

N° 417554

M. N...

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 13 février 2019

Lecture du 27 février 2019

- C

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

M. N..., professeur agrégé de l'éducation nationale né en 1950 et père de trois enfants, a saisi le 18 septembre 2014 le recteur de l'académie de Versailles d'une demande tendant soit à son admission à la retraite anticipée en tant que père de trois enfants, en application de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR), soit le bénéfice de la bonification de sa pension prévue par l'article L. 12 du même code, au titre de chacun de ses enfants. N'ayant pas obtenu de réponse, il a réitéré sa demande, y ajoutant une demande d'indemnisation du préjudice subi par ce refus implicite. Ces demandes ont à nouveau été implicitement rejetées. M. N... ayant atteint l'âge légal de départ à la retraite, sa pension a été liquidée par un arrêté du 31 août 2015, avec une seule bonification au titre de son troisième enfant, le seul pour lequel il a bénéficié d'un congé parental d'un an à partir du 1<sup>er</sup> septembre 1986. Il a alors formé devant le TA de Versailles, qui l'a transmis au TA de Paris, un recours que le tribunal a analysé, sans que cela soit contesté, comme tendant à l'annulation de la décision implicite de rejet des demandes qu'il avait adressées au recteur et à ce qu'il soit enjoint à l'Etat de réviser son titre de pension en lui accordant le bénéfice d'une bonification pour chacun de ses trois enfants. Par un jugement du 28 novembre 2017, le TA de Paris a rejeté l'ensemble de ses conclusions.

Précisons avant d'examiner les moyens qu'il soulève à l'appui du pourvoi en cassation qu'il forme contre ce jugement que son admission à la retraite à l'âge légal n'a pas rendu sans objet ses conclusions en annulation de la décision implicite qui concernait alternativement son départ anticipé à la retraite, dans la mesure où ce refus a produit des effets, dont il demande d'ailleurs l'indemnisation.

Son premier moyen porte précisément sur la légalité de ce refus. Il fait valoir qu'en jugeant que l'article R. 37 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dans sa rédaction antérieure au décret du 16 juin 2016, rédaction issue du décret du 30 décembre 2010, s'opposait à ce que le congé parental qu'il avait pris après la naissance de son troisième enfant soit comptabilisé pour ses deux premiers enfants au motif qu'ils ne remplissaient pas la condition d'être âgés de moins de trois ans, le tribunal a commis une double erreur de droit, tenant d'une part à ne pas avoir fait application de la rédaction actuelle de ce texte, qui prévoit seulement que le congé parental doit être pris tant que l'enfant est encore à la charge de son parent, d'autre part à avoir commis une erreur de droit en ayant fait application de cette condition d'âge alors que vous l'avez jugée contraire au principe d'égalité en tant qu'elle s'appliquait aux enfants handicapés par une décision *M. T...* du 16 décembre 2015 (n° 387815, aux T sur ce point).

Vous ne pourrez certainement pas le suivre sur le premier point, puisque vous savez que, sauf à ce que le législateur en décide autrement, les droits à pension sont déterminés en fonction des dispositions législatives et réglementaires applicables à la date du fait générateur de la pension, qui est celle de sa liquidation (CE, 11 décembre 2009, *Mme H... c/ veuve L...*, n° 304723, aux T sur ce point).

Le tribunal a donc eu raison de faire application de l'article R. 37 du code des pensions dans sa rédaction applicable à la date de la liquidation de la pension de M. N..., antérieure au décret du 16 juin 2016 qui n'est pas applicable aux pensions liquidées.

Cet article définit les conditions d'application de l'article L. 24 du code des pensions qui ouvrait notamment au fonctionnaire parent de trois enfants la possibilité de prendre sa retraite de manière anticipée à condition « *qu'il ait, pour chaque enfant, interrompu son activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». L'article 44 de la loi du 9 novembre 2010 a supprimé cette possibilité, sauf pour les parents d'un enfant handicapé, tout en la maintenant temporairement pour les fonctionnaires ayant accompli 15 années de services effectifs avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012. C'est de cette disposition transitoire dont M. N... demandait le bénéfice.

Le tribunal lui a opposé la condition posée par l'article R. 37 tenant à ce que le congé ait été pris avant que les enfants aient atteint l'âge de trois ans. Le requérant soutient que cette condition serait contraire au principe d'égalité, comme vous l'avez jugé par la décision précitée du 16 décembre 2015 pour un enfant handicapé.

