

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

La présente affaire soulève une question d'une certaine importance pratique pour les agents publics et leurs employeurs : un fonctionnaire qui a été maintenu en activité au-delà de la limite d'âge applicable à son corps, en application de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984¹, peut-il demander et obtenir une nouvelle prolongation d'activité ?

Rappelons que cet article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984, créé par la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites et aujourd'hui codifié à l'article L. 556-5 du code général de la fonction publique (CGFP) permet à des fonctionnaires qui n'ont pas cotisé assez longtemps pour obtenir une pension à taux plein lorsqu'ils arrivent à la limite d'âge d'être maintenus en activité, au-delà de la limite d'âge, jusqu'à ce qu'ils aient atteint ce taux plein ou, au maximum, pendant 10 trimestres supplémentaires. Le maintien en activité n'est pas de droit, et l'employeur ne peut l'accorder que sous réserve de l'intérêt du service et de l'aptitude physique de l'intéressé.

Mais la portée de votre décision dépassera le champ de ce dispositif, dans la mesure où la solution que vous retiendrez pourra sans doute être transposée à d'autres dispositifs de maintien en activité au-delà de la limite d'âge². Notons d'ailleurs, à ce propos, que la possibilité d'une prolongation au-delà de la limite d'âge a été considérablement élargie par la

¹ Loi n°84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public

² A côté du dispositif de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 / L. 556-5 du CGFP, on peut citer le dispositif de l'article 1-3 de la même loi / L. 556-7 du CGFP, qui 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, ou encore les dispositifs spécifiques prévus pour certaines catégories de fonctionnaires : magistrats judiciaires (article 76-1-1 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958), membres des juridictions administratives (articles L. 133-7-1 et L. 233-7 du code de justice administrative), magistrats de la Cour des comptes et membres de l'IGF (article 1^{er} de la loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'Etat) ou encore professeurs des universités et assimilés (deuxième alinéa de l'article L. 952-10 du code de l'éducation)

récente réforme des retraites et que l'article L. 556-1 du CGFP, dans sa rédaction issue de l'article 10 de la LFSS rectificative pour 2023³, prévoit désormais, de façon très transversale, la possibilité pour tout fonctionnaire dont la limite d'âge est supérieure ou égale à 67 ans de rester en fonctions jusqu'à 70 ans, sur sa demande et si son employeur l'y autorise⁴.

Ceci étant dit, au cas d'espèce, c'est bien de l'interprétation de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 qu'il s'agit. M. P..., né en 1951, a occupé en dernier lieu, après une carrière quelque peu fragmentée, un poste d'agent technique au sein du musée du Louvre. N'ayant pas le nombre de trimestres suffisants pour obtenir une pension à taux plein, il a déposé, en septembre 2016, plus de 6 mois avant d'être atteint par la limite d'âge, une demande de prolongation d'activité sur le fondement de cet article 1-1, alors applicable. Son employeur, conformément à ce qui était apparemment sa pratique habituelle, n'a fait droit à sa demande que dans la limite de deux trimestres, en l'invitant à renouveler sa demande tous les 6 mois. M. P... n'a donc pu obtenir des prolongations d'activité que de deux trimestres à la fois et il a ainsi bénéficié de cinq prolongations successives pour une durée totale de 10 trimestres. Le service des retraites de l'Etat n'a cependant accepté de prendre en compte, pour le calcul de la pension de M. P..., que la première prolongation de deux trimestres au motif que les quatre prolongations suivantes avaient été présentées postérieurement à la limite d'âge applicable au corps de l'intéressé (ce qui, au demeurant, n'est pas exact en ce qui concerne la 2^e demande, qui a été présentée, comme le reconnaît d'ailleurs le ministre dans son pourvoi, juste avant cette limite d'âge). M. P... s'est alors tourné vers le tribunal administratif de Paris qui, par le jugement qu'attaque devant vous le ministre de l'économie, a annulé son titre de pension en tant qu'il n'avait pas pris en compte les quatre autres prolongations d'activité et a enjoint au ministre de réviser en conséquence le montant de sa pension.

