

**N° 375123**  
**Caisse des Dépôts et**  
**Consignations**  
**c/ Mme U... et la commune d'Arles**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 11 mars 2015**  
**Lecture du 15 avril 2015**

## **CONCLUSIONS**

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Le montant de la pension des fonctionnaires de l'Etat<sup>1</sup> comme des collectivités locales<sup>2</sup> est calculé sur la base du traitement soumis à retenue afférent à l'indice correspondant à l'emploi, grade, classe et échelon effectivement détenus depuis six mois au moins par l'agent au moment de la cessation des services valables pour la retraite. Quelle est la portée sur la liquidation de la pension d'une décision de retrait du dernier avancement obtenu par l'agent lorsque cette décision intervient postérieurement à sa mise à la retraite ? Telle est la question, à notre connaissance inédite, que l'affaire qui vient d'être appelée présente à juger.

Mme U..., adjoint administratif territorial principal de 1<sup>ère</sup> classe de la commune d'Arles, a été admise à la retraite à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2009 par une décision du 16 juin 2009. La Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) a liquidé sa pension sur la base de son traitement au 7<sup>ème</sup> échelon indice 479, qu'elle avait atteint le 1<sup>er</sup> janvier 2007, sans tenir compte de sa nomination à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2008, par une décision du 28 octobre précédent, à un échelon spécial-indice 499. La CNRACL a, par décision du 6 octobre 2009, maintenu cette base de liquidation en réponse à la demande de révision de Mme U..., au motif que cette dernière nomination était illégale, ce qui est exact, le cadre d'emploi des adjoints administratifs ne prévoyant pas, au sein de l'échelle 6 de rémunération, un tel échelon spécial, mais seulement 7 échelons<sup>3</sup>, à la différence d'autres cadres d'emploi de catégorie C de la fonction publique territoriale. Jusque là, cette situation ne présente aucune originalité et son traitement par votre jurisprudence est aussi clair que constant. La particularité de la présente affaire tient à ce que, le 19 novembre 2009, le maire de la commune a retiré son arrêté nommant Mme U... à l'échelon spécial, dont la CNRACL avait refusé de tenir compte.

---

<sup>1</sup> En application du premier alinéa du I de l'article L. 15 du code des pensions civiles et militaires de retraite

<sup>2</sup> En application du premier alinéa du I de l'article 17 du décret du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales

<sup>3</sup> Application combinée de l'art 2 du décret n°2006-1690 du 22 décembre 2006 portant statut particulier du cadre d'emplois, de l'art 3 du décret n°87-1107 du 30 décembre 1987 et de l'art 2 du décret n°87-1108, dans leur version applicable au litige.

Saisie par Mme U..., le TA de Marseille a annulé le refus de la CNRACL de réviser sa pension. Son jugement a été confirmé par un arrêt du 3 décembre 2013 de la CAA de Marseille, contre lequel la Caisse des dépôts et consignation se pourvoit en cassation.

Le principal moyen du pourvoi est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en jugeant que la pension devait être calculée sur la base du dernier échelon acquis par l'agent, dès lors que sa nomination à cet échelon était illégale et avait en outre été retirée.

La requérante en développe particulièrement la première branche pour vous convaincre de reconnaître à l'autorité de liquidation la possibilité de ne pas tenir compte des décisions illégales constitutives de la position statutaire de l'agent, c'est-à-dire de revenir sur une jurisprudence aussi constante dans son application que solide quant à ses justifications.

Vous jugez en effet que le gestionnaire d'un régime de retraite ne peut légalement remettre en cause les décisions prises par l'autorité administrative déterminant les droits à pension de l'agent, y compris lorsque ces décisions sont illégales. Il doit ainsi, par exemple, tirer les conséquences, en prenant en compte les services accomplis, d'un maintien illégal en activité (CE, 17 juin 2005, *Epoux G...*, T. p. 942, n° 215671 ; CE, 17 décembre 2008, *Mme J...*, n° 295013), sauf si ce maintien dépasse la limite d'âge (19 novembre 2010, *Caisse des dépôts et consignations c/ M. B...*, n° 316613, aux T). Il ne peut s'affranchir de l'exécution de la décision illégale que si elle apparaît nulle et non avenue, ce qui est le cas des nominations pour ordre, qualifiées d'inexistantes (2 juin 2010, *Cne de Loos*, n° 309446 au recueil) ou d'une reconstitution de carrière fictive intervenue à titre gracieux (CE, 5 mars 2009, *M...*, T., n° 292383). Dans ces derniers cas, contrairement aux précédents où l'agent, même illégalement maintenu en fonctions, avait accompli son service, la décision crée une situation juridique purement fictive, qui ne peut donc être source de droits.