Mais vous ne pourrez pas davantage le suivre sur ce second point, car c'est précisément au vu des contraintes particulières de la prise en charge d'un enfant handicapé, qui peuvent être aussi sinon plus lourdes après trois ans qu'avant, que vous avez estimé que cette condition d'âge instituait entre les parents d'enfants handicapés, selon que ces derniers étaient âgés de plus ou moins trois ans, une différence de traitement qui n'était justifiée ni par un intérêt général, ni par une différence de situation en rapport avec les charges de l'éducation d'un enfant handicapé que la mesure vise à compenser et que vous avez en conséquence annulé le refus implicite du ministre d'abroger le deuxième alinéa du I de l'article R. 37 et lui avez enjoint de le faire. Mais cette injonction d'abroger, dont la portée devrait en tout état de cause être limitée, compte tenu des motifs de votre décision qui en sont le soutien nécessaire, au cas des enfants handicapés, n'était pas prononcée à la date à laquelle il convient en l'espèce de faire application de l'article R. 37.

L'atteinte au principe d'égalité que constituait cette condition d'âge pour les parents d'enfants handicapés n'est pas transposable aux parents d'enfants ne souffrant pas d'un handicap, qui se trouvent effectivement dans une situation différente au regard des charges de l'éducation d'un enfant que cette mesure a pour objet de compenser, charges plus lourdes avant trois ans qu'après cet âge, où les enfants entrent dans le système éducatif général.

Nous vous proposons donc d'écarter ce premier moyen, ainsi que le suivant tiré de ce que le tribunal n'aurait pas répondu au moyen opérant tiré de la combinaison des jurisprudences que nous avons citées, qui n'était qu'un argument au soutien d'une certaine interprétation des textes dont le tribunal a fait application.

M. N... soutient en troisième et dernier lieu que le tribunal aurait commis une erreur de droit en jugeant qu'il ne pouvait bénéficier de la bonification de sa pension au titre de ses

deux premiers enfants au motif qu'ils étaient âgés de plus de trois ans lorsqu'il avait pris son congé parental à la suite de la naissance de son troisième enfant et que ce congé, en application de l'article 54 de la loi du 11 janvier 1984, ne peut être accordé qu'au père d'un enfant de moins de trois ans. Il fait valoir que ni l'article L. 12, qui prévoit une bonification pour chacun des enfants, ni l'article R. 12, ne posent une telle condition.

Ce n'est pas l'article R. 12 mais l'article R. 13 qui fixe les conditions d'interruption de l'activité pour ouvrir droit à la bonification de pension. S'il ne pose effectivement pas lui-même cette condition d'âge, elle s'applique au titre du régime légal du congé dans le cadre duquel l'interruption doit avoir eu lieu pour ouvrir droit à la bonification.

L'article R. 13 dispose en effet que « *sont prises en compte pour le bénéfice des dispositions du b de l'article L. 12 les périodes ayant donné lieu à une interruption ou à une réduction de l'activité dans les conditions suivantes : / 1° L'interruption d'activité doit être d'une durée continue au moins égale à deux mois et être intervenue dans le cadre : (...) c) Du congé parental, tel que prévu (...) à l'article 54 de la loi du 11 janvier 1984 susmentionnée,...* ». Et l'article 54 dispose que « *Le congé parental prend fin au plus tard au troisième anniversaire de l'enfant* ».

La lecture combinée de ces dispositions effectuée par le tribunal nous paraît exempte de l'erreur de droit qui lui est reprochée. L'article L. 12 institue une bonification d'un an pour chacun des enfants à condition que l'agent ait interrompu ou réduit son activité dans des conditions fixées par décret. La bonification étant individualisée pour chaque enfant, il est logique que les conditions doivent être remplies pour chaque enfant. La condition de l'article R. 13 tenant à ce que l'interruption ait été prise dans le cadre d'un congé parental doit donc être satisfaite pour chaque enfant. En relevant que le congé parental pris par le requérant ne pouvait être regardé comme pris pour ses deux premiers enfants car ils avaient plus de trois ans et que le congé parental ne pouvait légalement être pris pour des enfants de plus de trois ans, le tribunal n'a donc pas commis d'erreur de droit.

Il est même permis de se demander s'il ne pouvait être plus direct et se contenter de constater que le congé parental n'avait pas été pris après la naissance de chaque enfant et s'il n'y a pas une petite erreur dans son raisonnement qui laisse penser que si les deux premiers enfants avaient eu moins de trois ans, ils auraient pu bénéficier des mois excédentaires du congé parental pris pour le troisième enfant.