Par son premier moyen, le ministre soutient que le TA aurait commis une erreur de droit en jugeant que les décisions de prolongation d'activité demandées et obtenues après la survenance de la limite d'âge de M. P... avaient pu légalement prolonger son activité professionnelle alors que, vous dit-il, l'atteinte de la limite d'âge avait eu pour effet d'entraîner de plein droit la rupture du lien avec le service. C'est ce moyen qui va vous conduire à vous pencher sur l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 et à préciser ce que signifie cet article quand il dispose que : *« les fonctionnaires (...) peuvent, lorsqu'ils atteignent les limites d'âge applicables aux corps auxquels ils appartiennent, sur leur demande, (...) être maintenus en activité »*. Cela signifie-t-il ou pas que la demande du fonctionnaire doit nécessairement être présentée avant l'intervention de la limite d'âge ?

Une chose nous semble certaine : la demande initiale de prolongation d'activité doit impérativement être présentée avant la rupture du lien avec le service qui résulte de la limite d'âge, vous l'avez jugé par votre décision S... du 11 juillet 1991 (n° 87026, T. pp. 968-1004-

³ Loi n°2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023

⁴ Des dispositions parallèles prévoient la même possibilité pour les agents contractuels, à l'article L. 556-11 du CGFP

1012-1024). En revanche, le doute est permis s'agissant de nouvelles demandes de prolongation présentées alors que le fonctionnaire est déjà maintenu en activité au-delà de sa limite d'âge.

La thèse du ministre, selon laquelle aucune nouvelle demande de prolongation ne peut être présentée après la limite d'âge, peut se prévaloir des décisions du 19 avril 1989, *M...* (n° 93420, p. 116) et du 5 décembre 2011, *C...* (n° 338688, T. p. 987), décisions par lesquelles vous avez jugé que le maintien en activité du fonctionnaire n'a pas pour effet de reculer la limite d'âge qui lui est applicable, même s'il lui permet de rester en activité après cette limite. Il pourrait paraître logique d'en déduire que, dès lors que la limite d'âge n'est pas modifiée par la prolongation d'activité, il faut appliquer à toutes les demandes de prolongation le même raisonnement que pour la demande initiale, à savoir qu'elles doivent être déposées avant cette limite d'âge.

Nous vous proposons toutefois, à la réflexion, de ne pas vous engager dans cette voie et de confirmer plutôt le raisonnement tenu par le TA, qui admet la possibilité de bénéficier de plusieurs prolongations d'activité successives. Plusieurs éléments nous déterminent en ce sens.

Le premier est un argument de texte : les dispositions de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 que nous vous avons lues il y a quelques minutes n'imposent pas formellement que toute demande de maintien en activité soit présentée avant la survenance de la limite d'âge. Certes, ces dispositions prévoient que c'est « *lorsqu'ils atteignent les limites d'âge applicables* » que les fonctionnaires peuvent, sur leur demande, être maintenus en activité mais nous ne lisons pas cette mention comme posant une exigence temporelle quant au dépôt de la demande. A notre sens, il s'agit plutôt, simplement, de préciser que le dispositif de maintien en activité prévu par l'article permet au fonctionnaire de rester en fonctions alors même qu'il a dépassé la limite d'âge.

A l'inverse, nous voyons un argument de texte *a contrario* dans une disposition transitoire de la LFSS rectificative pour 2023, dont l'article 10 a modifié les dispositifs de maintien en activité applicables spécifiquement aux magistrats administratifs et aux magistrats financiers⁵ pour permettre à ces derniers, dorénavant, de continuer à exercer jusqu'à 70 ans, contre 68 ans précédemment. Le XXX de cet article 10 prévoit en effet que les fonctionnaires concernés qui sont déjà maintenus en activité lors de l'entrée en vigueur de la loi restent régis par les anciens textes, de sorte qu'ils ne peuvent pas présenter une nouvelle demande de prolongation afin d'être maintenus en activité au-delà de 68 ans, et jusqu'au butoir de 70 ans désormais en vigueur. Il nous semble que, si le législateur a expressément prévu, à titre transitoire, une impossibilité d'obtenir une nouvelle prolongation d'activité pour des fonctionnaires déjà

⁵ Voir le X de cet article, pour les modifications apportées au code de justice administrative et le XV de l'article pour celles apportées à l'article 1^{er} de la loi n° 86-1304 du 23 décembre 1986 relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'Etat

maintenus au-delà de la limite d'âge c'est bien que cette nouvelle prolongation aurait sinon, faute de disposition *ad hoc*, été possible.

