longtemps. Alors que Mme G... invoquait la méconnaissance de plusieurs règles de procédures relatives à la mutation des fonctionnaires territoriaux, le juge des référés a écarté ces moyens comme inopérants au motif que l'administration est tenue d'affecter un fonctionnaire en activité sur un emploi correspondant à son grade. Toutefois, cette obligation ne la dispense pas de respecter les règles de procédure relatives aux mutations, le « *délai raisonnable* » dont elle est assortie permettant de suivre ces formalités. L'erreur de droit est manifeste au sens de votre jurisprudence *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne* (CE, Sect., 29 novembre 2002, n° 244727, Rec.).

3. Vous annulerez donc l'ordonnance en totalité et réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé engagée. Nous distinguerons là encore les conclusions dirigées contre les deux décisions.

3.1. Vous écarterez pour les motifs précédemment indiqués les moyens tirés de la méconnaissance de l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984. La circonstance que l'arrêté

³ La configuration n'est pas non plus tout à fait identique à celle de la décision *M. et Mme V...* (CE, 23 novembre 2005, n° 279968, Tab.), qui transpose au référé-suspension la jurisprudence *Commune de Barcarès* : le juge du référé-suspension avait en l'espèce retenu plusieurs moyens de nature à créer un doute sérieux, dont l'un suffisait à justifier l'ordonnance de suspension.

détachant Mme G... sur l'emploi de DGS ait été entaché d'une erreur matérielle sur son indice est également sans incidence.

3.2. La principale question, que la requérante avait soulevée devant le juge des référés, est celle relative à l'incidence du défaut de consultation préalable de la CAP. Il est constant que la CAP de la catégorie A du centre de gestion de Seine-et-Marne ne s'est prononcée que postérieurement à la nomination et elle a émis pour ce seul motif un avis défavorable. Mme G... soutient qu'en application de la jurisprudence *Danthony*, cette méconnaissance des règles de procédure n'entachait pas la nomination d'illégalité, la consultation de la CAP ne constituant une garantie que pour l'agent nommé.

Il vous faut d'abord décider si la jurisprudence *Danthony* doit être appliquée lorsqu'il s'agit de déterminer la légalité du retrait d'un acte administratif créateur de droits, ce que vous n'avez jamais jugé. La réponse ne peut être que positive par combinaison de deux règles de droit :

- D'une part, en vertu de l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration, un tel acte ne peut être retiré à l'initiative de l'administration ou sur demande d'un tiers que s'il est illégal ;

- D'autre part, selon la décision *Danthony*, « si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ».

Dès lors, un vice de procédure qui n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise et qui n'a pas privé les intéressés d'une garantie n'entache pas la décision d'illégalité et en conséquence, elle ne peut être retirée légalement.

Nous sommes conscients que cette solution complique quelque peu la tâche de l'administration envisageant le retrait d'un acte administratif en raison d'un vice de procédure, puisqu'elle doit déterminer elle-même si les conditions d'illégalité d'après la jurisprudence *Danthony* sont respectées. Mais aucun autre raisonnement ne nous paraît envisageable : la jurisprudence *Danthony* ne se borne pas à définir les conditions auxquelles un vice de procédure peut être utilement invoqué à l'appui d'un recours en annulation, elle fixe sur le fond les conditions de la légalité d'un acte entaché d'un vice de procédure. L'intérêt de la solution, par ailleurs, est de renforcer la sécurité juridique des personnes au profit desquelles est intervenu l'acte créateur de droits.

Si vous nous suivez, vous ne pourrez néanmoins que considérer que le vice de procédure a privé les intéressés d'une garantie. Le raisonnement de Mme G... ne peut être suivi : la consultation de la CAP constitue une garantie non seulement pour le fonctionnaire dont la nomination est envisagée mais aussi pour les autres fonctionnaires qui auraient pu prétendre à cette nomination et qui sont représentés dans cette commission. Aucun des moyens soulevés n'est donc de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du retrait.

4. S'agissant de la nomination de Mme G... sur son nouveau poste, la condition d'urgence n'est pas remplie. Mme G... invoque la perte de rémunération entre ses fonctions de DGS et son nouveau poste. Mais lorsque la décision de nomination est intervenue, Mme G... n'était déjà plus DGS de par l'effet de la précédente décision. En elle-même, la décision de nomination sur le nouveau poste, dont il n'est pas contesté qu'il correspond au grade de la requérante, ne lui cause aucun préjudice grave et immédiat.

PCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet des demandes de suspension présentées par Mme G... devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun ;
- dans les circonstances de l'espèce, au rejet des conclusions présentées par la commune de Bussy-Saint-Georges au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.