

N° 376239

Ministre de l'économie et des finances

c/ M. A...

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 2 septembre 2015

Lecture du 18 septembre 2015

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les effets de l'annulation contentieuse¹ du refus d'accorder aux fonctionnaires pères de trois enfants le bénéfice des dispositions du 3° du I de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite qui réservaient de manière discriminatoire aux femmes fonctionnaires la possibilité de prendre une retraite anticipée avec jouissance immédiate de la pension sont désormais bien établis. Le droit du fonctionnaire à la jouissance immédiate de sa pension dont il a été illégalement privé peut lui être reconnu de façon rétroactive. La date à laquelle doit être fixée l'entrée en jouissance de la pension doit cependant tenir compte de la position de l'agent durant la période au cours de laquelle il en a été privé, afin d'éviter tout cumul entre le traitement d'activité et la pension de retraite (29 décembre 2004, *M...*, n° 267651, aux T sur ce point ; 23 mars 2005, *L...*, n° 266873, aux T sur un autre point ; 26 sept 2005, *B...*, n° 255656, aux T sur un autre point). Autrement dit, dès lors que la rétroactivité de l'annulation contentieuse ne saurait effacer la réalité du service fait et du droit à rémunération qui en découle, l'agent percevra à compter du jour où il a effectivement quitté ses fonctions sa pension liquidée à la date antérieure à laquelle elle aurait dû l'être. Ces deux dates peuvent correspondre lorsque, comme dans l'affaire *M...*, le fonctionnaire était en disponibilité depuis le refus illégal de lui accorder sa retraite de manière anticipée. Elles sont décalées lorsque l'agent est resté en fonctions, comme dans l'affaire *L...*.

Dans ce dernier cas, qui est aussi celui qui vous est soumis, la période d'activité de l'agent postérieure à la date à laquelle il aurait dû être autorisé à prendre sa retraite lui ouvre-t-elle des droits à pension supplémentaires ?

Telle est la question à laquelle le présent pourvoi vous invite à répondre par la négative.

M. A..., professeur de collège, père de 7 enfants, s'est vu refuser le droit de partir à la retraite de manière anticipée avec jouissance immédiate de sa pension à compter du 1^{er} septembre 2005 et est resté en fonctions jusqu'à ce qu'il atteigne la limite d'âge, le 1^{er} mars 2008. Il avait pendant ce temps contesté le refus qui lui avait été opposé devant le TA de Pau qui, par un jugement du 11 décembre 2007 devenu définitif, l'avait annulé et avait enjoint au

¹ 29 juillet 2002, *M. G...*, p. 284 ; 29 janvier 2003, *M. C...*, p. 694 ; 26 février 2003, *L...*, n° 187401, p. 55.

recteur de l'académie de Bordeaux d'admettre rétroactivement M. A... à la retraite à compter du 1^{er} septembre 2005.

L'administration s'est exécutée en prenant, d'une part, le 8 février 2008 un arrêté admettant M. A... à la retraite à compter du 1^{er} septembre 2005, avec maintien en fonction jusqu'au 1^{er} mars 2008, d'autre part, le 14 avril 2008, un arrêté lui concédant sa pension liquidée à cette même date du 1^{er} septembre 2005.

M. A... a alors demandé la révision de sa pension afin que soient pris en compte les services effectivement accomplis entre le 1^{er} septembre 2005 et le 1^{er} mars 2008. Il a également demandé le remboursement des cotisations retraite payées sur cette période et l'indemnisation du préjudice résultant de son maintien irrégulier en fonctions.

L'ensemble de ces demandes ayant été rejeté, M. A... en a saisi le TA de Bordeaux, qui les a rejetées. Il a eu plus de succès devant la CAA de Bordeaux qui, par un arrêt du 9 janvier 2014, a annulé le jugement et la décision de refus du service des pensions de réviser sa pension, enjoint au ministre de la réviser pour tenir compte du supplément de liquidation dû au titre de la période de maintien en activité de M. A... et condamné l'Etat à verser 10 000 euros à ce dernier en réparation du préjudice subi.