Nous ne voyons aucune raison de revenir sur cette jurisprudence qui n'est que l'application d'un principe plus général selon lequel tant qu'un acte administratif, fut-il illégal voire même obtenu par fraude, n'a pas été annulé ou retiré, il appartient à l'ensemble des autorités administratives de l'appliquer et d'en tirer les conséquences légales (Section, 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, p. 359 ; 29 novembre 2002, *Assistance publique – hôpitaux de Marseille*, s'agissant d'un acte obtenu par fraude ; Sect, 16 décembre 2005, *L...*, n° 274545).

En l'espèce, la décision de nomination d'un agent à un indice qui n'existe pas dans son corps, contrairement à d'autres corps de la fonction publique territoriale, est une simple illégalité, de même nature que celle qui entache par exemple un avancement d'échelon auquel l'agent ne remplissait pas les conditions pour accéder (7 janvier 2013, *M. D...*, n° 342062, aux T). La cour n'a donc pas inexactly qualifié les faits, puisque tel est votre contrôle sur ce point (2 juin 2010, *Commune de Loos*, n° 309 446, au rec), en refusant d'y voir un acte inexistant, ce qui vous conduira à écarter le second moyen du pourvoi.

Plus originale est la question de la portée de la décision de retrait de cette nomination, intervenue postérieurement tant à la date de liquidation de la pension de l'agent qu'à celle du refus de la réviser.

Si nous n'avons guère de doutes sur le fait qu'elle n'était pas susceptible d'affecter les droits à pension de l'agent, il est davantage permis d'hésiter sur le fondement d'une telle solution. Faut-il, comme l'a fait la cour, neutraliser l'effet de cette décision en relevant qu'elle méconnaissait « le délai de quatre mois dans lequel l'administration, (...) peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits si elle est illégale », en application de la jurisprudence *Ternon* (Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197178, p. 497) ou, plus radicalement, juger qu'il n'appartient pas au juge de la pension de tenir compte d'une décision de retrait postérieure à la liquidation de la pension ?

La portée de l'effet rétroactif d'une décision administrative de retrait sur l'étendue des droits à pension dépend de la date à laquelle ils doivent être fixés ou, selon l'expression couramment utilisée en la matière et tout à fait évocatrice, ils sont cristallisés.

Cette date est celle du départ à la retraite de l'agent, qui constitue le fait générateur de ses droits à pension (voyez, pour une affirmation récente d'une jurisprudence classique : 11 décembre 2009, *Mme H...*, n° 304723, aux T). La pension est en principe calculée en fonction des circonstances de fait et du droit en vigueur à cette date (Cf. par exemple CE, 17 juin 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ P...*, n° 271781, T.).

Vous jugez de manière générale que « les décisions portant concession de pension régulièrement notifiées deviennent définitives et intangibles si elles ne sont pas contestées » dans les délais, ce « caractère intangible » faisant échec à tout retrait, même pris sur demande (CE, 22 juin 2012, *G...*, n° 332172, aux T.). Le caractère définitif de l'acquisition des droits à pension dès leur liquidation résulte également des articles L. 55 du code des pensions civiles et militaires de retraite pour les agents de l'Etat et 62 du décret du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, pour ces derniers. Ces dispositions ne prévoient la possibilité de réviser ou de supprimer la pension, "à l'initiative de l'administration ou sur demande de l'intéressé que dans les conditions suivantes : / A tout moment en cas d'erreur matérielle ; / Dans un délai d'un an à compter de la notification de la décision de concession initiale de la pension ou de la rente viagère, en cas d'erreur de droit". Vous avez qualifié dans votre décision *G...*, n° 332172, précitée ces possibilités de révision "de dérogation au caractère intangible des décisions portant concession de pension" et précisé que toute modification ultérieure d'une pension liquidée s'analyse en une révision qui ne peut être décidée que dans les cas prévus par ces dispositions (11 septembre 2006, *Min de l'économie*, n° 279814, aux T.).

Le retrait d'une décision relative aux éléments constitutifs du droit à pension produit ses pleins effets lorsqu'il intervient avant la date de liquidation de la pension. C'est pourquoi vous avez pris soin de préciser dans vos décisions *Epoux G...*, (T. p. 942, n° 215671), et *Mme J...*, (n° 295013), que l'autorité administrative chargée de liquider la pension était tenue de tirer les conséquences légales des décisions même illégales sous réserve qu'elles n'aient pas été annulées ou rapportées.

