

N° 416774  
M. Eric D...

4<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies  
Séance du 12 juin 2020  
Lecture du 29 juin 2020

## CONCLUSIONS

**M. Raphaël Chambon, rapporteur public**

J

Cette affaire vous permettra de trancher une question semble-t-il inédite, tant dans votre jurisprudence que dans celle des juridictions du fond, concernant le droit des pensions des agents publics de la Nouvelle-Calédonie.

M. D..., médecin titulaire du cadre de la santé de Nouvelle-Calédonie, a été placé en disponibilité pour convenances personnelles le 2 mai 1996.

Il a sollicité, par un courrier du 27 mai 2004, sa réintégration dans son cadre d'origine à compter du 1<sup>er</sup> mai 2005. Malgré la fin de sa disponibilité à cette date, l'intéressé ne s'est vu proposer aucun poste.

Le 23 avril 2014, un arrêté de la présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie procède à la radiation des cadres de M. D... mais cet arrêté est retiré le 29 septembre suivant par un arrêté reconnaissant son illégalité.

Après avoir, par lettre du 14 octobre 2014 signalé au président de l'assemblée de la province Sud que M. D... n'avait pas été réintégré dans les effectifs de la province Sud malgré sa demande de réintégration formulée 10 ans auparavant et qu'il se trouvait de ce fait depuis le 1<sup>er</sup> mai 2005 dans une position irrégulière au regard de l'article 100 de l'arrêté 1065 du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux, ce n'est que par un arrêté du 10 février 2015 que la présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie réintègre rétroactivement M. D... dans le cadre de la santé de la Nouvelle-Calédonie à compter du 1<sup>er</sup> août 2007. L'intéressé est alors affecté, à compter du 17 février 2015, dans un centre médico-social.

Le 20 juillet 2016, puis de nouveau le 16 janvier 2017, M. D... a sollicité sa mise à la retraite anticipée à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2017. M. D... a alors sollicité du TA de Nouvelle-Calédonie l'annulation de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le gouvernement de Nouvelle-Calédonie sur sa dernière demande.

M. D... se pourvoit en cassation contre le jugement par lequel le TA a rejeté sa requête.

*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.*

Selon le 14° de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes. La fonction publique de la Nouvelle-Calédonie est régie par un statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux, issu d'un arrêté n° 1065 du 22 août 1953 maintes fois modifié.

Le code des pensions de retraites des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie<sup>1</sup> distingue, s'agissant de la constitution du droit à pension, deux types de pensions :

- le « *droit à pension pour ancienneté de service* » (article Lp. 221-1), qui est acquis à la double condition de soixante ans d'âge et de trente années de services effectifs ;
- le « *droit à pension proportionnelle* » (article Lp. 221-2), lequel est acquis, principalement, aux fonctionnaires qui atteignent la limite d'âge et ne peuvent prétendre à la pension d'ancienneté (2°) et « *aux fonctionnaires qui ont effectivement accompli une durée de service fixée par voie de délibération* » (3°), durée de service fixée réglementairement à 15 ans par l'article R. 221-1 du même code. La jouissance de cette pension est toutefois différée, sauf exceptions, jusqu'à l'âge de 60 ans (article Lp. 240-2).

C'est ce droit à pension proportionnelle dont M. D... a demandé à bénéficier – il n'est pas contesté qu'il était loin de réunir les trente ans de services effectifs requis pour le droit à pension pour ancienneté de service. La caisse locale de retraites a toutefois informé M. D... qu'en égard à son âge et à ses états de service, il ne justifierait pas à la date de mise à la retraite demandée de la condition de 15 années de services pour pouvoir bénéficier d'un départ anticipé.

Devant le TA, le fond de l'argumentation de M. D... était double :

- la période pendant laquelle il a été laissé sans affectation à l'issue de sa période de disponibilité aurait dû être considérée comme une période de services effectifs ;
- quand bien même cette période n'était pas prise en compte comme des services effectifs, la prise en compte des bonifications pour services outre-mer auxquelles il avait droit lui permettait d'atteindre la durée de 15 ans de services.