Le ministre de l'économie et des finances se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a statué sur les droits à pension de M. A....

Pour juger que la période pendant laquelle M. A... était resté en fonctions après la date à laquelle il aurait du être autorisé à prendre sa retraite de manière anticipée lui ouvrait droit à un supplément de liquidation, la cour s'est fondée sur l'article L. 26 bis du code des pensions civiles et militaires de retraite qui dispose que « *Le fonctionnaire maintenu en fonctions temporairement et dans l'intérêt du service et qui, au moment de sa radiation des cadres, occupe un emploi, même en position de détachement, ne peut percevoir sa pension qu'à compter du jour de la cessation effective du paiement de son traitement. La période de maintien en fonctions donne droit à supplément de liquidation dans la limite du nombre de trimestres nécessaires pour obtenir le pourcentage maximum de la pension mentionné à l'article L. 13* ».

Le pourvoi reproche à la cour de n'avoir pas suffisamment motivé son arrêt en ne se prononçant pas sur l'intérêt du service qui doit justifier le maintien en fonctions et commis une erreur de droit, dès lors que M. A... n'a pas été maintenu en fonctions dans l'intérêt du service postérieurement à la date à laquelle il aurait du pouvoir partir à la retraite de manière anticipée.

L'insuffisance de motivation reprochée à la cour est en réalité une erreur de droit, tenant à ce qu'elle n'a pas recherché si l'agent avait été maintenu en fonctions dans l'intérêt du service. Elle nous paraît certaine, la cour déduisant le droit de l'agent à un supplément de liquidation du seul constat de son maintien en fonctions.

Mais l'autre moyen, qui conduit à se demander si la cause du maintien en fonctions de l'agent entre dans les prévisions de l'article L. 26 bis du code des pensions, mérite davantage de développements. Il est à peine esquissé par le ministre, mais il ressort en tout état de cause du champ d'application de la loi.

Il ne fait tout d'abord à nos yeux guère de doutes que ni la lettre de l'article L. 26 bis du code des pensions ni l'intention du législateur ne permet d'en faire application au cas particulier de l'admission rétroactive à la retraite en exécution d'une annulation contentieuse.

Les termes mêmes de l'article L. 26 bis s'y opposent. L'agent qui a poursuivi son activité jusqu'à la limite d'âge parce qu'on lui avait refusé un départ anticipé à la retraite ne

peut être regardé comme ayant été « maintenu en fonctions », expression qui implique une décision de l'administration de maintenir l'agent en activité au-delà du terme normal de sa carrière. L'intérêt du service qui doit justifier cette décision indique qu'elle s'inscrit dans le cadre des moyens dont dispose l'administration pour l'organisation de ses services et l'adverbe « temporairement » rappelle que cette mesure dérogatoire ne peut être prise que pour une courte période, en vue d'assurer la continuité du service. Concrètement, il s'agit d'introduire un peu de souplesse dans la rigidité chronologique de la règle de la limite d'âge en permettant à l'administration de retarder de quelques mois au plus la radiation des cadres des fonctionnaires dont les missions souffriraient d'une interruption immédiate. Le rapporteur à l'Assemblée Nationale (B. Accoyer) du projet de loi dont est issue la rédaction actuelle de l'article L. 26 bis² donnait comme exemple « les titulaires d'emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement atteignant la limite d'âge dans les trois mois précédant la date d'achèvement du mandat du Président de la République ». On pense également à l'enseignant maintenu en fonctions les quelques semaines ou mois qui séparent le jour où il est atteint par la limite d'âge de la fin de l'année scolaire.

La circonstance que jusqu'en 2003, ce maintien en fonctions n'ouvrait pas droit à supplément de liquidation nous paraît constituer une preuve supplémentaire de ce qu'il ne représente qu'un aménagement temporaire de la cessation effective de l'activité, sans effet sur les droits à pension de l'agent, qui sont calculés en fonction de sa seule situation statutaire. La loi du 21 août 2003 a modifié sur ce point l'article L. 26 bis en adoptant les dispositions que nous avons citées et sur lesquelles la cour s'est fondée. Mais le fait que, désormais, ce maintien en fonctions permette éventuellement à l'agent d'acquérir les trimestres nécessaires pour compléter sa pension, ne change pas la finalité de ce dispositif qui demeure un outil de gestion des effectifs dans l'intérêt du service aux mains de l'administration.