Vous n'avez pas tranché la question de savoir si, dans le cas où une décision a été rapportée avant l'admission à la retraite de l'agent, ce retrait ne s'imposait à l'autorité de liquidation que s'il était lui-même légalement intervenu, c'est à dire dans les conditions posées par la décision *Ternon*. La réponse n'est pas évidente car si la logique de votre jurisprudence semble imposer à l'autorité administrative de liquider la pension en fonction de la situation administrative de l'agent telle qu'elle se présente à une date donnée, compte tenu par

conséquent des décisions prises mais aussi de leur éventuel retrait, sans avoir à en contrôler la légalité, il est permis de penser que la vérification de ce que le retrait a pu légalement intervenir ne conduit pas à porter une appréciation sur la légalité de la situation administrative de l'agent mais à déterminer cette situation en recherchant les décisions qui la constituent valablement. Mais avons bien conscience que la différence peut paraître bien subtile.

Quoi qu'il en soit, vous n'aurez pas à prendre position sur ce point car le retrait est intervenu en l'espèce postérieurement à la liquidation des droits à pension et au refus de l'autorité administrative de la réviser. Son effet rétroactif ne peut donc éventuellement jouer que devant le juge saisi de la contestation du calcul de la pension, auquel il reviendrait de constater que l'illégalité du calcul de la pension à la date de sa liquidation est régularisée devant lui par le retrait de la décision de nomination à un indice dont l'administration avait illégalement refusé de tenir compte.

Vous savez que, même si le contentieux des pensions relève du plein contentieux, le juge ne peut, pas davantage que l'administration, tenir compte de circonstances de droit ou de fait postérieures à la date du fait générateur des droits à pension, à laquelle ils doivent être arrêtés (11 décembre 2009, *Mme H...*, n° 304723, aux T, précitée). Vous avez très clairement jugé que l'office du juge des pensions ne le conduit pas à remettre en cause ce principe et que s'il lui appartient néanmoins "de rechercher si des dispositions législatives ou réglementaires intervenues postérieurement au fait générateur à la date duquel les droits à pension de l'intéressé doivent être normalement appréciés sont susceptibles d'affecter ces droits, c'est à la condition que le législateur ait entendu leur donner une telle portée". Seul le législateur peut donc modifier rétroactivement les dispositions applicables à la détermination des droits à pension (Sect, 16 avril 1937, *Clauss*, p. 397; 9 mai 2011, *R...*, n° 343460, aux T<sup>4</sup>), ce qui rejoint la position du Conseil constitutionnel selon laquelle aucun principe constitutionnel ne garantit l'intangibilité des droits aux retraites liquidées (CC, 93-348 DC du 3 août 1994, *loi sur la protection sociale complémentaire des salariés*).

Toutefois, l'effet rétroactif d'événements postérieurs peut-il conduire à considérer qu'ils sont censés avoir modifié les circonstances de droit et de fait existant à la date de la liquidation ? La liquidation ayant eu lieu, ces modifications ne peuvent procéder que des causes de révision prévues par les dispositions précitées de l'article L. 55 du code des pensions ou 62 du décret de 2003, qui permettent la révision de la pension en cas d'erreur matérielle, à tout moment, ou d'erreur de droit, pendant un délai d'un an.

Une erreur portant sur la situation statutaire du fonctionnaire relève de l'erreur de droit, comme vous le rappelez de manière constante en jugeant que la possibilité prévue par les dispositions précitées de réviser une pension pour erreur de droit "permet notamment de redresser toute erreur de droit concernant la détermination de la situation administrative du fonctionnaire retraité au jour de son admission à la retraite et ayant eu une influence sur la liquidation de sa pension" (28 novembre 1975, *Dame N...*, n° 97405, p. 611; 12 juil 1995, *Min du budget c/ M. J...*, n° 140588; 1er juin 2001, *K...*, n° 189126; 7 déc 2009, *B...*, n° 303577).

---

<sup>4</sup> Ass. 18 octobre 1974 *Dame R...* n° 90481 p. 494 ; CE, 20 décembre 2006, *Syndicat national des fabricants et des distributeurs en ophtalmologie*, n° 282202 ; 17 janvier 1997 *B...* n°170569.

Lorsque la situation statutaire de l'agent telle qu'elle se présentait à la date de sa mise à la retraite résultait d'une décision illégale qui a été régulièrement retirée, il nous semble que l'effet rétroactif de ce retrait a pour conséquence de rendre illégale la liquidation de la pension et de permettre sa révision afin de redresser cette erreur.