Sur le premier point, contrairement à ce qui est soutenu, le TA ne nous semble pas avoir commis d'erreur de droit en prenant pas en compte, dans le calcul des services de M.

---

<sup>1</sup> Créé par la loi du pays n° 2013-1 du 30 mai 2013 pour sa partie législative, et par la délibération n° 101/CP du 31 mai 2013 pour sa partie réglementaire.

D... ouvrant droit à pension proportionnelle, la période pendant laquelle il n'était pas placé en situation régulière.

Le TA a jugé que la période durant laquelle M. D..., en dépit de sa demande de réintégration, n'avait pas été effectivement en poste dans la fonction publique territoriale de Nouvelle-Calédonie, ne pouvait être prise en compte au titre des services ouvrant droit à pension proportionnelle. A cette fin, le tribunal s'est appuyé sur trois éléments :

- il n'a jamais contesté la régularité des mesures individuelles concernant sa réintégration ;
- il n'a jamais sollicité de l'administration la reconstitution de sa carrière pour la période courant du 1<sup>er</sup> août 2007 au 17 février 2015 ;
- il n'apporte en outre aucun élément permettant d'établir qu'il aurait dû être réintégré dès le 1<sup>er</sup> août 2007.

Le TA en a déduit que le directeur de la caisse locale de retraites (CLR) de Nouvelle-Calédonie n'avait commis aucune erreur de droit en ne prenant pas en compte la période en litige au titre des services effectifs et que compte tenu de l'avis conforme rendu par le directeur de la CLR au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, ce dernier était en situation de compétence liée pour rejeter la demande de M. D.... L'article R. 212-7 du code dispose en effet que « *l'admission à la retraite est prononcée par l'autorité détentrice du pouvoir de nomination après avis conforme, en ce qui concerne le droit à pension, du directeur de la caisse locale de retraites* ».

Ce faisant, le TA ne nous semble pas avoir commis d'erreur de droit.

En principe, « le temps passé dans toute position ne comportant pas l'accomplissement de services effectifs ne peut entrer en compte dans la constitution du droit à pension » (Section, 20 mai 1960, *H...*, p. 350). Il n'en va autrement que dans le cas où la reconstitution de carrière, certes fictive, résulte d'une décision juridictionnelle annulant la décision administrative à l'origine du service non fait : dans un tel cas la reconstitution de carrière à laquelle l'administration est tenue de procéder confère à la période concernée la qualification de services effectifs au sens des articles L.9 et L.15 du code des pensions civiles et militaires de retraite (outre la décision *H...* déjà mentionnée, voir : Section, 8 novembre 1957, *Dame Veuve Champion*, p. 590 ; 8/9 SSR, 9 novembre 1994, *Mme B...*, n° 120111, aux Tables). Le temps passé hors du service par suite d'une éviction irrégulière vaut alors services effectifs.

Vous jugez en revanche qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte, pour déterminer quels ont été les derniers émoluments perçus correspondant aux fonctions effectivement détenues depuis six mois au moins au moment de la cessation des services valables pour la retraite, qui servent de base au calcul de la pension, une reconstitution de carrière fictive intervenue à titre gracieux, nonobstant la circonstance qu'elle soit devenue définitive (9/10 SSR, 5 mars 2019, *M...*, n° 292383, aux Tables). Même s'il s'agit d'une question différente

*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.*

car portant sur le calcul du montant de la pension et non la constitution du droit à pension, l'inspiration de la solution nous semble devoir être la même.

Vous avez certes jugé que la Caisse des Dépôts et Consignations ne pouvait rétablir d'elle-même un agent dans une position statutaire régulière, pour la liquidation de ses droits à pension, alors que les autorités gestionnaires de cet agent ne l'avaient pas placé en disponibilité d'office à la suite d'un congé de longue maladie de trois ans comme l'exigeaient pourtant les dispositions de l'article 72 de la loi du 26 janvier 1984 (7/2 SSR, 17 décembre 2008, *Mme J...*, n° 295013). Dès lors que l'intéressée avait été maintenue en position d'activité, et avait continué à bénéficier de mesures d'avancement, vous avez estimé qu'il devait être tenu compte, pour la détermination des émoluments de base servant au calcul du montant de sa pension, de la période pendant laquelle, quand bien même elle avait épuisé ses droits à congés de maladie, elle était demeurée en activité et avait été payée. Mais il s'agit d'un cas différent, dans lequel l'intéressée était en position d'activité et recevait son traitement de son employeur : même si elle ne travaillait pas effectivement, elle devait être regardée comme ayant accompli les services correspondants, à la différence de M. D... qui n'avait reçu aucune affectation et n'était pas en position d'activité durant la période litigieuse.