Le cas du fonctionnaire rétroactivement réintégré dans son droit de faire valoir de manière anticipée son droit à la retraite et à la jouissance immédiate de sa pension ne correspond à aucune des caractéristiques de ce dispositif.

En premier lieu, il n'est pas à strictement parler maintenu en fonctions par l'administration ; c'est lui qui décide de rester en activité du fait du refus que l'administration a opposé à sa demande de départ anticipé à la retraite, refus fondé non sur la perturbation du service que pourrait engendrer le départ à la date qu'il sollicitait – il entendait en l'occurrence partir à la retraite à la fin de l'année scolaire – mais sur un motif illégal lui déniait ce droit.

En deuxième lieu, l'intérêt du service ne motive ni le rejet de sa demande, nous venons de le voir, ni la régularisation rétroactive de sa situation administrative, quand bien même l'arrêté qui l'organise indiquerait un « maintien en fonctions » après la radiation des cadres. Cette décision rétroactive de maintien en fonctions n'a pour objet que d'assurer la régularité juridique du service fait compte tenu de l'admission à la retraite elle-même rétroactive. Or, contrairement à ce que soutient M. A... en défense devant vous, l'intérêt du service ne recouvre pas toute la légalité. Cette notion permet au contraire de circonscrire précisément le champ de cette dispositions aux décisions maintenant en fonctions un agent au-delà de la limite d'âge afin d'assurer la continuité et la qualité du service.

Enfin, les régularisations rétroactives telles que celles de la présente espèce ne conduisent que rarement à des maintiens en fonctions temporaires. En l'occurrence, M. A... a poursuivi son activité pendant deux ans et sept mois, ce qui ne saurait être regardé comme un maintien en fonctions temporaire au sens de ces dispositions.

²

Loi 2003-775 du 21 août 2003

Si le droit à supplément de liquidation de pension prévu par le 2nd alinéa de l'article L. 26 bis n'a donc pas été conçu pour répondre au cas particulier de l'octroi rétroactif d'un droit au départ anticipé à la retraite avec jouissance immédiate des droits à pension, vous pourriez vous demander s'il ne convient pas d'en étendre l'application à cette hypothèse, pour des raisons qui se rattachent davantage à l'équité qu'à la légalité.

Il peut sembler en effet à première vue injuste de ne pas permettre à l'agent qui a été illégalement privé du droit de partir à la retraite de manière anticipée, qui a donc été contraint de poursuivre son activité du fait d'une décision illégale de l'administration, de ne pas pouvoir au moins profiter des avantages de ce maintien en activité pour la constitution de ses droits à pension. La reconnaissance rétroactive d'un droit de partir à la retraite de manière anticipée avec jouissance immédiate des droits à pension est sans effets pratiques lorsqu'elle intervient comme en l'espèce lorsque l'agent a atteint la limite d'âge. Il apparaît même doublement perdant puisqu'il aura du travailler plus longtemps qu'il ne le devait, sans que cette période d'activité lui ouvre des droits pour sa pension, qui est rétroactivement liquidée à une date antérieure. Certes, vous avez jugé qu'aucune retenue pour pension ne saurait être déduite du traitement auquel l'agent a droit au titre du service fait durant cette période, puisqu'elle n'ouvrira aucun droit à pension supplémentaire (26 sept 2005, *B...*, n° 255656, précitée). Ce n'est là cependant qu'une satisfaction très imparfaite.

L'application du 2nd alinéa de l'article L. 26 bis à cette hypothèse permettrait ainsi de faire prévaloir la réalité de la durée d'exercice des fonctions sur la fiction de la rétroactivité de la liquidation de la pension.

