

N° 442354

SDIS de La Réunion c/ M. F...

3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 7 janvier 2022

Décision du 3 février 2022

## CONCLUSIONS

### M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée pourra vous conduire à clarifier les cas dans lesquels une décision de prolongation d'activité intervenue en méconnaissance de la limite d'âge crée néanmoins des droits pour le fonctionnaire qui en bénéficie.

M. Emmanuel César F..., caporal des sapeurs-pompiers professionnels né le 5 décembre 1956, était employé par le SDIS de La Réunion. Par un arrêté du 10 mars 2017, la présidente du SDIS lui a accordé un recul de la limite d'âge du 6 décembre 2017 au 5 décembre 2018, au motif qu'il était parent de trois enfants vivants. Pour des raisons qui demeurent quelque peu mystérieuses, M. F... a poursuivi son activité au-delà de cette date du 5 décembre 2018, jusqu'à ce que le comptable public du SDIS ne s'en inquiète en janvier 2020, en suspendant le paiement du traitement et en demande à l'établissement quel était l'acte qui l'autorisait. Par un arrêté du 17 mars 2020, le président du SDIS a retiré l'arrêté du 10 mars 2017, qualifié dans les motifs de « nul et non avvenu », et prononcé la radiation des cadres de M. F... à compter du 6 avril 2017. M. F... a saisi le tribunal administratif de La Réunion d'une demande d'annulation de l'arrêté du 17 mars 2020, assortie d'un référé-suspension. Par une ordonnance du 24 juin 2020, le juge des référés du tribunal administratif (JRТА) de La Réunion a suspendu l'arrêté, en retenant comme propre à créer un doute sérieux sur sa légalité le moyen tiré de ce que le retrait était intervenu au-delà du délai légal de quatre mois, et a enjoint au SDIS de réintégrer M. F... à titre provisoire et de procéder au versement de ses traitements depuis janvier 2020. Le SDIS se pourvoit en cassation contre cette ordonnance. Postérieurement à l'introduction du pourvoi, une ordonnance du 16 octobre 2020 a constaté l'inexécution de l'ordonnance précédente et enjoint au SDIS de procéder à la réintégration et au paiement du traitement sous astreinte de 400 euros par jour de retard.

1. Le SDIS soutient en premier lieu que le JRТА a commis une erreur de droit en jugeant que la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA) était remplie. Il explique qu'il était en situation de compétence liée pour retirer une décision nulle et non avenue, mais cette considération est sans incidence lorsqu'il s'agit d'apprécier l'urgence : il y a urgence dès lors que la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à la situation du requérant (CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815, Rec.), ce qui était sans conteste le cas

*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.*

puisque M. F... a été soudainement évincé du service et privé de son traitement, sans avoir encore obtenu la liquidation de sa pension.

2. Le second moyen est tiré de ce que le JRTA a commis une erreur de droit en considérant que le SDIS ne pouvait retirer l'arrêté du 10 mars 2017 au-delà d'un délai de quatre mois.

2.1. Rappelons au préalable le cadre juridique de la limite d'âge et de ses reports. Pour les cadres d'emploi de la fonction publique territoriale relevant de la catégorie sédentaire, la limite d'âge, qui était de 65 ans, a été amenée progressivement à 67 ans par l'article 28 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites. Les sapeurs-pompiers professionnels relèvent de la catégorie active<sup>1</sup> et leur limite d'âge, qui était de 60 ans avant la réforme, a été également décalée de deux ans par l'article 31 de la même loi.

Plusieurs régimes permettant à un fonctionnaire de demander à titre individuel la poursuite de son activité au-delà de la limite d'âge ont été successivement introduits par le législateur. Nous en mentionnerons trois qui concernent plus directement le cas d'espèce<sup>2</sup> :

- L'article 4 de la loi du 18 août 1936 concernant les mises à la retraite pour ancienneté permet un recul d'un an lorsque le fonctionnaire, au moment où il atteignait sa cinquantième année, était parent d'au moins trois enfants vivants, à la condition qu'il soit en état de continuer à exercer son emploi ; c'est ce motif qui a justifié en l'espèce le report d'un an accordé à M. F... par l'arrêté du 10 mars 2017 ;

- L'article 1-1 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public permet de maintenir en activité les fonctionnaires qui n'ont pas cotisé assez longtemps pour obtenir une pension à taux plein au moment de la limite d'âge. Ce maintien est accordé sous réserve de l'intérêt du service et de l'aptitude physique et peut se prolonger jusqu'à ce que la durée d'assurance requise pour le taux plein soit atteinte, dans la limite de 10 trimestres supplémentaires ;

- Enfin, l'article 1-3 de la même loi permet aux fonctionnaires relevant de la catégorie active de poursuivre leur activité jusqu'à ce qu'ils atteignent la limite d'âge de la catégorie sédentaire, sous réserve de leur aptitude physique. Les modalités de mise en œuvre de cette possibilité de report sont précisées par un décret du 30 décembre 2009<sup>3</sup>, qui impose notamment que la demande de prolongation soit présentée par le fonctionnaire au plus tard six mois avant la survenance de la limite d'âge.

