

N° 423639, M. S...

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

Audience du 4 septembre 2019

Lecture du 20 septembre 2019

## CONCLUSIONS

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

M. S..., capitaine de la police nationale, n'avait pas accompli la durée de services lui permettant de bénéficier d'un taux de liquidation de ses droits à pension supérieur à 75 % lorsqu'il a atteint la limite d'âge de son corps, fixée à 55 ans, le 12 juin 2013. Il a alors sollicité du ministre de l'intérieur son maintien en position d'activité en application de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public qui permet aux « *fonctionnaires dont la durée des services liquidables est inférieure à celle définie à l'article L. 13 du code des pensions civiles et militaires de retraite ..., lorsqu'ils atteignent les limites d'âge applicables aux corps auxquels ils appartiennent, ..., sous réserve de l'intérêt du service et de leur aptitude physique, d'être maintenus en activité.* » « *Cette prolongation d'activité* », poursuit le même article « *est prise en compte au titre de la constitution et de la liquidation du droit à pension.* » C'est en effet sa raison d'être.

Le ministre de l'intérieur a accédé à sa demande en le maintenant en activité pour la période du 13 juin 2013 au 12 décembre 2015. Mais, par arrêté du 30 avril 2014, le préfet de la zone de défense et de sécurité sud l'a placé rétroactivement en congé de longue durée pour une période de 18 mois à compter du 23 mars 2013, congé ensuite renouvelé à deux reprises jusqu'à son départ à la retraite le 12 décembre 2015. Le titre de pension qui lui a été concédé n'ayant pas pris en compte la période pendant laquelle il avait été maintenu en activité, il a vainement demandé au directeur du service des retraites de l'Etat de réviser le pourcentage de sa pension, avant de le contester devant le TA de Montpellier qui, par un jugement du 26 juin 2018 contre lequel il se pourvoit en cassation, a rejeté sa demande.

Le tribunal a considéré qu'à la date à laquelle il avait été maintenu en activité, il ne remplissait pas la condition d'aptitude physique posée par l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 puisqu'il avait été rétroactivement placé en congé de longue maladie à partir du 23 mars 2013 par des décisions qu'il n'avait pas contestées et n'avait donc pu acquérir de droits à pension du fait de ce maintien en activité illégal.

La particularité de cette affaire tient à cette décision de placement rétroactif en congé de longue maladie et son intérêt à la portée qu'il convient de lui donner pour l'application des principes régissant la détermination des droits à pension. Trois des quatre moyens du pourvoi vous permettront de la définir.

Ces principes jurisprudentiels sont parfaitement rappelés par le jugement attaqué qui rappelle que « s'il appartient à l'autorité administrative de tirer les conséquences d'une décision administrative sur les droits à pension d'un agent, y compris lorsque cette décision est illégale, il en va différemment s'agissant du maintien en activité au-delà de la limite d'âge au profit des fonctionnaires qui ne pouvaient légalement y prétendre ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Vous jugez en effet que le gestionnaire d'un régime de retraite ne peut en principe 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 effectivement accomplis, du fait qu'un agent n'a pas été radié des cadres à la suite d'une privation de ses droits civiques alors qu'il aurait dû l'être (CE, 17 juin 2005, *Epoux G...*, T. p. 942, n° 215761) ou a été maintenu illégalement en position d'activité à l'expiration de ses droits à congé de maladie (CE, 17 décembre 2008, *Mme J...*, n° 295013). De même, les droits à pension doivent être liquidés sur la base de l'échelon attribué à l'agent, alors même qu'il l'aurait été illégalement (CE, 15 avril 2015, *Caisse des dépôts et consignations*, n° 375123).

Ces décisions illégales relatives à la gestion administrative du futur pensionné ne s'imposent pas pour la détermination de ses droits à pension dans deux cas. Le premier est celui des décisions inexistantes, nulles et non avenues, telles qu'une nomination pour ordre (2 juin 2010, *Cne de Loos*, n° 309446 au recueil) ou 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.

Le second concerne les décisions de maintien illégal en activité au-delà de la limite d'âge. Vous avez jugé par une décision du 19 novembre 2010, *Caisse des dépôts et consignations c/ M. B...* (n° 316613, aux T sur ce point), que le maintien en activité d'un agent qui ne remplissait pas la condition de ne pas justifier d'une durée de services lui permettant d'obtenir une pension à taux plein ne lui permettait pas d'acquérir de nouveaux droits à pension. La comparaison de cette décision avec celles qui posent le principe inverse révèle à la fois la force de la règle de la limite d'âge et une réticence, que vous exposait B. Dacosta dans ses conclusions et que nous partageons, à qualifier d'inexistante une décision qui, bien qu'illégale, était restée dans les limites de ce que la loi autorisait l'administration à faire. Mais la portée de cette illégalité sur le calcul des droits à pension est la même : elle est privée d'effets et l'autorité gestionnaire de la pension est fondé à en faire abstraction.

Le tribunal a visiblement entendu se placer dans le cadre de cette jurisprudence, dont il a fait application à propos d'une autre des conditions posées par les mêmes dispositions de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 pour maintenir un agent en activité au-delà de la limite d'âge de son corps, à savoir l'aptitude physique.