Cette solution ne résulte pas seulement de l'effet rétroactif du retrait, mais également de son objet, qui est de faire disparaître une décision existante illégale. A cet égard, le retrait se distingue de l'acquisition postérieure de droits, y compris lorsqu'elle est rétroactive, car cette acquisition constitue bien une novation, qui n'a d'effet pour le passé qu'en vertu de la volonté de l'autorité compétente de lui en donner. Vous jugez d'ailleurs par les décisions que nous venons de citer que ces décisions, même rétroactives, ne peuvent justifier une révision de la pension que si elles ont été prise pour des motifs tenant à "l'exécution d'une loi, d'un règlement ayant légalement un effet rétroactif ou d'une décision du juge de l'excès de pouvoir". Ce dernier cas, qui conduit à modifier rétroactivement une situation administrative pour l'exécution d'une décision de justice en ayant constaté l'illégalité (9 nov 1994, *Mme B...*, n° 120111; 17 juin 2009, *M. D...*, n° 306076), est d'ailleurs proche du retrait, qui ne peut légalement intervenir qu'en cas d'illégalité de la décision.

Nous avons beaucoup moins d'hésitations que précédemment à vous proposer de juger qu'il appartient dans cette hypothèse à l'autorité administrative de vérifier, sous le contrôle du juge, si le retrait a pu avoir légalement un effet rétroactif, puisque c'est de lui que dépend l'erreur de droit qui justifie la révision de la pension. Elle devra donc s'assurer que la décision sur la base de laquelle la pension a été liquidée était illégale et a été retirée dans le délai de 4 mois de la jurisprudence *Ternon*.

Cette solution ne porte pas atteinte au caractère intangible de la liquidation de la pension à la date du fait générateur des droits car le retrait régulier d'une décision relative à la situation statutaire de l'agent intervient nécessairement avant que les droits qu'elle confère aient été définitivement acquis. Elle donne au contraire son plein effet à l'équilibre auquel tend votre jurisprudence *Ternon*, en permettant à l'administration de revenir sur ses décisions illégales tant que les droits qu'elles ont créé ne sont pas devenus définitifs, c'est à dire pendant un délai de 4 mois. Nous ne voyons pas pourquoi l'intangibilité de la pension liquidée, qui garantit des droits acquis, devrait y faire obstacle s'agissant des droits qui, parce qu'ils peuvent encore être retirés, ne le sont pas encore définitivement.

Ajoutons enfin que cette hypothèse relève essentiellement du cas d'école, comme l'illustre la présente espèce. La plupart des décisions illégales conférant aux agents davantage de droits à pension qu'ils ne devraient en avoir sont des avancements indus. La pension étant calculée sur la base de la position statutaire effectivement détenue depuis au moins six mois à la date de la mise à la retraite, le délai de retrait sera le plus souvent expiré à la date de la liquidation, de sorte que la décision illégale sera devenue définitive et s'imposera à l'autorité compétente.

Il nous semble donc que l'administration peut se prévaloir du retrait d'une décision statutaire régulièrement intervenu après la liquidation pour procéder à sa révision.

Elle peut aussi, comme dans la configuration du présent litige, s'en prévaloir non pas pour réviser une pension qu'elle avait liquidée sans tenir compte de la décision retirée, mais pour justifier rétroactivement sa décision de ne pas la prendre en considération, alors même qu'elle était de ce fait illégale lorsqu'elle l'a prise. Dès lors qu'elle aurait été fondée à réviser la pension si elle avait été légalement liquidée en tenant compte de cette décision illégale, elle doit aussi être fondée à faire valoir devant le juge que le retrait régulier de cette décision illégale régularise sa décision ab initio, ce qui revient à lui demander de lui substituer un motif légal.

Mais, comme nous vous l'avons dit, le retrait de la décision d'avancement de Mme U... est lui-même illégal, puisqu'il est intervenu bien au-delà du délai de 4 mois à partir de la prise de cette décision. Il ne pouvait donc faire disparaître cette décision qui était définitive et qui s'imposait à la CNRACL. La cour a eu raison d'écarter le retrait de la décision d'avancement au motif qu'il était intervenu non pas postérieurement à la date de la liquidation de la pension, mais postérieurement au délai dans lequel il pouvait être décidé, ce qui le privait de tout effet.

EPCMNC au rejet du pourvoi. Les conclusions de la commune d'Arles tendant à ce que soit mis à la charge de la CNRACL les frais qu'elle a engagés dans cette instance nous semblent devoir être rejetées car elle n'était plus dans la cause depuis que les conclusions indemnitaires de Mme U... à son encontre avaient été définitivement rejetées par le tribunal administratif comme irrecevables, l'appel formé par la CNRACL contre le jugement n'ayant porté que sur l'annulation du titre de pension, litige auquel la commune n'a pas d'intérêt, et Mme U... n'ayant pas formé d'appel incident.