2.2. En l'espèce, le SDIS fait valoir que l'arrêté du 10 mars 2017 avait illégalement reporté la limite d'âge jusqu'au 5 décembre 2018. L'arrêté a pris comme point de départ du report d'un an la date du 5 décembre 2017, à laquelle M. F... atteignait l'âge de 61 ans. Toutefois, il résulte des dispositions combinées du I et du II de l'article 31 de la loi du 9 novembre 2010,

<sup>1</sup> Cf. l'article 25-III 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 locales et l'annexe à l'arrêté du 12 novembre 1969 relatif au classement des emplois des agents des collectivités locales en catégories A et B.

<sup>2</sup> Les dispositions relatives à la limite d'âge des fonctionnaires sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 556-1 à L. 556-10 du code général de la fonction publique, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2022.

<sup>3</sup> 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.

*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.*

que pour les sapeurs-pompiers professionnels nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 1961, la limite d'âge est fixée par décret, de manière croissante par génération. Cet échéancier a été fixé par l'article 8 d'un décret du 30 décembre 2011<sup>4</sup> et il dépend de la date à laquelle le fonctionnaire a atteint l'âge d'ouverture des droits à la retraite applicable avant la loi du 9 novembre 2010, soit 55 ans pour les sapeurs-pompiers professionnels. M. F... a atteint l'âge de 55 ans le 5 décembre 2011 et en vertu de l'article 8 du décret du 30 décembre 2011, sa limite d'âge était donc de 60 ans et 4 mois et non de 61 ans. L'arrêté du 10 mars 2017 n'aurait donc dû accorder le report qu'à compter du 5 avril 2017 et celui-ci aurait ainsi dû s'achever le 5 avril 2018.

Cette illégalité n'est plus contestée devant vous, même si M. F... la qualifie « d'erreur matérielle ». Le débat porte sur la possibilité de retirer l'arrêté du 10 mars 2017 au-delà du délai de quatre mois prévu pour le retrait des actes créateurs droit par l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration. Le SDIS invoque la théorie de l'acte inexistant et de la jurisprudence *de Fontbonne* (CE, Sect., 3 février 1956, Rec. p. 45), en vertu de laquelle une décision intervenue en méconnaissance de la limite d'âge est nulle et non avenue et peut donc être retirée à tout moment. Selon le considérant de principe de cette jurisprudence, réaffirmée et déclinée à de multiples reprises (CE, 8 novembre 2000, *M... et Département de la Corse du Sud*, n° 209322, Tab. ; Sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c/ I... M...*, n° 231717, Rec. ; 26 octobre 2005, *P... et autres*, n° 260756, Rec.), « *la survenance de la limite d'âge des agents publics (...) entraîne de plein droit la rupture du lien de ces agents avec le service* » et « *les décisions administratives individuelles prises en méconnaissance de la situation née de la rupture de ce lien sont entachées d'un vice tel qu'elles doivent être regardées comme nulles et non avenues* ».

Le SDIS omet toutefois de mentionner le tempérament apporté à cette jurisprudence rigoureuse par une décision *Caisse des dépôts et consignations c/ M. B...* (CE, 19 novembre 2010, n° 316613, Tab.). Vous y avez jugé qu'une décision de l'autorité d'emploi accordant le report de la limite d'âge en raison d'une erreur sur le calcul de la durée d'assurance du fonctionnaire, dans le cadre de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984, ne créait pas de droits à pension mais qu'elle n'était pas pour autant inexistante. Cette absence d'inexistence, si vous nous passez l'expression, est tout à fait implicite<sup>5</sup> car elle n'a aucune incidence sur la solution d'espèce. Elle est toutefois énoncée par le fichage de la décision et éclairée par les conclusions du président Dacosta. Celles-ci exposent qu'en raison des dérogations successives apportées par le législateur à la limite d'âge, il est moins justifié d'assimiler l'erreur dans la mise en œuvre de ces dérogations à une illégalité particulièrement grave et flagrante. L'administration peut se tromper dans le maniement de ces règles, qui ne sont d'ailleurs pas dépourvues de complexité, sans qu'on puisse considérer pour autant qu'elle a procédé à une nomination pour ordre, ce qui était l'inspiration initiale de la jurisprudence *de Fontbonne*.

<sup>4</sup> Décret n° 2011-2103 du 30 décembre 2011 portant relèvement des bornes d'âge de la retraite des fonctionnaires, des militaires et des ouvriers de l'Etat.

<sup>5</sup> Dès lors que le Conseil d'Etat ne relève pas l'inexistence de la décision de prolongation d'activité, il doit être regardé comme ayant écarté celle-ci. Comme l'expliquent les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, « *l'inexistence d'un acte devant être soulevée d'office par le juge, le Conseil d'Etat l'écarte implicitement chaque fois qu'il rejette une requête ou qu'il annule l'acte attaqué pour simple illégalité* » (16<sup>e</sup> édition, 77.4).