En deuxième lieu, nous pensons qu'il faut relativiser la portée des précédents que nous avons cités tout à l'heure. La décision *S...* de 1991, comme nous vous l'avons dit, ne porte que sur la demande initiale de prolongation d'activité, qui ne peut être présentée après la limite d'âge, et ne concerne pas une nouvelle demande qui serait présentée par un fonctionnaire déjà maintenu en activité. Quant à la décision *M...* de 1989, outre qu'elle portait, là aussi, sur une demande initiale de prolongation, elle n'a tranché finalement qu'une question tout à fait particulière. Il s'agissait en l'espèce d'articuler deux règles spécifiques aux membres de la Cour de cassation, l'une prévoyant un maintien en fonctions automatique jusqu'à la fin du semestre durant lequel la limite d'âge était atteinte, l'autre permettant, plus classiquement, une prolongation au-delà de la limite d'âge sur demande. Et la décision juge simplement que la prolongation automatique jusqu'à la fin du semestre constitue non pas un recul de la limite d'âge du magistrat, mais bien un maintien en fonctions au-delà de cette limite d'âge, ce dont il résulte que le magistrat qui arrive à la limite d'âge et qui souhaite demander une prolongation doit le faire avant d'atteindre l'âge limite et sans bénéficier d'un délai supplémentaire jusqu'à la fin du semestre.

Enfin, la décision *C...* de 2011 ne portait en réalité pas sur une demande de maintien en activité au-delà de la limite d'âge mais sur une demande de recul de la limite d'âge, en l'occurrence une demande de recul de limite d'âge pour enfant à charge sur le fondement de la loi du 18 août 1936 alors applicable. La question qui vous était posée était de déterminer s'il était possible au fonctionnaire de bénéficier d'un tel recul de limite d'âge alors même qu'il était déjà maintenu en activité au-delà de la limite d'âge de son grade. Et, si vous avez répondu par la négative à cette question, c'est bien parce que la mesure sollicitée par le fonctionnaire était un recul de limite d'âge et qu'il est nécessaire, même si les deux dispositifs peuvent souvent arriver à des résultats pratiques assez semblables, de bien distinguer le recul de la limite d'âge, d'une part, et le maintien en activité au-delà de cette limite, d'autre part, les deux n'étant pas de même nature. Ainsi, vous avez refusé d'admettre un recul de la limite d'âge lorsque le fonctionnaire est déjà maintenu en fonctions parce que ce maintien en fonctions n'est justement possible, selon les textes, qu'une fois atteinte la limite d'âge résultant, le cas échéant, de l'application des différents reculs de limite d'âge possibles⁶, de sorte que la limite d'âge du fonctionnaire est en quelque sorte « cristallisée » lorsqu'il obtient sa prolongation d'activité. Ajoutons, et cela justifie encore votre décision, que les droits de l'agent à bénéficier d'un recul de la limite d'âge « *ne peuvent être appréciés qu'à la date où il a atteint la limite d'âge normale de son grade* » et non pas ultérieurement (CE, 28 novembre 1973, *V...*, p. 676). Mais, au total, nous pensons donc que cette décision *C...* n'a pas engagée

⁶ Quatre reculs de limite d'âge sont aujourd'hui possibles : pour enfants à charge, pour avoir eu 3 enfants ou plus, pour enfant mort pour la France, et pour pouvoir atteindre la durée de services requise pour partir à taux plein. Ils sont prévus aux articles L. 556-2 à 556-5 du CGFP

vosre jurisprudence dans un sens qui vous contraindrait pour répondre à la question qui vous est posée aujourd'hui.

