

N° 412626
Mme C...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies
Séance du 6 décembre 2019
Lecture du 20 décembre 2019

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Au cours des années 1920, afin de favoriser la natalité après l'hécatombe démographique consécutive à la première guerre mondiale, divers avantages de pension ont été accordés aux mères de famille. Ces avantages à visée initialement purement nataliste ont progressivement été étendus et leurs objectifs complétés, notamment afin corriger les déséquilibres dans les droits à pension, liés à l'existence de charges de famille, en clair de compenser l'effet des interruptions d'activité et le handicap induit en termes de progression de carrière. Certains de ces avantages ont été étendus plus récemment aux pères de famille.

Outre la majoration de pensions accordée aux parents ayant élevé au moins trois enfants et la majoration de durée d'assurance accordée aux mères dès le premier enfant, figurait jusqu'à récemment la possibilité, réservée aux fonctionnaires, de partir de manière anticipée à la retraite, dès lors qu'ils justifiaient avoir accompli 15 années de services civils et étaient parents de trois enfants. Cet avantage réservé initialement aux femmes fut étendu aux hommes par la loi de finances rectificative pour 2004¹ pour mettre le droit français en compatibilité avec la jurisprudence de la CJUE et la vôtre².

Cette disposition figurait à l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dont le I disposait que « *la liquidation de la pension intervient (...) lorsque le fonctionnaire civil est parent de trois enfants vivants (...) à condition qu'il ait, pour chaque enfant, interrompu son activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* », l'article R. 37 du même code exigeant une interruption d'activité d'au moins 2 mois.

L'article assimilait aux « *enfants vivants* » mentionnés à l'instant les « *enfants énumérés au II de l'article L. 18 que l'intéressé a élevés dans les conditions prévues au III dudit article* ».

Cet article L. 18 du CPCMR est relatif pour sa part à la majoration de pensions accordée aux parents ayant élevé au moins trois enfants que nous évoquions au début de notre

¹ Loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004.

² Voir notamment : 9/10 SSR, 26 février 2003, *L...*, n° 187401, au Recueil.

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.

propos, un dispositif tout à fait distinct mais également fondé sur le critère de la parenté de trois enfants.

Après avoir affirmé le principe de cette majoration à son I, cet article précise à son II quels sont les enfants ouvrant droit à cette majoration. Outre les enfants légitimes, naturels et adoptifs, on trouve notamment les enfants recueillis à son foyer par le titulaire de la pension ou son conjoint, qui justifie en avoir assumé la charge effective et permanente. L'article précise à son III que « *les enfants devront avoir été élevés pendant au moins neuf ans* ».

Cette disposition applicable aux fonctionnaires d'Etat³ était rendue applicable aux fonctionnaires territoriaux par l'article 25 du décret n°2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales⁴.

La loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites a souhaité mettre un terme à cette possibilité de départ anticipé après 15 ans de services avec jouissance immédiate de la pension. Son article 44 a donc supprimé la disposition en cause de l'article L. 24 du CPCMR à compter du 1^{er} juillet 2011 afin de tarir le flux de nouveaux bénéficiaires du dispositif, mais sans faire néanmoins disparaître son stock. Son III prévoit ainsi que par dérogation à l'article L. 24 du code, le fonctionnaire ayant accompli quinze années de services effectifs avant le 1er janvier 2012 et parent à cette date de trois enfants vivants conserve la possibilité de liquider sa pension par anticipation⁵ à condition d'avoir, pour chaque enfant, interrompu ou, et cela constituait une nouveauté, réduit son activité dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat, ce qui renvoie toujours à l'article R. 37 du CPCMR⁶.

Cette disposition prévoit toujours l'assimilation aux enfants vivants des enfants énumérés au II de l'article L. 18 du code que l'intéressé a élevés dans les conditions prévues au III de ce même article. La condition dite « des neuf ans » est donc toujours applicable aux agents de la fonction publique d'Etat.