Vous avez tenu un tel raisonnement pour l'application des dispositions du 3° du I de l'article L. 24 du code des pensions, que nous avons évoquées à propos du premier moyen, qui permettaient notamment aux parents de trois enfants ayant interrompu leur activité dans les conditions fixées par décret de prendre leur retraite de manière anticipée. Vous avez jugé que les termes de l'article L. 24 selon lesquels le fonctionnaire doit avoir interrompu son activité « pour chaque enfant » n'impliquaient pas qu'il l'ait interrompu après la naissance de chacun d'eux. La durée d'interruption minimale fixée par l'article R. 37 étant de deux mois, vous avez indiqué « que l'excédent d'au moins deux mois, au-delà de deux mois, d'une période d'interruption d'activité prise au titre d'un enfant peut être pris en compte au titre d'un autre enfant du foyer » (CE, 27 mai 2011, *Mme Y...*, n° 342238, aux T sur ce point).

La portée qu'il convient de donner à cette affirmation n'est pas évidente. Vous l'avez indiquée dans le cas particulier d'une interruption pour s'occuper de plusieurs enfants du conjoint accueillis ensemble dans le nouveau foyer, situation à laquelle il aurait été absurde

d'exiger une interruption pour chaque enfant. On peut donc penser qu'elle ne vaut qu'en cas d'arrivée simultanée de plusieurs enfants. Mais la formulation est plus générale et la situation particulière de l'arrivée conjointe de plusieurs enfants dans le foyer est traitée par la phrase précédente qui indique que le congé de deux mois peut être pris de façon globale pour tous les enfants, comme vous l'aviez déjà jugé, pour l'application de la bonification de l'article L. 12, dans la situation comparable de la naissance de jumeaux (CE, 29 mai 2009, *Ministre du budget c/ Mme K...*, n° 318318, aux T sur ce point).

La possibilité ouverte par la décision *Mme Y...* de prendre en compte l'excédent d'au moins deux mois d'interruption à l'occasion de l'arrivée d'un enfant pour d'autres enfants, à supposer même que l'on admette qu'elle puisse valoir en dehors du cas particulier de l'arrivée simultanée de plusieurs enfants dans le foyer, ne nous paraît toutefois pas applicable à la bonification de pension qui est un avantage accordé pour chaque enfant et au titre de chaque enfant, puisqu'il consiste à ajouter un an par enfant aux services effectifs de l'agent. En revanche, l'âge du départ à la retraite anticipé ne varie pas en fonction du nombre d'enfants. Le droit était du à tout agent ayant eu au moins trois enfants et s'étant interrompu pendant au moins deux mois dans le cadre de l'un des congés prévus pour l'éducation d'un enfant. Il nous semble que s'il est envisageable de tenir un raisonnement globalisant pour la mise en œuvre d'un droit qui n'est pas accordé au titre de chaque enfant, il ne l'est pas lorsque c'est le cas, comme pour la bonification de pension.

Cette différence est la seule qui distingue les deux régimes. Car, en ce qui concerne les conditions d'interruption en cas de congé parental, les articles R. 13 et R. 37 renvoient dans les mêmes termes aux dispositions de l'article 54 de la loi du 11 janvier 1984. L'article R. 37 est même plus restrictif puisqu'il pose une condition générale d'interruption au cours des trois premières années que ne prévoit pas l'article R. 13. L'article 54 de la loi de 1984 l'impose toutefois pour le congé parental.

Qu'elle résulte de la règle générale du 2<sup>ème</sup> alinéa du I de l'article R. 37 ou de l'article 54 de la loi de 1984 pour le congé parental, la condition tenant à ce que l'interruption ait eu lieu pendant les trois premières années de l'enfant contribue à réduire substantiellement l'intérêt de la possibilité d'utiliser les mois d'interruption excédentaires pour d'autres enfants, puisqu'il faudra que l'interruption de plus de deux mois consécutive à la naissance d'un enfant ait été prise avant que les deux enfants précédents aient atteint l'âge de trois ans, ce qui suppose soit la naissance de jumeaux, soit un rythme de procréation très soutenu. Ce qui incite à penser que la solution de votre décision *Mme Y...* ne devrait pas être étendue au-delà des cas d'arrivée simultanée d'enfants, dans lesquels elle a été rendue.

Quoi qu'il en soit, si vous partagez notre avis selon lequel elle n'est en tout état de cause pas applicable à la bonification de pension, vous écarterez ce dernier moyen et rejetterez le pourvoi de M. N....