Mais, nous l'avons vu, tout son alinéa 1^{er} s'y oppose. Une telle solution ne procéderait pas seulement d'une interprétation extensive de l'article L. 26 bis, elle vous entraînerait loin au-delà de son champ d'application. Vous l'avez implicitement écartée en jugeant par votre décision *B...* précitée que le traitement de l'agent concernant la période postérieure à la date à laquelle il aurait du être autorisé à prendre sa retraite ne devait pas être diminué de la retenue pour pension et votre 1^{ère} sous-section l'a explicitement écartée (13 juin 2012, *Six*, n° 333798).

Les inconvénients que nous avons décrits résultant de la combinaison d'une situation de fait illégalement créée et de sa correction juridique ne nous semblent donc pas pouvoir être compensés par l'application de ces dispositions ; ils ne peuvent actuellement qu'être réparés au titre des préjudices que l'agent a subi du fait du refus fautif de l'administration faire droit à sa demande de départ anticipé à la retraite, lesquels peuvent intégrer la perte des droits à pension.

La solution la plus satisfaisante pour l'intéressé serait probablement de faire prévaloir la réalité de l'exercice de ses fonctions sur la fiction juridique de sa mise à la retraite rétroactive. Elle permettrait à l'agent de bénéficier automatiquement de l'ensemble des droits à pension acquis par son travail, le contentieux indemnitaire étant limité à la réparation des préjudices, essentiellement moraux, subis du fait du refus illégal de partir à la retraite plus tôt. Mais elle est très constructive puisqu'elle implique de neutraliser l'effet rétroactif de l'annulation contentieuse, ce qui explique que vous ne l'ayez pas suivie jusqu'à présent. Elle nous semble difficile à adopter en l'espèce, dès lors que l'administration a pris en exécution de cette annulation définitive une décision de mise à la retraite rétroactive ordonnée par le tribunal qui n'a pas été contestée et qu'elle conduirait à remettre en cause l'indemnisation du préjudice accordée par le tribunal, qui n'est pas davantage contestée par le ministre.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué en tant qu'il a statué sur les droits à pension de M. A..., c'est-à-dire ses articles 1, 2 et 3.

Réglant l'affaire au fond, vous rejetterez les conclusions de ce dernier tendant au bénéfice du supplément de liquidation au titre de la période d'activité postérieure au 1^{er} décembre 2005, pendant laquelle il a été rétroactivement admis à la retraite.

En effet, d'une part, comme nous venons de le voir, aucune disposition du code des pensions civiles et militaires de retraite ne lui donne droit à ce supplément de liquidation.

D'autre part, il ne peut se prévaloir utilement des stipulations de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la CESDH dès lors qu'il ne pouvait nourrir aucune espérance légitime de bénéficier de ce supplément de liquidation, ni au titre de la législation qui ne le prévoit pas, ni au titre des cotisations retenues sur son traitement, qui l'ont été à tort et qui n'ouvrent aucun droit à pension, comme le précise l'article L. 64 du code des pensions qui dispose que les retenues *« irrégulièrement prélevées n'ouvrent aucun droit à pension mais peuvent être remboursées sans intérêts sur la demande des ayants droit »*.

M. A... a en revanche droit au remboursement des retenues prélevées sur le traitement qu'il a perçu pendant la période d'activité postérieure à son admission rétroactive à la retraite, du 1^{er} septembre 2005 au 1^{er} mars 2008, qui doivent être regardées, en raison de l'annulation du refus illégal de faire droit à sa demande de mise à la retraite à compter du 1^{er} septembre 2005, comme ayant été irrégulièrement prélevées (cf. décision B... précitée). Vous réformerez le jugement attaqué en ce sens.

Partie perdante en cassation, M. A... ne peut prétendre au remboursement des frais exposés devant vous.

Il obtient en revanche partiellement gain de cause en appel, ce qui nous semble justifier que vous rejetiez les conclusions du ministre tendant à l'annulation de l'article 5 de l'arrêt qui met à la charge de l'Etat le versement à M. A... d'une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés.

Tel est le sens de nos conclusions.