³ Article L. 2 du code des pensions civiles et militaires de retraite :

« *Ont droit au bénéfice des dispositions du présent code :*

1° Les fonctionnaires civils auxquels s'appliquent les lois n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, relatives aux titres Ier et II du statut général des fonctionnaires ; / 2° Les magistrats de l'ordre judiciaire ; / 3° Les militaires (...); / 4° Leurs conjoints survivants et leurs orphelins ».

⁴ L'article 1er de ce décret précise qu'il s'applique aux fonctionnaires mentionnés à l'article 2 du décret n° 2007-173 du 7 février 2007 relatif à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, lequel vise les fonctionnaires territoriaux comme étant obligatoirement affiliés à cette caisse.

⁵ Le dispositif fut néanmoins rendu bien moins attractif qu'auparavant pour les demandes faites après le 1^{er} janvier 2011 car les bénéficiaires après cette date se voient appliquer la durée d'assurance en vigueur au moment de leur départ en retraite et non plus celle en vigueur à la date à laquelle elles ont satisfait à la double condition des 15 ans de services et des trois enfants, ainsi que la décote instituée par la loi du 21 août 2003.

⁶ Lequel article R. 37 fut modifié pour permettre non seulement une interruption d'activité de deux mois au moins mais également une réduction d'activité d'un certain nombre de mois variant selon la quotité de cette réduction.

Mais, et c'est le nœud du litige posé par la présente affaire, lors de la transposition à la fonction publique territoriale du mécanisme d'extinction du dispositif de départ anticipé avec jouissance immédiate après 15 ans de services, cette condition des neuf ans semble avoir été oubliée.

C'est un décret du 30 décembre 2010⁷, pris semble-t-il dans une certaine urgence, qui a introduit dans le décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 un article 65-2 dont le I était normalement destiné à être la réplique pour les fonctionnaires territoriaux du III de l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010 pour les fonctionnaires d'Etat.

Son premier alinéa prévoit comme l'article 44 de ladite loi que les fonctionnaires ayant accompli quinze ans de services effectifs avant le 1er janvier 2012 et parents à cette date de trois enfants vivants conservent la possibilité de liquider leur pension par anticipation à condition d'avoir, pour chaque enfant, interrompu ou réduit leur activité dans les conditions fixées par l'article R. 37 du code des pensions civiles et militaires de retraite.

Son second alinéa dispose que « sont assimilés aux enfants mentionnés au premier alinéa les enfants énumérés au II de l'article 24 » du même décret. Ledit article 24 du décret du 26 décembre 2003 est la réplique quasi-exacte pour les fonctionnaires territoriaux de l'article L. 18 du CPCMR applicable aux fonctionnaires d'Etat et relatif à la majoration de pensions accordée aux parents ayant élevé au moins trois enfants. Le hic, car il y en a un, c'est que l'article 65-2 du décret du 26 décembre 2003 ne renvoie qu'au II de l'article 24 du décret, qui énumère les enfants pris en compte, au nombre desquels les enfants recueillis à son foyer par le titulaire de la pension ou son conjoint, et non au III de cet article, qui prévoit la condition des neuf ans.

Il semble bien qu'il s'agisse là d'un oubli du pouvoir réglementaire, qui a mal recopié le III de l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010 lorsqu'il a créé l'article 65-2 du décret du 26 décembre 2003, faisant au passage disparaître la condition des neuf ans.

Or c'est bien la condition des neuf ans qui a été opposée par l'administration à la requérante, fonctionnaire territoriale ayant, à la date du 1^{er} janvier 2012, donné naissance à deux enfants – un troisième étant né quelques mois plus tard, et élevé deux autres enfants confiés à son conjoint par un juge des enfants, mais pendant 7 ans et demie seulement à cette date fatidique.

Mme C... ayant demandé le 20 mai 2014 la liquidation de sa pension, à l'âge de 42 ans seulement mais en prévalant du droit au départ anticipé des parents ayant élevé au moins trois enfants, la CNRACL a rejeté sa demande, et par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Melun a rejeté le recours de Mme C... formé contre cette décision.

