

sommaire

CHRONIQUES

Chronique annuelle de droit constitutionnel local. Julien MARTIN 163

Élections : quelles sont les modalités du report du second tour des élections municipales ? Jean-Paul PASTOREL 171

JURISPRUDENCE

Actes des collectivités locales

Un ensemble immobilier à usage de casino, construit dans le cadre d'une délégation de service public peut-il constituer un bien de retour ? 175

■ CE (8/3 CHR) 23 janvier 2020, *Société Touristique de La Trinité*, n° 426421

Conclusions Romain VICTOR

Une décision créatrice de droits, entachée d'un vice qui n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de cette décision et qui n'a pas privé les intéressés d'une garantie, peut-elle être retirée ou abrogée par l'administration ? 180

■ CE (3/8 CHR) 7 février 2020, *Mme Guillaume*, n° 428625

Conclusions Laurent CYTERMANN

Une société peut-elle se prévaloir d'un décompte général et définitif tacite prévu par le cahier des clauses administratives générales des marchés de travaux de 2014 ? 185

■ CAA Versailles (5° ch) 27 février 2020, *Société Ateliers Bois*, n° 19VE01401

Conclusions Pascal CABON

État

Est-il conforme au droit de l'union européenne que le préfet de région rende l'avis d'autorité environnementale au préfet de département, distinct, qui doit autoriser le projet ? 191

■ CE (6/5 CHR) 5 février 2020, *Association Des Evêques aux cordeliers*, n° 425451

Conclusions Louis DUTHEILLET de LAMOTHE

Observations David DEHARBE

Compétences des collectivités locales

Quels sont les motifs de refus de prorogation d'un certificat d'urbanisme ? 198

■ CE (1/4 CHR) 5 février 2020, *Commune de Firmi*, n° 426573

Conclusions Vincent VILLETTE

Police administrative

Faut-il ordonner le confinement total de la population française face à l'épidémie de Coronavirus ? 202

■ CE (juge des référés) 22 mars 2020, *Syndicat Jeunes Médecins*, n° 439674

Domaines public et privé des collectivités locales

Des bureaux aménagés dans le périmètre d'une AFUL peuvent-ils relever du domaine public de la collectivité qui en est propriétaire ? 206

■ CE (8/3 CHR) 23 janvier 2020, *SARL JV Immobilier et M. C. et E.*, n° 430192 et 430359

Conclusions Romain VICTOR

Fonction publique territoriale

Les vacataires ont-ils droit au remboursement de leurs frais de transport ? 213

■ CE (3/8 CHR) 7 février 2020, *M. Biakete*, n° 420567

Conclusions Laurent CYTERMANN

Contentieux des collectivités locales

Qui d'une commune ou de l'État peut être condamné à indemniser les conséquences d'une faute commise par la brigade des sapeurs-pompiers de Paris lors d'une intervention de secours ? 217

■ CE (5/6 CHR) 5 février 2020, *Commune de Courbevoie*, n° 423972

Conclusions Cécile BARROIS DE SARIGNY

Quel est le point de départ du délai de déféré préfectoral à l'encontre d'un permis de construire délivré tacitement ? 221

■ CE (5/6 CHR) 5 février 2020, *SCI de l'Aire et du Gros*, n° 426160

Conclusions Cécile BARROIS DE SARIGNY

Y a-t-il présomption d'urgence lorsqu'un référé-suspension est dirigé contre un arrêté préfectoral modifiant le périmètre géographique d'un établissement public de coopération intercommunale ? 225

■ CE (3/8 CHR) 7 février 2020, *Communauté de communes Cœur d'Ostrevent*, n° 428919

Conclusions Laurent CYTERMANN

BRÈVES DE JURISPRUDENCE Sébastien FERRARI 230

L'OFFICIEL EN BREF Sébastien FERRARI 234

Continuité des services publics locaux dans le cadre de l'État d'urgence sanitaire 239

Document mis à disposition sur la Revue générale du droit
<https://www.revuegeneraledudroit.eu>