Au contraire, et c'est notre troisième argument, nous pensons que la logique profonde de votre jurisprudence c'est en réalité qu'aucune demande de prolongation ne peut être présentée après la rupture du lien avec le service, rupture qui, aux termes de votre décision *Soulière* du 9 mars 1951 (p. 146), est « irrévocable ». A cet égard, il résulte certes de votre jurisprudence de Section de Fontbonne du 3 février 1956 (p. 45) que « la survenance de la limite d'âge entraîne de plein droit la rupture du lien avec le service ». Mais une telle rupture du lien avec le service ne survient qu'en l'absence de dispositions législatives contraires. Et, précisément, les possibilités de maintien en activité en delà de la limite d'âge, prévues par la loi, ont pour effet de reculer la rupture du lien avec le service au-delà de la limite d'âge, en la repoussant à la date de la cessation effective des fonctions. C'est ce que vous expliquait le président Dacosta dans ses conclusions sur une décision du 6 juillet 2010 *Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la Mer c/ M. Q...* (n° 338934, T. pp. 626-827-997) et c'est ce que vous avez expressément reconnu dans votre décision *M. PP... et autres* du 26 octobre 2005 (n° 260756, 260757, 260758, 260759, p. 442) : ce n'est pas seulement « la survenance de la limite d'âge d'un fonctionnaire » qui « entraîne de plein droit la rupture du lien de cet agent avec le service » mais c'est aussi, « le cas échéant, l'expiration du délai de prolongation d'activité au-delà de cette limite, telle qu'elle est déterminée par les textes en vigueur ». Par conséquent, puisque l'agent maintenu en activité au-delà de sa limite d'âge n'a pas rompu son lien avec le service, pourquoi ne pourrait-il pas présenter, tant qu'il n'est pas arrivé au bout de sa première prolongation d'activité, une nouvelle demande de prolongation ?

Par ailleurs, la solution que nous vous proposons, outre qu'elle nous semble fondée en droit, nous paraît tout à fait opportune. Nous croyons en effet qu'il est souhaitable que l'administration puisse continuer, comme elle le fait couramment aujourd'hui, à piloter finement les prolongations d'activité au-delà de la limite d'âge qu'elle autorise, en ne les accordant pas d'emblée pour la durée maximale autorisée, mais en les « fractionnant » en périodes plus courtes susceptibles d'être renouvelées. Cette pratique permet, à chaque renouvellement, de s'assurer que le maintien en activité est toujours justifié au regard des deux conditions posées par la loi, l'intérêt du service et l'aptitude physique de l'agent. Ajoutons qu'elle peut aussi permettre à l'administration, plus prosaïquement, un pilotage au plus juste de sa masse salariale. A suivre la thèse défendue par le pourvoi, vous pénaliserez donc tant l'administration, qui perdrait une souplesse bienvenue, que les agents, dont les demandes de prolongations risqueraient de se heurter plus fréquemment à des refus. On peut craindre en effet qu'une administration qui ne disposerait plus de la possibilité d'octroyer des prolongations successives refuse des demandes par prudence, plutôt que d'y faire droit pour une période qu'elle jugerait trop longue.

Ainsi, au total, nous pensons qu'il est possible à un fonctionnaire de bénéficier de plusieurs prolongations d'activité successives, dans la limite du maximum fixé par le texte et sous réserve des conditions qu'il prévoit, à partir du moment où le lien avec le service n'a pas été

rompu, ce qui suppose donc que la première demande de prolongation ait été présentée avant la limite d'âge, et qu'il n'y ait pas de solution de continuité entre les prolongations successives⁷.

Tel est bien la situation en l'espèce. M. P... a demandé, avant la survenance de la limite d'âge qui lui était applicable, à être maintenu en activité, et les prolongations successives dont il a bénéficié se sont enchaînées sans interruption jusqu'à atteindre la limite des dix trimestres prévue par la loi du 13 septembre 1984. Notons au passage que, même si le TA l'a relevé, il nous semble assez indifférent que la demande initiale de M. P... ait porté sur le nombre des trimestres qu'il a *in fine* réalisés avant d'être admis à faire valoir ses droits à la retraite.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc le premier moyen d'erreur de droit soulevé par le ministre.

Son deuxième moyen vous retiendra moins longtemps. Le ministre reproche en effet au TA, sous le timbre de l'erreur de droit, d'avoir jugé que les trois dernières décisions de prolongation d'activité dont a bénéficié M. P.. n'étaient pas inexistantes.