Il est vrai que le cas de M. D... est un peu particulier car il n'a pas fait l'objet d'une décision explicite d'éviction du service. A l'issue de sa période de disponibilité, qui prenait nécessairement fin le 1<sup>er</sup> mai 2005 dès lors que la disponibilité pour convenances personnelle est limitée à 9 ans maximum par l'article 96 de l'arrêté du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux, et dès lors qu'il avait bien demandé sa réintégration plus de deux mois avant la fin de sa période de disponibilité comme l'exige l'article 100 du même texte et ne pouvait donc être regardé comme démissionnaire, M. D... aurait dû être réintégré et il appartenait à l'administration de l'affecter sur un emploi.

Devant le TA, M. D... invoquait dans son mémoire en réplique la décision de vos 5<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> sous-sections réunies du 20 avril 2011 *Centre hospitalier Henri Guérin* (n° 334245) qui juge, dans le cas d'un agent laissé sans affectation par l'administration alors que le contrôle judiciaire l'empêchant d'occuper son emploi avait pris fin, que cette situation ne lui est pas imputable mais résulte de la méconnaissance par l'administration de son obligation de placer ses agents dans une situation régulière et qu'il en résulte que son employeur ne pouvait se prévaloir de l'absence de service fait pour suspendre le versement de son traitement, décision s'inscrivant dans un courant jurisprudentiel marqué par vos décisions *Lacroix* (Section, 16 décembre 2005, n°274545, au Recueil) et *Giffard* (10/9 SSR, 26 janvier 2007, n° 282703, aux Tables). M. D... soutient que ce raisonnement valable pour le droit au traitement doit être transposé pour la durée de services faits au regard de la constitution du droit à pension. Qu'on le suive sur ce point ou non, il nous semble que cette jurisprudence applicable aux agents en position d'activité dont l'absence de service fait est imputable à l'administration ne peut trouver à s'appliquer car on doit considérer que du fait du refus implicite opposé à sa demande de réintégration, M. D... ne se trouvait pas en position d'activité pendant la période écoulée entre la fin de sa disponibilité en 2005 et sa réintégration en 2015.

*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.*

Faute pour M. D... d'avoir sollicité et *a fortiori* obtenu devant le juge administratif l'annulation des décisions administratives implicites refusant de le réintégrer dans l'administration de la province Sud et de l'arrêté du 23 avril 2014 procédant à sa radiation des cadres, le TA n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la période litigieuse n'avait pas à être prise en compte comme services faits au regard de la constitution du droit à pension.

Il n'y a rien là de choquant en l'espèce, dès lors que la chronologie de l'affaire montre que l'absence de situation régulière de M. D... pendant une aussi longue période est imputable tant à l'administration qu'à l'intéressé, dont le dossier ne permet pas de savoir ce qu'il a fait pendant cette période et qui, entre la fin de sa disponibilité en 2005 et sa réintégration en 2015, s'est borné à adresser une fois, en 2011, sa candidature à un poste de médecin qui était vacant.

Le deuxième point de l'argumentation de M. D... devant le TA soulève une question inédite d'interprétation des textes en vigueur.

Comme nous l'avons indiqué, M. D... soutenait que la prise en compte des bonifications pour services outre-mer auxquelles il avait droit lui permettait en tout état de cause d'atteindre la durée de 15 ans de services.