BJCL

comité de rédaction

Bernard POUJADE

Professeur agrégé à l'Université Paris-Descartes
Avocat au Barreau de Paris

François SÈNERS

Conseiller d'État

Jean-Claude Bonichot

Conseiller d'État

Xavier Cabannes

Professeur à l'Université Paris-Descartes

Pierre Collin

Conseiller d'État

Claire Cornet

Administrateur territorial

Sébastien Ferrari

Professeur agrégé des Facultés de droit
à l'Université Grenoble-Alpes

Lionel Fourny

Ancien Directeur général des services du département
de la Moselle – Ancien président de l'Association
des directeurs généraux et directeurs généraux
adjoints des services des départements et régions

Mattias Guyomar

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université Panthéon Assas (Paris II)

Laetitia Janicot

Professeur agrégé à l'Université de Cergy-Pontoise

Christian Pisani

Notaire

Olivier Ritz

Ancien conseiller du comité de direction de la Caisse
des dépôts

Rémy Schwartz

Conseiller d'État
Professeur associé à l'Université de Paris I

Christophe Soulard

Conseiller à la Cour de cassation – Professeur associé
à l'Université de Lorraine

Laurent Touvet

Conseiller d'État

Éditorial

Coronavirus

Le *BJCL* ne peut rester à l'écart de l'actualité et publie un certain nombre de décisions jurisprudentielles, d'avis ou de recommandations qui sont intervenus à la suite de décisions prises par les pouvoirs publics pour combattre l'épidémie de Coronavirus.

On lira notamment la première ordonnance prise par le juge des référés du Conseil d'État sur les mesures de confinement qui aborde avec précision les questions de police administrative et de responsabilité de l'ensemble des collectivités publiques dont les collectivités territoriales.

Ces dernières sont affectées évidemment dans leur fonctionnement quotidien et ne peuvent pas, par exemple, organiser le télétravail pour la totalité de leurs agents surtout ceux affectés à des tâches de première nécessité et n'ouvrent au public que de rares services quand les conditions de sécurité sont réunies.

Le drame sanitaire que la France traverse comme le monde entier ne doit pas faire oublier que, par exemple, le 1^{er} tour des élections municipales a eu lieu, certes dans des conditions problématiques et avec un très fort taux d'abstention.

Dans 30 125 villes sur 35 000 communes de France, les équipes municipales sont désormais élues soit dans 85 % des communes (dans la majorité des petites communes, mais des communes de plus de 30 000 habitants figurent aussi dans le pourcentage et six maires de villes de plus de 100 000 habitants ont été élus dès le premier tour à Angers, Toulon, Caen, Montreuil, Boulogne-Billancourt et Reims).

La question du report du second tour des élections municipales pose des questions juridiques qui sont abordées dans nos colonnes.

Les recommandations à l'ensemble des collectivités territoriales émanant des ministres en charge des collectivités territoriales sont aussi publiées dans ce numéro.

De nombreuses ordonnances prises par le gouvernement concernent les collectivités territoriales : alimentation d'un fonds de solidarité pour aider les entreprises exerçant une activité particulièrement touchée par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation du virus Covid-19, adaptation des règles de procédure d'exécution des contrats de commande publique, report d'échéances en matière budgétaire comme l'adoption du budget primitif reportée au 31 juillet 2020.

Bien évidemment les ordonnances du 25 mars 2020 prorogent les délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et adaptent les procédures pendant cette même période ou suspendent les délais applicables aux demandes présentées aux autorités administratives, notamment celles donnant lieu à des décisions implicites d'acceptation, ainsi que les délais d'instruction de ces demandes (déclaration de travaux, permis de construire, permis d'aménager...) ou les délais de consultation du public ou de toute instance ou autorité (enquêtes publiques notamment), préalables à la prise d'une décision par une autorité administrative, prorogeant les autorisations, permis et agréments délivrés vont avoir une influence sur la gestion locale.

Espérons sortir dans le délai prévu de cette situation de crise sanitaire. ■

Bernard POUJADE

Une décision créatrice de droits, entachée d'un vice qui n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de cette décision et qui n'a pas privé les intéressés d'une garantie, peut-elle être retirée ou abrogée par l'administration ?

RÉSUMÉ 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 a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de cette décision ou s'il a privé les intéressés d'une garantie. Il en résulte qu'une décision créatrice de droits, entachée d'un vice qui n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de cette décision et qui n'a pas privé les intéressés d'une garantie, ne peut être tenue pour illégale et ne peut, en conséquence, être retirée ou abrogée par l'administration de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers, même dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision.

