

Articulation du retrait d'une décision créatrice de droit avec la répétition de l'indu : une schizophrénie réglementaire ?

Principe : l'impossible retrait des décisions créatrices de droit

En principe, l'administration doit procéder à l'annulation rétroactive d'une décision administrative individuelle illégale, que cette illégalité provienne d'une erreur de droit ou de fait, que l'irrégularité touche au fond ou à la forme de l'acte. Cependant, la plupart de ces décisions individuelles créent des droits au profit de leur bénéficiaire et retirer ces décisions revient à leur retirer ces droits.

Dans le fameux arrêt « *Ternon* »¹, le Conseil d'Etat a posé le principe de l'impossibilité de retirer une *décision individuelle explicite créatrice de droits*, quand bien même elle serait illégale, *au-delà d'un délai de quatre mois suivant la prise de cette décision*.

L'arrêt « *Soulier* »², étend ce principe au cas particulier des décisions individuelles à caractère pécunier. Aux termes de cette jurisprudence, « *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* » ; elle ne peut, par conséquent, être retirée que dans un délai de quatre mois.

La haute juridiction précise toutefois, que, pour ces décisions, l'administration conserve le droit de « *supprimer pour l'avenir un avantage dont le maintien est subordonné à une condition dès lors que celle-ci n'est plus remplie* ».

Ainsi, si l'employeur ne peut retirer une décision créatrice de droit illégale, y compris pécunière, il peut l'abroger lorsque son maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie.

Ces jurisprudences ont été reprises par le législateur, puis codifiées dans le code des relations entre le public et l'administration aux articles L242-1 et L242-2.

Qu'en est-il du versement de sommes indues ?

Si, dans l'arrêt « *Soulier* » le Conseil d'Etat précise que les mesures qui se bornent à procéder à la liquidation de la créance née d'une décision prise antérieurement n'ont pas le caractère de décision créatrice de droits, il estime, dans l'avis « *Fort* »³, que les décisions non formalisées accordant un avantage financier sont des actes créateurs de droits à part entière et doivent ainsi être assimilées à des décisions explicites pour l'application de règles de retrait.

Ainsi, une décision non formalisée peut, « *en fonction des circonstances de chaque espèce* », être révélée par le versement à l'intéressé des sommes correspondantes telles qu'elles apparaissent sur son bulletin de paie.

Dans ce même avis, le Conseil d'Etat précise que l'administration peut cependant demander à tout moment (sous réserve des prescriptions applicables) « *le reversement des sommes attribuées par suite d'une erreur dans la procédure de liquidation ou de paiement ou d'un retard dans l'exécution d'une décision de l'ordonnateur* ».

¹ CE, As., 26 octobre 2001, req. n° 197018

² CE, Sect., 6 novembre 2002, req. n° 223041

³ CE, 3 mai 2004, avis n° 262074.

Le juge opère donc une différence entre un paiement qui est une décision implicite et la simple erreur de liquidation. Comment opérer cette distinction ?

Qu'est-ce qu'une erreur de liquidation ?

Force est de constater que dans un premier temps, la haute juridiction a eu une interprétation extensive de la notion de décision implicite créatrice de droit ou restrictive de l'erreur de liquidation.

Dans l'avis « Fort », le Conseil d'État considère que répond à la qualification de décision créatrice de droits accordant un avantage financier et ne pouvant être retirée que dans le délai de quatre mois, un avantage explicitement octroyé, qui « *est ensuite maintenu sans décision formelle alors que les conditions auxquelles est subordonné son maintien ne sont plus remplies. Dans ce cas, il y a lieu, pour faire courir le délai de retrait, de considérer que la décision a été prise le jour à compter duquel l'ordonnateur ne pouvait ignorer que ces conditions n'étaient plus remplies* ».

Il en est ainsi lorsque l'intéressé lui-même informe l'administration qu'il ne remplit plus les conditions (nouvelle situation familiale pour les éléments de rémunération à caractère familial) ou lorsque survient un événement que l'administration ne peut ignorer, ou lorsque l'administration elle-même prend une décision qui entraîne la suppression de la condition (changement d'affectation, mesures de mise en congé etc...).