Les bonifications en cause sont prévues à l'article Lp. 222-4 du code des pensions de retraites des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie. Il ne s'agit pas de bonifications s'ajoutant aux services effectifs accomplis par l'agent pour le calcul du montant de sa pension au moment de sa liquidation, comme celles prévues à l'article L. 12 du CPCMR, qui ne sont pas prises en compte pour la constitution du droit à pension lui-même (7/2 SSR, 14 novembre 2014, *Ministre de l'éducation c/ Pic*, n° 374450, aux Tables) mais bien de bonifications jouant pour la constitution du droit à pension dès lors qu'elles sont prévues au titre II du livre II code relatif à la constitution du droit à pension. Ainsi, selon l'article Lp. 222-4, aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par voie de délibération, des bonifications, pour les services civils accomplis en Nouvelle-Calédonie (plus ou moins importantes selon que lesdits services ont été accomplis avant ou après le 1<sup>er</sup> juillet 2003, et majorées s'agissant des services à caractère pénible ou à risques), ainsi qu'au titre des enfants que les agents ont élevé en réduisant ou cessant leur activité.

L'ampleur de ces bonifications est précisée à l'article R. 222-7<sup>2</sup>.

Ces bonifications s'appliquent-elles seulement à la constitution du droit à pension pour ancienneté de service, qui requiert 30 ans de services effectifs, ou aussi à celle du droit à pension proportionnelle ? La jurisprudence semble totalement muette sur ce point.

---

<sup>2</sup> Lequel fait référence aux bonifications prévues à l'article L. 222-3 et non l'article L. 222-4 dans ce qui ne peut être qu'une erreur de plume.

L'architecture des dispositions du code relatives à la constitution du droit à pension ne permet pas de trancher aisément la question et pourrait laisser à penser que ces bonifications s'appliquent pour la constitution du droit à pension dans tous les cas.

Si l'article Lp. 222-1, relatif à l'âge de départ en retraite, prévoit des dispositions applicables au seul droit à pension d'ancienneté, l'article Lp. 222-2 prévoit « *les services pris en compte dans la constitution du droit à pension d'ancienneté ou proportionnelle* » et ne crée donc pas de distinction entre ces services selon le type de pension demandée. Puis les articles Lp. 222-3, Lp. 222-4, Lp. 222-5, Lp. 222-6 ne précisent pas à quel type de pension s'appliquent leurs dispositions, de sorte qu'on peut penser que lesdites dispositions s'appliquent aux deux types de pension, la « pension pour ancienneté de service » et la « pension proportionnelle ». A s'en tenir là, on pourrait conclure que l'article Lp. 222-4 relatif aux bonifications qui nous intéressent vaut bien pour les deux types de pension.

Il nous semble cependant que tel n'est pas le cas, pour deux raisons ::

- **le texte des dispositions en cause comporte des indices probants en sens inverse**

L'article Lp. 221-1, relatif au droit à pension pour ancienneté de service, se réfère à la notion de « services effectifs » pour vérifier la condition de durée de services ouvrant droit à pension et inclut expressément dans ces services effectifs les bonifications de l'article Lp. 222-4 : « *Le droit à pension pour ancienneté de service est acquis lorsque se trouve remplie, à la date de cessation d'activité, la double condition de soixante ans d'âge et de trente ans de services effectifs. / Sont pris en compte au titre des services effectifs, les bonifications de service fixées à l'article Lp. 222-4. (...)* ». L'article Lp. 222-4 fait écho à ces dispositions en mentionnant également la notion de « services effectifs » : « *Aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par voie de délibération, les bonifications ci-après* ».

Tel n'est pas le cas de l'article Lp. 221-2, relatif au droit à pension proportionnelle, qui ne se réfère pas à la notion de « services effectifs » ni surtout à l'article Lp. 222-4 sur les bonifications.

En outre, l'article Lp. 222-6 du même code, qui prévoit que les bonifications permettant une réduction de la durée des services requise pour l'ouverture du droit à pension peuvent se cumuler entre elles, précise que ce cumul est possible « sans que la durée des services exigée au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article Lp. 221-1 puisse se retrouver réduite de plus d'un cinquième ». Dans cet article relatif aux bonifications, il n'est donc fait référence qu'à la durée des services exigée par l'article Lp. 221-1 relatif au droit à pension pour ancienneté de service et non à l'article Lp. 221-2 relatif au droit à pension proportionnelle.