ABSTRACTS Régime des actes administratifs ■ Disparition des actes ■ Décision créatrice de droit entachée d'un vice qui n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de cette décision et qui n'a pas privé les intéressés d'une garantie ■ Impossibilité pour l'administration de retirer ou d'abroger cette décision, même dans le délai de quatre mois suivant la prise de la décision ■ Existence.

CE (3/8 CHR) 7 février 2020, Mme Guillaume, n° 428625 – M. Ranquet, Rapp. – M. Cytermann, Rapp. public – SCP Delamarre, Jehannin, SCP Colin-Stoclet, Av.
 ➔ Décision mentionnée dans les tables du Recueil Lebon.

Conclusions

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*¹ à la détermination de la légalité des décisions de retrait.

Mme B., 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 B. 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 B. 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 B. 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 B. 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 B. par le maire, que celui-ci ait imputé les vices de la décision de nomination au manque de vigilance de son ancienne DGS.

Contestation de la légalité du retrait de l'emploi de 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 B. ne remplissait pas les condi-

¹ CE Ass. 23 décembre 2011, n° 335033 : Rec., p. 649.

tions 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 illégalité, Mme B. 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 B., 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 B. 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 B.

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 1984, 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'appréciation², ce qui dépend du motif de l'illégalité. Mais en tout état de cause, l'article 53 ne saurait être 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.

Censure de l'ordonnance du juge des référés du tribunal

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 B. comme DGS, il suffisait de l'un des deux motifs d'illégalité retenus par le juge des référés du tribunal administratif 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*³, 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 pouvoir.

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 B. 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-Étienne*⁴.

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

² CE S. 3 février 1999, *Montagnac*, n° 149772 : Rec., p. 6.

³ CE S. 22 avril 2005, n° 257877 : Rec., p. 170.

⁴ CE S. 29 novembre 2002, n° 244727 : Rec., p. 421.

Application de la jurisprudence *Danthony*

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 B. 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 procé-

sure, 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 B. 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 B. sur son nouveau poste, la condition d'urgence n'est pas remplie. Mme B. invoque la perte de rémunération entre ses fonctions de DGS et son nouveau poste. Mais lorsque la décision de nomination est intervenue, Mme B. 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.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet des demandes de suspension présentées par Mme B. 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. ■

Arrêt

Vu la procédure suivante :

Mme A... B... a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Melun, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'une part, de suspendre l'exécution de l'arrêté du maire de Bussy-Saint-Georges du 26 décembre 2018 portant retrait de l'arrêté du 31 août 2018 par lequel il l'avait détachée dans l'emploi fonctionnel de directeur général des services ainsi que des arrêtés du même jour par lesquels il lui avait attribué la nouvelle bonification indiciaire et diverses indemnités et d'enjoindre à la commune de Bussy-Saint-Georges de la réintégrer dans l'emploi de directrice générale des services sous astreinte de 350 € par jour de retard et, d'autre part, de suspendre l'exécution des décisions des 26 décembre 2018 et 10 janvier 2019 par lesquelles le maire l'a réintégré dans le grade d'attaché territorial pour exercer les fonctions de responsable du

pôle administratif, juridique et financier des services techniques.

Par une ordonnance nos 1900775, 1901053 du 19 février 2019, le juge des référés du tribunal administratif a rejeté ces demandes.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 5 et 18 mars 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, Mme B... demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à ses demandes ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de Bussy-Saint-Georges la somme de 4 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. [...]

Considérant ce qui suit :

1. Le ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par arrêté du 31 août 2018, le maire de Bussy-Saint-Georges a nommé Mme A... B...

directrice générale des services de la commune en la détachant dans cet emploi et lui a attribué, par arrêtés du même jour, la nouvelle bonification indiciaire afférente à cet emploi ainsi que diverses indemnités. Par un arrêté du 26 décembre 2018, pris au motif que le détachement ainsi prononcé était illégal, le maire a retiré l'ensemble de ces actes et a réintégré Mme B... dans le corps des attachés territoriaux, pour l'affecter aux fonctions de responsable du pôle administratif, juridique et financier des services techniques, correspondant à une fiche de poste qu'il lui a remise le 10 janvier 2019. Mme B... se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 19 février 2019 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Melun a rejeté ses demandes tendant à la suspension, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de l'exécution de l'arrêté du 26 décembre 2018 et des décisions prononçant sa réintégration et sa nouvelle affectation.