Dans cet ordre d'idée, a été considérée comme illégale une décision de régularisation de trop perçu portant sur le versement d'une prime d'agent de traitement de l'information maintenu à un fonctionnaire qui avait cessé d'exercer les fonctions y ouvrant droit depuis 2 ans du fait qu'elle « *ne se bornait pas à corriger une erreur de liquidation mais mettait fin aux décisions créatrices de droit prises lors du versement de la prime* »⁴.

Le Conseil d'État a également appliqué ces principes au versement de la rémunération principale en estimant que « *le versement de son traitement à un agent par l'administration, à laquelle il incombe de s'assurer de l'accomplissement effectif par l'intéressé de son service, manifeste, lorsque le traitement est versé en dépit de l'absence de service fait, l'existence d'une décision implicite d'octroi d'un avantage financier, créatrice de droits* »⁵.

Changement de jurisprudence

Le juge administratif a tempéré cette position en considérant que le maintien indu du versement d'un avantage financier à un agent public, alors même que le bénéficiaire a informé l'ordonnateur qu'il ne remplit plus les conditions de l'octroi de cet avantage, n'a pas le caractère d'une décision accordant un avantage financier et constitue une simple erreur de liquidation⁶.

Depuis, la jurisprudence n'a pas bougé.

Ainsi, a été considéré comme créateur de droit la mise en paiement de la prime de risque à l'ingénieur du ministère de l'agriculture détaché à l'OFFICE NATIONAL DE LA CHASSE ET DE LA FAUNE SAUVAGE n'en remplissant pas les conditions⁷.

A contrario, ont été considérés comme une erreur de liquidation non créatrice de droits :

- Le maintien du SFT à un agent qui, à la suite d'un divorce, n'a plus la charge de ses enfants et qui en a régulièrement informé son employeur.⁸
- Le maintien du plein traitement à l'agent en congés maladie au-delà de 3 mois (période légale à plein traitement)⁹.

⁴ CE, n° 303700, 14 mai 2008

⁵ CE, n° 300635, 12 décembre 2008

⁶ CE, n°310300, 12 octobre 2009

⁷ CE, n° 334544, 25 juin 2012

⁸ CE, n°310300, 12 octobre 2009

⁹ CE, n° 332162, 16 février 2011

- Le maintien du versement de l'indemnité différentielle des professeurs des écoles prévue par le décret du 26 novembre 1999 pour les instituteurs reclassés dans ce corps¹⁰.
- Le maintien du versement de l'indemnité de sujétions spéciales de remplacement au professeur des écoles qui n'est plus affecté en remplacement¹¹.
- Le maintien de la part fixe réservée aux enseignants stagiaires de l'indemnité de suivi et d'orientation des élèves après la titularisation¹².
- Le versement de rémunérations à un agent par l'administration, du fait de l'absence de prise en compte d'un crédit d'heures non rémunérées accordé au titre d'un mandat électif¹³.

Le juge considère également que n'est pas créateur de droit les rémunérations versées à la suite d'une erreur sur le montant versé à l'agent.

Il en est ainsi :

- De l'institutrice, admise dans le corps des professeurs des écoles, bénéficiaire de l'indemnité différentielle des professeurs des écoles prévue par le décret du 26 novembre 1999 mais qui a perçu pendant plusieurs années un montant mensuel de l'indemnité plus élevé que celui qui lui était dû¹⁴.
- Du capitaine de police dont l'administration a versé le montant doublé de la prime de commandement¹⁵.

Au final il ressort de la jurisprudence que :

1. Une décision administrative explicite accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage.
2. Les mesures qui se bornent à procéder à la liquidation de la créance née d'une décision prise antérieurement n'ont pas le caractère de décisions créatrices de droit.
3. La décision de l'administration accordant un avantage financier nouveau à un agent public qui, sans avoir été formalisée, est révélée par les circonstances de l'espèce est créatrice de droits.
4. Le maintien indu du versement d'un avantage financier à un agent public, alors même que le bénéficiaire a informé l'ordonnateur qu'il ne remplit plus les conditions de l'octroi de cet avantage, n'a pas le caractère d'une décision accordant un avantage financier et constitue une simple erreur de liquidation.

Bien que la jurisprudence soit stabilisée, distinguer les décisions implicites créatrices de droit des simples erreurs de liquidation peut s'avérer difficile ; **mais est-ce seulement utile ?**

Un environnement juridique schizophrène ?