Il faut, à cet égard, vous signaler que si le TA a effectivement jugé que ces décisions n'étaient pas nulles et non avenues, c'est parce qu'il a rappelé votre jurisprudence⁸, en vertu de laquelle « *pour le calcul d'une pension, il incombe à l'autorité chargée de sa liquidation de prendre en compte les décisions individuelles même illégales relatives à la carrière de l'intéressé, dès lors que ces décisions ne sont pas inexistantes ou qu'elles n'ont pas été rapportées par leur auteur ou annulées par le juge de l'excès de pouvoir* » - voyez à ce propos votre décision du 15 avril 2015, *Caisse des dépôts et consignations c/ Mme U... et la commune d'Arles* (n° 375123, inédit)⁹ décision qui ne fait, en réalité, qu'appliquer aux cas des pensions le principe plus général selon lequel tant qu'un acte administratif, fut-il illégal voire même obtenu par fraude, n'a pas été annulé ou retiré, il appartient à l'ensemble des autorités administratives de l'appliquer et d'en tirer les conséquences légales (CE, Section, 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, p. 359 ; CE, Section, 29 novembre 2002, *Assistance publique – hôpitaux de Marseille*, p. 414 ; CE, Section, 16 décembre 2005, *L...*, n° 274545, p. 584). Ce n'est donc que si les prolongations de M. P... avaient été inexistantes que le service des retraites de l'Etat aurait pu les ignorer comme il l'a fait.

Mais, précisément, le TA a jugé que ces prolongations n'étaient pas inexistantes. Et c'est donc ce que conteste le ministre, en se prévalant de ce que vous jugez de façon drastique que des décisions administratives individuelles qui méconnaissent la survenance de la limite d'âge

⁷ A noter que, ce faisant, vous condamneriez la solution retenue par le récent jugement du TA de Lille dont se prévaut le ministre dans son pourvoi (TA Lille, 9 juillet 2021, *Mme B...*, n°2000799)

⁸ Le TA a, très exactement, recopié la motivation des décisions de votre 7^e chambre du 9 janvier 2013, *Caisse des dépôts et consignations c/ M. C...* (n° 355832, inédite) et du 15 février 2013, *Mme BB...* (n° 359502, inédite)

⁹ Pour plus de détails sur cette jurisprudence et ses diverses déclinaisons, nous renvoyons aux conclusions de Gilles Pellissier sur cette décision *Caisse des dépôts et consignations c/ Mme U... et la commune d'Arles*

sont entachées « *d'un vice tel qu'elles doivent être regardées comme nulles et non avenues* », ainsi qu'il est écrit dans votre décision *de Fontbonne* précitée ou, plus récemment, dans votre décision *M... et Département de la Corse-du-Sud* du 8 novembre 2000 (n°209322, p. 1071).

Mais cette critique ne saurait prospérer. Si vous nous suivez pour écarter le premier moyen du pourvoi, alors les décisions de prolongation d'activité dont a bénéficié M. P... ne sont pas illégales du fait qu'elles ont été prises après que celui-ci a dépassé la limite d'âge et elles ne sont donc, *a fortiori*, pas inexistantes. Vous pourrez donc écarter le second moyen du ministre dans le même mouvement que vous écarterez son premier moyen.

Si jamais vous ne nous suiviez pas pour écarter le premier moyen du pourvoi, alors, ce premier moyen suffirait à entraîner la cassation totale du jugement attaqué et vous n'auriez donc pas à vous prononcer sur le second moyen. Mais, en tout état de cause, ce second moyen nous semble de toute façon infondé. En effet, depuis votre décision du 19 novembre 2010, *Caisse des dépôts et consignations c/ M. X...* (n° 316613, T. pp. 827-873), vous avez tempéré votre jurisprudence et ne regardez plus systématiquement comme nul et non avenue un acte qui conduit à un maintien irrégulier de l'agent au-delà de la limite d'âge : pour qualifier un tel acte, votre approche n'est plus seulement objective et fondée sur la gravité du vice en cause ; elle est également plus subjective, et vous conduit à apprécier l'intention de l'auteur de l'acte. Ce n'est, au bout du compte, que si l'acte avait pour finalité de contourner la législation que vous le regarderez comme inexistant. Or il n'y avait rien de tel en l'espèce avec les décisions de prolongations dont a bénéficié M. P.... Dans ces conditions, à supposer même que ces décisions soient illégales – ce que nous ne pensons pas – elles ne seraient pas pour autant inexistantes.

PCMNC :

- au rejet du pourvoi ;
- et à ce que vous mettiez à la charge de l'Etat la somme de 3 000 € à verser à M. P... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.