Sur le pourvoi :

2. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* »

3. Les emplois de directeur général des services des communes de 2 000 habitants et plus sont régis, aux termes du 1^{er} de son article 1^{er}, par le décret du 30 décembre 1987 portant dispositions statutaires particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités territoriales et des établissements publics locaux assimilés. Son article 4 prévoit que les fonctionnaires nommés dans ces emplois, lorsqu'ils ne font pas l'objet d'un recrutement direct en application de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, « *sont placés en position de détachement dans les conditions et suivant les règles statutaires prévues pour cette position dans leur cadre d'emplois, corps ou emploi d'origine* » et « *sont classés à l'échelon de l'emploi fonctionnel comportant un indice égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui dont ils bénéficiaient dans leur grade* ». L'article 5 du même décret précise que par dérogation à l'article 4, les fonctionnaires ainsi détachés « *qui ont, en application de l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984, précédemment occupé soit un emploi identique au nouvel emploi dans lequel ils sont nommés, soit un autre de ces emplois affecté d'une échelle indiciaire identique ou moins favorable, sont classés à un indice égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui dont ils bénéficiaient dans l'emploi précédemment occupé, dès lors que leur nomination dans ce nouvel emploi intervient dans un délai au plus égal à un an* ». Enfin, aux termes de l'article 7 de ce décret : « *Seuls les fonctionnaires de catégorie A peuvent être détachés dans un emploi de : / 1. Directeur général des services d'une commune de 2 000 à 40 000 habitants ; [...].* »

4. Il résulte de ces dispositions que la seule condition statutaire à remplir pour être détaché dans un emploi de directeur général des services d'une commune de 2 000 à 40 000 habitants est celle, fixée par l'article 7 du décret du 30 décembre 1987, d'être fonctionnaire de catégorie A. Les articles 4 et 5 de ce décret ont uniquement pour objet de déterminer à quel échelon de l'emploi de détachement l'intéressé est classé, en fonction de l'indice dont il bénéficiait dans son grade ou, si les conditions posées à l'article 5 sont remplies, dans l'emploi fonctionnel qu'il occupait précédemment.

5. Pour écarter tout doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté du 26 décembre 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a relevé que Mme B... n'avait occupé précédemment aucun emploi fonctionnel et s'est fondé sur les dispositions des articles 4 et 5 du décret du 30 décembre 1987 pour déduire de l'indice qu'elle détenait dans le grade des attachés territoriaux qu'elle ne pouvait être détachée dans l'emploi de directeur général des services. En statuant ainsi, alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que Mme B... était, à la date du 31 août 2018, détachée dans l'emploi de directrice générale adjointe des services de la commune de Bussy-Saint-Georges, emploi fonctionnel mentionné à l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984, et qu'elle remplissait en tant qu'attachée territoriale

l'unique condition posée par les dispositions citées au point 3 pour le détachement dans un emploi de directeur général des services d'une commune de 2 000 à 40 000 habitants, il a dénaturé les pièces de ce dossier et méconnu la portée des dispositions du décret du 30 décembre 1987.

6. Par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, Mme B... est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur la demande de suspension de l'arrêté de retrait du 26 décembre 2018 :

8. En premier lieu, d'une part, l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration dispose que : « *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.* »

9. 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 a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de cette décision ou s'il a privé les intéressés d'une garantie. Il en résulte qu'une décision créatrice de droits, entachée d'un vice qui n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de cette décision et qui n'a pas privé les intéressés d'une garantie, ne peut être tenue pour illégale et ne peut, en conséquence, être retirée ou abrogée par l'administration de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers, même dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision.

10. D'autre part, conformément à l'article 30 de la loi du 26 janvier 1984, dans sa rédaction applicable au litige, et à l'article 27 du décret du 13 janvier 1986, le détachement d'un agent dans l'emploi de directeur général des services d'une commune de plus de 2 000 habitants doit intervenir après consultation préalable de la commission administrative paritaire compétente.