Si, conformément à l'article L242-1 du code des relations entre le public et l'administration « l'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision. », ce n'est pas le cas des sommes perçues au titre de décisions illégales.

En effet, le premier alinéa de l'article 37-1 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations prévoit que « les créances résultant de

¹⁰ CE, n° 334787, 28 novembre 2011, CE, n°346856, 14 octobre 2011

¹¹ CE, n° 353731, 17 octobre 2012

¹² CE, n° 335955, 29 octobre 2012, CE, n° 353698, 9 mai 2012

¹³ CE, n°368708, 26 septembre 2014

¹⁴ CE, n° 344503 et n°344504, 7 mars 2012

¹⁵ CE, n° 339625, 21 janvier 2011

paiements indus effectués par les personnes publiques en matière de rémunération de leurs agents peuvent être répétées dans un délai de deux années à compter du premier jour du mois suivant celui de la date de mise en paiement du versement erroné, y compris lorsque ces créances ont pour origine une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive. »

Dans un avis du 31 mars 2017, le Conseil d'état définit l'articulation de ces dispositions ; Il estime qu'il « résulte de l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, dans sa rédaction issue de l'article 94 de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011, qu'une somme indûment versée par une personne publique à l'un de ses agents au titre de sa rémunération peut, en principe, être répétée dans un délai de deux ans à compter du premier jour du mois suivant celui de sa date de mise en paiement sans que puisse y faire obstacle la circonstance que la décision créatrice de droits qui en constitue le fondement ne peut plus être retirée »¹⁶.

Mettons en œuvre ces dispositions en comparant ses effets sur les cas d'une décision explicite créatrice de droits pécuniers, d'une décision implicite créatrice de droits matérialisée par le versement d'un nouvel avantage financier et la simple erreur de liquidation.

Le cas d'une décision créatrice de droits pécuniers

Un fonctionnaire en activité depuis plusieurs années au sein d'un même établissement public est affecté, à sa demande, sur un nouveau poste. Par décision explicite de son employeur une NBI lui est accordée alors qu'il n'en remplit pas les conditions. C'est une décision créatrice de droits pécuniers que l'employeur ne pourra retirer après 4 mois. Il la perçoit pendant 4 ans avant que l'employeur ne se rende compte de son erreur.

Si l'administration ne pourra retirer cette décision, l'employeur devra émettre un trop perçu pour récupérer les sommes versées au titre de cette décision pour les deux années précédant la date de l'émission du trop-perçu, soit 2 ans sur 4 ans de perception.

Le cas d'une décision implicite créatrice de droit

Même cas de figure, le même fonctionnaire en activité depuis le même nombre d'années au sein du même établissement public qui est nouvellement affecté à sa demande sur un poste n'ouvrant pas droit à NBI voit sa rémunération enrichie d'une NBI. Quand bien même elle est implicite, c'est une décision créatrice de droits pécuniers que l'employeur ne pourra retirer après 4 mois. Il la perçoit pendant 4 ans, toujours sans décision, avant que l'employeur ne se rende compte de son erreur.

L'employeur ne pourra émettre un trop perçu pour récupérer les sommes versées à tort que pour les deux années précédant la date de l'émission du trop-perçu, soit 2 ans sur 4 ans de perception.

Logiquement, le juge considérant qu'une décision implicite est tout autant créatrice de droit qu'une décision explicite, dans les deux cas la marge de manœuvre de l'employeur est la même.

Le cas de l'erreur de liquidation

Toujours le même fonctionnaire en activité depuis le même nombre d'années au sein du même établissement public la seule différence est qu'il était affecté sur un poste ouvrant droit à NBI. Il est, à sa demande, affecté sur un poste n'ouvrant pas droit à NBI mais il continue à percevoir cette dernière pendant 4 ans. Ce n'est donc pas une décision créatrice de droit mais une simple erreur de liquidation.

Cependant, l'employeur ne pourra, tout comme dans les deux premiers cas, émettre un trop perçu pour récupérer les sommes versées à tort que pour les deux années précédant la date de l'émission du trop-perçu, soit 2 ans sur 4 ans de perception.

Ainsi donc la prescription en matière de trop-perçu, que l'avantage pécunier soit le fruit d'une décision explicite ou implicite créatrice de droit ou d'une simple erreur de liquidation est la même !

¹⁶ CE, avis n° 405797 du 31 mars 2017