- **La nature de chacun des deux types de pension plaide aussi pour que les bonifications de durées de services ne jouent pas pour la constitution du droit à pension proportionnelle**

*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.*

Il semble logique que des bonifications de durée de services soient prévues pour constituer le droit à « pension pour ancienneté de services ». Mais la logique de la « pension proportionnelle » est tout autre. Cette pension semble viser à ouvrir un droit à pension aux cas non couverts par la « pension pour ancienneté de services », une sorte de filet de sécurité résiduel pour ceux n'ayant pas droit à une pension « normale », comme le montre le champ d'application de l'article Lp. 221-2. Celui-ci prévoit en effet que le droit à pension proportionnelle est acquis :

1° sans condition d'âge ni de durée de services, aux fonctionnaires mis à la retraite pour invalidité, parents d'un enfant à charge invalide ou conjoints d'un invalide ;

2° sans condition de durée de service aux agents qui atteignent la limite d'âge de leur statut sans pouvoir prétendre à pension d'ancienneté ;

3° aux fonctionnaires qui ont effectivement accompli une durée de service fixée par voie de délibération à 15 ans.

Dans ce dernier cas, on peut légitimement penser que cette durée minimale de 15 ans de services ne peut être réduite par des bonifications. Dès lors que les dispositions applicables ne prévoient pas explicitement que ce soit possible, nous vous proposons de considérer que les bonifications prévues à l'article Lp. 222-4 ne valent que pour la constitution du droit à pension pour ancienneté de services.

Mais le TA, saisi pourtant par M. D... d'un moyen critiquant l'erreur de droit commise par l'administration en n'ayant pas pris en compte les bonifications prévues à l'article Lp. 222-4, n'en a pas dit mot dans son jugement. Or la circonstance que ces bonifications n'étaient pas applicables à M. D... ne rendait pas le moyen inopérant : il appartenait au TA de l'écartier explicitement.

Le moyen, soulevé en cassation par M. D..., tiré de ce que le TA aurait insuffisamment motivé son jugement, est donc fondé.

Vous devrez donc annuler le jugement attaqué pour ce motif et vous pourrez, compte tenu de l'ancienneté de l'affaire et de l'intérêt de trancher la question de droit dont nous vous avons entretenus, régler l'affaire au fond.

Vous écarterez, pour les raisons déjà indiquées, les moyens tirés de ce qu'auraient dû être prises en compte au titre des services effectifs pour apprécier son droit à constitution de sa pension, d'une part, la période durant laquelle M. D... a été laissé sans affectation, et d'autre part, les bonifications prévues à l'article Lp. 222-4. Précisons que vous les écarterez comme inopérants en ce qu'ils sont articulés à l'encontre de la décision du président du gouvernement, lequel était en situation de compétence liée pour rejeter la demande de M. D... compte tenu de l'avis conforme négatif de la caisse locale de retraite et comme infondés en ce qu'ils sont articulés à l'encontre de l'avis conforme de la caisse locale de retraite, qui ne figure pas au dossier et n'a sans doute jamais été formalisé mais peut être considéré comme

*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.*

révélé par les courriers que la caisse de retraite a adressés à M. D... et dont le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait connaissance, avis conforme négatif dont l'illégalité peut être invoquée à l'encontre de la décision du président du gouvernement en vertu de votre jurisprudence *Eisenchteter* (Ass., 26 octobre 2001, n° 216471, au Recueil).

Vous pourrez aussi écarter un troisième et dernier moyen qui avait été soulevé devant le TA, tiré de ce que le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ne pouvait retirer plus de 4 mois après son édicition la décision qu'il aurait prise le 12 octobre 2016 d'accepter sa mise à la retraite à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2017 : ce moyen est infondé, M. D... donnant à un courrier de son employeur une portée décisive qu'il n'a nullement, et en tout état de cause inopérant, pour la raison déjà indiquée que le président du gouvernement était en situation de compétence liée pour rejeter sa demande.

PCMNC à l'annulation du jugement attaqué, au rejet de la demande présentée par M. D... devant le TA de Nouvelle-Calédonie, ainsi que, dans les circonstances de l'espèce, de toutes les conclusions présentées au titre 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.*