11. Il est constant, ainsi que l'a relevé le contrôle de légalité, que l'arrêté portant détachement de Mme B... dans l'emploi de directrice générale des services de la commune de Bussy-Saint-Georges a été pris avant que la commission administrative paritaire se prononce sur le projet de détachement. Mme B... soutient certes que l'arrêté de détachement n'était pas illégal de ce fait, dès lors que, d'une part, la consultation préalable de la commission administrative paritaire constituerait, selon elle, une garantie au bénéfice du seul agent que l'on se propose de nommer et que la décision lui étant en l'espèce favorable elle ne pouvait être regardée comme ayant été privée de cette garantie et que, d'autre part, en tout état de cause, la consultation de la commission administrative paritaire postérieurement à la décision a régularisé la procédure. Toutefois, lorsque la loi ou le règlement prévoit la consultation préalable d'une commission administrative paritaire avant une décision de détachement, cette consultation constitue une garantie au bénéfice de l'ensemble des agents candidats à ce

détachement ou susceptibles de l'être. Le défaut de cette consultation préalable ne peut en outre être regardé comme régularisé par la consultation de la commission administrative paritaire après la décision que dans les hypothèses où la loi ou le règlement permettent expressément de déroger au caractère préalable de la consultation, hypothèses dans lesquelles il n'est ni établi ni même allégué que l'on se soit trouvé en l'espèce.

12. Ainsi, en l'état de l'instruction, le moyen tiré de ce que l'arrêté du 26 décembre 2018 serait illégal comme ayant prononcé le retrait d'une décision qui n'était pas entachée d'illégalité n'apparaît pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de cet arrêté.

13. En deuxième lieu, aux termes du dixième alinéa de l'article 53 de la loi du 26 janvier 1984 : « *Il ne peut être mis fin aux fonctions des agents occupant les emplois* » tels que, notamment, celui de directeur général des services d'une commune de plus de 2 000 habitants, « *sauf s'ils ont été recrutés directement en application de l'article 47, qu'après un délai de six mois suivant soit leur nomination dans l'emploi, soit la désignation de l'autorité territoriale. La fin des fonctions [de ces] agents [...] est précédée d'un entretien de l'autorité territoriale avec les intéressés et fait l'objet d'une information de l'assemblée délibérante et du Centre national de la fonction publique territoriale ou du centre de gestion ; la fin des fonctions de ces agents prend effet le premier jour du troisième mois suivant l'information de l'assemblée délibérante* ». Ces dispositions ne trouvent toutefois à s'appliquer que dans le cas où le fonctionnaire est déchargé de ses fonctions et pas dans le cas où le détachement est retiré au motif qu'il est entaché d'illégalité. Mme B... ne peut, dès lors, utilement invoquer la méconnaissance de ces dispositions.

14. En dernier lieu, la circonstance que l'arrêté détachant Mme B... dans l'emploi de directrice générale des services ait mentionné, par l'effet d'une erreur matérielle, un indice inférieur à celui auquel elle devait être classée par application des dispositions mentionnées au point 3 est sans incidence sur la légalité de la décision par laquelle le maire a prononcé le retrait de cet arrêté pour le motif exposé précédemment.

15. Il résulte de tout ce qui précède qu'aucun moyen soulevé par Mme B... n'est, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du 26 décembre 2018. Par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'urgence, ses conclusions tendant à la suspension de l'exécution de cet arrêté doivent être rejetées, de même que ses conclusions tendant au prononcé d'une injonction.

Sur la demande de suspension des décisions portant réintégration et affectation de Mme B... :

16. Il ressort des éléments versés au dossier que si le retrait de l'emploi fonctionnel de directrice générale des services, dont découle de plein droit sa réintégration dans le grade d'attachée territoriale, a entraîné pour Mme B... une perte de responsabilités et de rémunération, les fonctions auxquelles elle a ensuite été affectée, avec la rémunération afférente, sont au nombre de celles correspondant à son grade et qu'il appartenait à la commune de lui proposer dans la mesure des emplois disponibles. Une telle affectation ne saurait, pour les mêmes motifs, être regardée comme une sanction. Dès lors, Mme B... n'est pas fondée à soutenir que son affectation dans ces fonctions préjudicierait, par elle-même, de

manière suffisamment grave à ses intérêts pour que soit caractérisée une situation d'urgence.