La transposition de ce que vous avez jugé pour la durée des services à la condition tenant à l'aptitude physique ne nous paraît pas contestable. Bien que la condition tenant à ce que l'agent n'ait pas atteint la durée de services pour obtenir une pension à taux plein porte sur la justification de cette dérogation à la règle de la limite d'âge et que sa mise en œuvre soit plus objective que les deux autres conditions, relatives à l'aptitude physique et à l'intérêt général, qui supposent des appréciations de la situation de l'agent, nous ne pensons pas que vous ayez entendu limiter la portée de votre décision à la méconnaissance de cette condition. Comme nous l'avons dit, elle nous semble reposer sur la force de la règle de la limite d'âge, dont la méconnaissance ne peut jamais créer des droits à pension.

Nous pensons donc qu'aucune erreur de droit n'aurait pu être reprochée au tribunal s'il avait constaté que le requérant avait été maintenu en activité au-delà de la limite d'âge alors que son inaptitude physique était établie à la date de la décision le maintenant en activité.

Nous pensons également comme le tribunal que le constat de cette inaptitude physique pourrait résulter de ce que l'agent se trouvait en congé de longue durée ou de longue maladie. En effet, comme l'a relevé le tribunal, l'agent ne peut reprendre ses fonctions au terme d'un tel congé que s'il est reconnu apte par le comité médical (cf. article 41 du décret du 14 mars

1986 relatif aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics), ce qui indique qu'il ne l'était pas durant son congé.

Mais lorsque la décision le maintenant en activité au-delà de la limite d'âge a été prise, il n'était pas en congé de longue durée et aucune pièce de son dossier ne permettait de douter de son aptitude physique. La question qui vous est posée est donc celle de savoir si ce placement rétroactif en congé de longue durée a pour effet de rendre rétroactivement illégale la décision de maintien en activité.

Nous ne le pensons pas, parce que la légalité de la décision de maintien en activité au-delà de la limite d'âge doit s'apprécier à la date à laquelle elle a été prise, date à laquelle l'agent n'était pas en congé de longue durée. La décision, prise par une autre autorité, hiérarchiquement inférieure, plus d'un an plus tard, de le placer en congé de longue durée, peut révéler son inaptitude physique à la date à laquelle elle-même a été prise, mais non qu'il l'était à la date de la décision de maintien en activité, pour au moins deux raisons.

D'une part, parce que le placement en congé de longue durée ne saurait rendre automatiquement illégale la décision antérieure du ministre, sauf à nier le pouvoir d'appréciation du ministre sur l'aptitude physique de l'agent et à méconnaître la portée juridique de cette décision, qui crée des droits tant qu'elle n'est pas retirée ou abrogée.

D'autre part, sa portée rétroactive, dont la légalité est au demeurant douteuse car cette rétroactivité n'avait pas pour objet de procéder à la régularisation de la situation de l'agent (sur cette exigence constante, voyez : CE 17 mars 2004, *H...*, T. p. 574, 591 ; 14 juin 2010, *Mlle C...*, n° 318712), n'est que juridique. Elle ne saurait établir la réalité de l'inaptitude physique de l'agent à la date de la décision de maintien en activité ni, par conséquent, l'erreur manifeste d'appréciation – car nous ne pensons pas que vous feriez sur ce point un contrôle plus approfondi – du ministre sur cette condition.

Le placement ultérieur en congé de longue durée aurait seulement pu justifier que le ministre de l'intérieur mette fin à la prolongation d'activité pour l'avenir (telle est notamment la position de l'administration dans une circulaire du 25 février 2010 citée par le requérant<sup>1</sup>) et cette seconde décision se serait imposée au gestionnaire de la pension (vos décisions *Epoux G...* et *J...* précisent que l'autorité administrative chargée de liquider la pension est tenue de tirer les conséquences légales des décisions même illégales sous réserve qu'elles n'aient pas été annulées ou rapportées).

Ce n'est donc à notre avis que lorsque l'agent est en congé de longue durée ou de longue maladie à la date à laquelle son maintien en activité est décidé que ce congé peut conduire à douter de la légalité de la décision au regard de la condition d'aptitude physique de l'agent. Mais la rétroactivité d'une décision de placement en congé de longue durée, même non contestée, ne saurait avoir le même effet sur la décision elle-même non rapportée de maintien en activité.

Par ailleurs, vous savez que le congé de longue maladie ou de longue durée est une position d'activité, pendant laquelle l'agent perçoit une rémunération et cotise pour sa pension. La situation n'est donc pas comparable aux cas de nominations fictives qui ne correspondaient à aucune position d'activité effective de l'agent, auxquelles vous avez assimilé le maintien illégal en activité au-delà de la limite d'âge.

Si vous nous suivez, vous jugerez que le tribunal a commis une erreur de droit en considérant que le placement rétroactif de l'agent en congé de longue durée rétroagissait sur l'appréciation de la condition d'aptitude physique à laquelle est subordonnée le maintien de

<sup>1</sup> Circulaire DGAFP/DGCL/DHOS/ du 25 février 2010, relative au décret n° 2009-1744 du 30 décembre 2009 pris pour l'application de l'article 1-3 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public.

l'agent en activité et conduisait à regarder ce maintien comme illégal. Vous n'aurez pas besoin de répondre aux deux autres moyens dirigés contre ces motifs, qui sont liés à cette erreur de droit, ni à celui d'une insuffisance de motivation du jugement quant à la portée de l'avis du comité médical, qui n'est pas fondé.

**EPCMNC** : Annulation du jugement et renvoi de l'affaire au TA de Montpellier ;

A ce qui vous mettez à la charge de l'Etat le versement à M. S... d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.