⁷ Décret n° 2010-1741 du 30 décembre 2010 portant application aux fonctionnaires, aux militaires et aux ouvriers des établissements industriels de l'Etat des articles 44 et 52 de la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

Le TA, après avoir cité les articles 24, 25 et 65-2 du décret du 26 décembre 2003 mais également les articles L. 18 et R. 37 du CPCMR a jugé qu'il résultait de ces dispositions que la condition de neuf ans lui était opposable.

Il est difficile compte tenu de cette motivation très concise de retracer le raisonnement suivi par le TA mais il nous semble à n'en pas douter entaché d'erreur de droit pour avoir estimé que l'article L. 18 du CPCMR était applicable à la requérante fonctionnaire territoriale.

La circonstance que l'article R. 37 du CPCMR, auquel renvoie l'article 65-2 du décret du 26 décembre 2003, pour la définition des conditions dans lesquelles le fonctionnaire doit avoir, pour chaque enfant, interrompu ou réduit son activité, fasse lui-même référence, dans sa rédaction applicable au litige, à l'article L. 18 du CPCMR pour préciser les conditions particulières applicables à la date à laquelle l'interruption ou la réduction d'activité doit avoir eu lieu pour certaines catégories d'enfants énumérées à cet article n'a nullement pour effet de rendre l'article L. 18 du CPCMR applicable aux fonctionnaires territoriaux, d'autant que le décret du 26 décembre 2003 qui leur est applicable comporte une disposition quasi-identique à cet article du CPCMR.

L'administration a-t-elle pour autant eu tort d'opposer la condition des neuf ans à Mme C... ?

Il nous semble exclu de considérer que dès lors que l'article L. 24 du CPCMR est rendu applicable aux fonctionnaires territoriaux par le I de l'article 25 du décret du 26 décembre 2003, le III de l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010 qui déroge à cet article L. 24 serait également applicable aux fonctionnaires territoriaux. C'est certes ce que votre 1^{ère} chambre jugeant seule semble avoir jugé dans une décision restée inédite et isolée du 30 décembre 2015 (*M...*, n° 376551). Mais, d'une part, le fait qu'une loi déroge à un article du CPCMR qui a été rendu applicable par décret aux fonctionnaires territoriaux ne rend pas automatiquement cette loi applicable auxdits fonctionnaires territoriaux et, d'autre part, telle n'est pas la compréhension du pouvoir réglementaire, qui a précisément jugé nécessaire de modifier le décret du 26 décembre 2003 applicable aux fonctionnaires territoriaux pour y introduire à un nouvel article 65-2 des dispositions similaires à celles du III de l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010.

Nous ne pensons pas possible de faire l'effort de réparer de manière prétorienne l'erreur commise par le pouvoir réglementaire qui a omis de prévoir l'application de cette condition pour les fonctionnaires territoriaux. Bien sûr, il n'y a pas grand doute que cette différence de traitement entre fonctionnaires d'Etat et fonctionnaires territoriaux n'est nullement délibérée et n'a pas grand-sens. Bien que cela puisse paraître évident, s'agissant d'un décret, nous ne disposons néanmoins pas de preuves tangibles de l'intention du pouvoir réglementaire, contrairement au cas d'une loi éclairée par des travaux parlementaires. Surtout, vous faites appel à l'intention du législateur ou du pouvoir réglementaire pour retenir une interprétation d'un texte ambigu quand plusieurs interprétations sont possibles, mais pas pour réparer une erreur qu'il a commise quand le texte est parfaitement clair. Or l'état du droit nous semble clair en l'espèce.

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 pourriez être tentés néanmoins de sauver la condition des neuf ans en considérant que lors que l'article 65-2 du décret du 26 décembre 2003 indique que sont assimilés aux « *enfants vivants* » qu'il mentionne les enfants énumérés au II de son article 24, ce renvoi au II de l'article 24 emporte nécessairement renvoi à son III également, en considérant que l'assimilation des enfants ayant fait l'objet d'une délégation de l'autorité parentale, placés sous tutelle ou recueillis à son foyer par le fonctionnaire ne peut aller sans la condition que ces enfants aient été élevés pendant au moins neuf ans qui en serait le corollaire.