17. Par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la fin de non-recevoir soulevée par la commune de Bussy-Saint-Georges non plus que sur les moyens soulevés, les conclusions de Mme B... tendant à la suspension de l'exécution des décisions par lesquelles elle a été réintégrée dans son grade pour exercer les fonctions de responsable du pôle

administratif, juridique et financier des services techniques doivent être rejetées.

Sur les frais de l'instance :

18. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la commune de Bussy-Saint-Georges qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la

charge de Mme B... une somme au titre des mêmes dispositions.

DÉCIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 19 février 2019 du juge des référés du tribunal administratif de Melun est annulée.

Article 2 : Les demandes présentées par Mme B... devant le tribunal administratif de Melun sont rejetées.

[...] ■

Observations

Saisi d'un litige relatif à la légalité d'un arrêté municipal retirant une nomination de fonctionnaire territorial sur un emploi fonctionnel, le juge des référés du Conseil d'État se prononce pour la première fois sur la combinaison de la jurisprudence *Danthony* avec la jurisprudence *Ternon* qui permet de retirer, dans un délai de quatre mois, un acte administratif individuel créateur de droits qui est entaché d'illégalité et dont le dispositif a été repris par l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration.

En vertu de la jurisprudence d'Assemblée du contentieux *Danthony* du 23 décembre 2011⁵, toute irrégularité affectant la procédure d'élaboration d'un acte administratif n'entraîne pas systématiquement et nécessairement son annulation. Le Conseil d'État a dégagé le principe, repris au point 9 du présent arrêt, selon lequel, « *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 une influence sur le sens de la décision prise, ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* ». Cette ligne peut s'appliquer même lorsque c'est une procédure obligatoire qui a été méconnue, à condition que cette omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte, comme c'est le cas lorsqu'une décision doit être rendue sur avis conforme.

La jurisprudence *Danthony* a une portée générale, mais elle a rapidement trouvé des applications en droit de la fonction publique, s'agissant notamment des irrégularités affectant la consultation d'un organisme consultatif⁶, de l'engagement d'une procédure de radiation des cadres

pour abandon de poste⁷, de vices entourant l'organisation de l'entretien préalable à une décision⁸ ou encore d'irrégularités entachant la procédure disciplinaire⁹.

Le point nouveau qui est tranché par l'arrêt rendu conformément aux conclusions du rapporteur public a trait aux conséquences qui doivent être tirées de la jurisprudence *Danthony*, lorsqu'elle aboutit à ne pas censurer un acte administratif entaché d'un vice procédural véniel, s'agissant du droit dont dispose l'auteur de l'acte pour le retirer dans le délai ouvert par la jurisprudence *Ternon*. De façon parfaitement cohérente, le Conseil d'État juge que, dès lors qu'un acte créateur de droits n'est pas regardé comme illégal en vertu de la jurisprudence *Danthony* (le vice de procédure dont il est entaché n'ayant ni été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ni privé les intéressés d'une garantie), il ne peut pas être retiré ou abrogé par son auteur, à son initiative ou à la demande d'un tiers. La logique est incontestable. Néanmoins, comme le relève le rapporteur public, cela implique les choses pour les auteurs des actes lorsqu'ils s'interrogent sur la faculté dont ils disposent de le retirer en cas d'irrégularité, sur le fondement de l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration : il leur incombe en effet d'apprécier par eux-mêmes si l'irrégularité a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision ou si elle a privé les intéressés d'une garantie. Cette appréciation nécessite une capacité d'expertise juridique qui n'est pas à la portée de tous les responsables publics et ceux qui seront confrontés à la question auront grand intérêt à solliciter le conseil d'un juriste. ■

François SÉNERS

⁵ N° 335033 : Rec., p. 649.

⁶ Voir, pour le non-respect d'un délai de communication de documents, CE 27 avril 2012, n° 348637 ; pour une irrégularité de la composition d'une CAP, CAA Marseille 28 juin 2013, n° 11MA04831 ou CAA Nancy 31 janvier 2013, n° 12NC00881.

⁷ CE 7 mars 2014, n° 368200.

⁸ CE 26 avril 2013, *Cella*, n° 355509 ; CE 16 décembre 2013, n° 367007.

⁹ CE 31 janvier 2014, n° 369718 ; CE 12 février 2014, n° 352878.