*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 est vrai qu'une décision ultérieure, citée par le pourvoi, a fait application de la jurisprudence *de Fontbonne* (CE, 6 mars 2013, *Mme A...*, n° 350993, Inéd.). Il s'agissait toutefois en l'espèce d'une véritable nomination pour ordre, une brigadière de police ayant été détachée dans un corps relevant de la catégorie sédentaire avec pour seule finalité de la faire échapper à la limite d'âge. Les conclusions de Fabienne Lambolez confirment que cette décision a été rendue en connaissance de la jurisprudence *Caisse des dépôts et consignations* et dans l'idée que le cas d'espèce appelait une appréciation différente.

2.3. Compte tenu de l'office du juge du référé-suspension (CE, Sect., 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne*, n° 244727, Rec.) on ne peut à tout le moins reprocher une erreur de droit manifeste au JRTA de La Réunion. Mais à s'en tenir là, il n'était pas utile de déranger vos chambres réunies et vous pourrez plutôt saisir l'occasion d'exposer de manière plus explicite les cas dans lesquels une décision illégale de prolongation d'activité est inexistante. Ajoutons que cette affaire illustre pour la première fois les conséquences concrètes de l'évolution opérée par la décision *Caisse des dépôts et consignations* : en matière de pensions, comme c'était le cas dans cette affaire, une décision illégale de prolongation d'activité ne peut avoir aucune conséquence, qu'elle soit inexistante ou non ; en revanche, la distinction a des conséquences sur le déroulement de la carrière, puisque les traitements versés et l'avancement intervenus en conséquence de la décision illégale mais non inexistante sont définitivement acquis au fonctionnaire passé le délai de retrait de quatre mois.

Nous pensons que l'inexistence des décisions intervenues en méconnaissance de la limite d'âge ne devrait être maintenue que dans deux hypothèses : d'une part, lorsque la prolongation accordée est insusceptible de se rattacher à l'un des régimes légaux de report de la limite d'âge ; d'autre part, lorsqu'elle constitue une nomination pour ordre. Cette dernière hypothèse est celle couverte par la décision *A...* Quant à la première, il s'agit de distinguer les cas dans lesquels l'administration est saisie d'une demande du fonctionnaire et se trompe dans l'application du texte de loi de ceux dans lesquels elle agit en dehors de tout cadre légal.

Ces critères introduisent un élément de subjectivité dans l'appréciation de l'inexistence, alors que la jurisprudence *de Fontbonne* était au départ entièrement objective. Mais cette reconnaissance uniforme de l'inexistence en présence de toute méconnaissance de la règle de droit était en réalité une exception dans la jurisprudence d'ensemble sur les actes inexistants, qui s'attache aux intentions de l'administration et à la gravité de l'illégalité. L'évolution de votre jurisprudence ne nous paraît donc pas affecter sa cohérence.

En l'espèce, la prolongation accordée par l'arrêté du 10 mars 2017 se rattachait à l'un des régimes légaux de report de la limite d'âge, à savoir le report pour les parents de trois enfants vivants, et rien au dossier n'indique qu'il se serait agi d'une nomination pour ordre. Vous écarterez donc le second moyen du pourvoi.

**3.** Vous ferez droit en revanche à un moyen d'ordre public tiré de ce que le juge des référés a méconnu son office en enjoignant au SDIS de réintégrer M. F... et de procéder au versement de ses traitements depuis janvier 2020. En effet, la suspension de l'arrêté du 17 mars 2020 ne

*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.*

faisait que rétablir provisoirement l'arrêté du 10 mars 2017 qu'il avait retiré, et qui fixait le terme de la limite d'âge au 5 décembre 2018. A la date à laquelle il a statué et au vu du dossier dont il était saisi, le juge des référés devait donc constater que le lien avec le service avait été rompu de manière irréversible depuis le 5 décembre 2018 et qu'il ne pouvait donc faire droit à la demande de réintégration. De manière similaire, lorsqu'une décision illégale d'éviction du service est annulée, l'admission à la retraite du fonctionnaire fait obstacle à ce que l'exécution de la décision juridictionnelle implique la réintégration (CE, 23 décembre 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes-Bagnols-Uzès-Le Vigan*, n° 347178, Rec.).

La circonstance que M. F... aurait demandé le 18 octobre 2018 un nouveau report de la limite d'âge ne vous arrêtera pas. Aucune décision expresse n'est intervenue à la suite de cette demande et M. F... n'a pas formé de recours contre une éventuelle décision implicite de rejet.

4. Vous annulerez donc seulement l'article 2 de l'ordonnance attaquée, relatif à l'injonction. Réglant l'affaire dans cette mesure, vous jugerez que l'intervention du terme fixé par l'arrêté du 10 mars 2017 pour le report de la limite d'âge fait obstacle à ce que M. F... soit réintégré et à ce que son traitement soit rétabli au-delà du 5 décembre 2018. Vous rejetterez donc les conclusions aux fins d'injonction présentées par M. F... devant le JRTA de La Réunion.

**PCMNC :**

- **à l'annulation de l'article 2 de l'ordonnance attaquée ;**
- **au rejet des conclusions aux fins d'injonction présentées par M. F... devant le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion ;**
- **au rejet des conclusions présentées par les parties 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.*