Mais nous ne sommes pas du tout convaincus par une telle interprétation qui nous semble bien trop éloignée du texte. Le II et le III de l'article 24 sont tout à fait autonomes l'un de l'autre et le II peut très bien s'imaginer sans le III. Il n'est par ailleurs pas absurde d'imaginer que la condition des neuf ans existe pour la majoration de pension mais pas pour le départ anticipé après 15 ans de services effectifs. Vous acceptez de considérer que le renvoi explicite à une disposition emporte nécessairement le renvoi implicite à une autre disposition qui lui est liée uniquement quand le renvoi à l'une sans l'autre n'aurait pas de sens, quand le lien entre les deux dispositions est très fort. Ce n'est pas le cas ici et vous ne pouvez à nos yeux réparer prétoriquement l'erreur commise par le pouvoir réglementaire.

Mais le II de l'article 119 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale dispose que : « *Le régime de retraite des personnels des collectivités territoriales et de leurs établissements publics affiliés à la Caisse nationale de retraite comporte des avantages comparables à ceux consentis par les régimes généraux de retraite des personnels de l'Etat et ne peut prévoir d'avantages supérieurs* ».

Votre jurisprudence semble particulièrement rare s'agissant de l'application de ces dispositions mais vous avez déjà jugé que le versement par une commune d'une prime au profit des agents retraités de la commune, en complément des pensions de retraite versées à ces agents, était illégal car il conduisait à les placer ces agents dans une situation plus favorable que celle des fonctionnaires pensionnés de l'Etat (3/8 SSR, 6 octobre 2000, *Ville de Nantes*, n° 203203).

L'article 65-2 du décret du 26 décembre 2003 semble donc illégal en tant qu'il ne soumet par les fonctionnaires territoriaux désireux de faire valoir leur droit à un départ anticipé avec jouissance immédiate après 15 ans de services à la condition d'avoir élevé trois enfants pendant au moins neuf ans.

Quelle conséquence l'administration devait-elle tirer de cette illégalité ? Laisser totalement inappliqué l'article 65-2 du décret du 26 décembre 2003 entaché d'illégalité ? Il serait paradoxal qu'au motif d'écarter une disposition illégale en tant qu'elle est plus favorable aux fonctionnaires territoriaux qu'aux fonctionnaires d'Etat on instaure une inégalité dans l'autre sens, en privant purement et simplement les fonctionnaires territoriaux du bénéfice du départ anticipé après 15 ans de services. Une telle solution pourrait par ailleurs conduire également à une illégalité car alors on pourrait certainement considérer que les

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.

fonctionnaires territoriaux ne bénéficieraient pas d'avantages comparables à ceux dont bénéficient les fonctionnaires d'Etat. Il nous semble *in fine* que la solution qui permet de respecter les exigences de l'article 119 de la loi du 26 janvier 1984 et par ailleurs la plus opportune est celle qui considère que l'administration devait bien appliquer la condition des neuf ans afin de rendre l'article 65-2 du décret du 26 décembre 2003 pas plus favorable que l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010.

Vous pourrez substituer ce motif, dont l'examen n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, au motif erroné en droit retenu par le jugement attaqué, dont il justifie le dispositif. Certes devant le TA l'administration n'avait pas invoqué le moyen de défense tiré de ce que le II de l'article 119 de la loi du 26 janvier 1984 lui imposait d'opposer la condition des neuf ans mais le TA aurait dû se fonder sur ce motif pour rejeter la requête de Mme C... en l'absence même de toute argumentation en défense en ce sens. La substitution de motifs en cassation est donc possible sans qu'elle porte aucune atteinte aux droits des parties (voyez sur ce point les conclusions d'Henri Savoie sur 7/10 SSR, 13 mars 1998, *V...*, n° 171295, aux Tables), sans que vous soyez tenu d'en informer préalablement les parties sur le fondement de l'article R. 611-7 du CJA.

PCMNC au rejet du pourvoi, y compris ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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.