

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée va vous conduire à vous pencher sur la pratique du ministère de l'Education nationale consistant à permettre aux personnels enseignants d'être maintenus en fonctions jusqu'à la fin de l'année scolaire au cours de laquelle ils atteignent leur limite d'âge. Cette pratique, ancienne, remonte au moins à une note de service du 11 juin 1987 du directeur général des finances et du contrôle de gestion de ce ministère¹ lequel, en qualifiant cette pratique de « dérogation traditionnelle » au principe selon lequel un fonctionnaire ne peut être maintenu en fonction au-delà de sa limite d'âge, fait référence à un accord du ministre du budget du 28 juillet 1986 quant au maintien de la rémunération d'activité des personnels durant cette période de prolongation.

Mais si cette pratique peut, pour les instituteurs et les professeurs des écoles², comme pour les chercheurs et enseignants-chercheurs³, se prévaloir d'une base légale ancienne, elle n'avait, en ce qui concerne les enseignants du second degré et jusqu'à l'année dernière, pas d'autre fondement que cette note de service. Ce n'est en effet qu'à l'occasion de la récente réforme des retraites, par la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023⁴, qu'a été

¹ Note de service n° 87-162, parue au bulletin officiel de l'éducation nationale n° 24 du 18 juin 1987

² Voir l'ancien article L. 921-4 du code de l'éducation selon lequel « *Les personnels enseignants appartenant aux corps des instituteurs et des professeurs des écoles qui remplissent, en cours d'année scolaire, les conditions d'âge pour obtenir la jouissance immédiate de leur pension sont maintenus en activité jusqu'au 31 août, sauf s'ils sont atteints par la limite d'âge (...)* ». Il s'agissait là d'une obligation et non d'une faculté pour les personnels en cause. Cet article a depuis été abrogé par le IV de l'article 10 de la LFSSR pour 2023, qui lui a substitué la règle fixée par le nouvel article L. 911-9 du même code, commune aux enseignants des premier et second degré.

³ Voir l'article L. 952-10 du code de l'éducation, qui fixe des règles assez comparables

⁴ Loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023. Voir plus

adopté l'article L. 911-9 du code de l'éducation, qui prévoit que « *Quand ils atteignent la limite d'âge en cours d'année scolaire, les enseignants des premier et second degrés, les personnels d'inspection ainsi que les maîtres contractuels et agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat restent en fonction à leur demande, si les besoins du service le justifient, jusqu'à la fin de l'année scolaire* ». Mais ce nouvel article, en l'absence de dispositions transitoires⁵, est entré en vigueur le lendemain de la publication de la loi, soit le 16 avril 2023 et n'est donc pas applicable à la présente affaire, la période de maintien en fonctions en litige étant antérieure.

En effet, en l'espèce, Mme D..., professeure en lycée professionnel, a atteint la limite d'âge de son grade le 1^{er} mai 2018. Elle a demandé et obtenu, avant cette date, une prolongation d'activité jusqu'au 31 octobre 2020, en application de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984⁶ qui, comme vous le savez, 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 supplémentaires⁷. Mme D... a ensuite demandé et obtenu un « maintien en fonctions », sur le fondement de la note de service de 1987, jusqu'à la fin de l'année scolaire au cours de laquelle sa prolongation d'activité s'achevait, soit jusqu'au 31 juillet 2021. Elle a été admise à la retraite à compter du 1^{er} août suivant. Toutefois, par la décision en litige, le service des retraites de l'Etat (SRE) a refusé de prendre en compte, pour le calcul de ses droits à pension, cette période de « maintien en fonctions » courant du 1^{er} novembre 2020 au 31 juillet 2021, ce que Mme D... conteste. Le TA de Paris ayant fait droit à sa demande, le ministre chargé de l'économie s'est pourvu en cassation.

Celui-ci ne remet pas en cause dans son pourvoi, pas plus d'ailleurs que dans ses écritures de première instance, la légalité de la note de service de 1987 et se borne à en contester l'interprétation extensive faite par le jugement attaqué. L'administration admet donc que les enseignants puissent être maintenus en activité jusqu'à la fin de l'année scolaire au cours de laquelle ils atteignent leur limite d'âge et reconnaît à ce titre que Mme D... aurait pu bénéficier de ce maintien en activité pendant l'année scolaire durant laquelle elle a atteint sa limite d'âge, c'est-à-dire l'année 2017/2018. Mais elle conteste que ce maintien puisse également, comme l'a jugé le TA, s'appliquer à l'année scolaire durant laquelle intervient la

précisément, en ce qui concerne le nouvel article L. 911-9 du code de l'éducation, le VII de l'article 10

⁵ Voir à ce propos le XXX du même article 10 de la LFSSR pour 2023

⁶ Cet 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, créé par la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, est aujourd'hui codifié à l'article L. 556-5 du code général de la fonction publique (CGFP)

⁷ 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. Il 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

fin de prolongation d'activité obtenue par l'intéressée en application de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984.

Le TA, pour juger de la sorte, a considéré que rien n'interdisait à un agent de cumuler le bénéfice de plusieurs dispositifs différents de prolongation d'activité au-delà de la limite d'âge, tant que le lien de cet agent avec le service n'a pas été rompu. Et, de fait, nous pensons bel et bien qu'en principe, sauf disposition contraire, un agent peut, dans le cadre d'une prolongation d'activité au-delà de sa limite d'âge, tant que la rupture du lien avec le service n'est pas intervenue et sous réserve des conditions prévues par les textes, demander et obtenir une nouvelle prolongation d'activité, sur le fondement du même texte ou sur un autre fondement. C'est d'ailleurs en suivant cette logique que vous avez récemment jugé qu'un fonctionnaire pouvait bénéficier de plusieurs prolongations d'activité successives accordées au titre de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 (CE, 22 décembre 2023, *Ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique c/ M. P...*, n° 472933, à mentionner aux Tables).

Mais, bien évidemment, cette possibilité de cumuler plusieurs prolongations d'activité ne vaut que pour autant que les textes ne s'y opposent pas. Or, au cas d'espèce, la note de service de 1987 n'autorise un maintien en fonctions des personnels enseignants que – nous citons – « *jusqu'à la fin de l'année scolaire au cours de laquelle ils atteignent leur limite d'âge* ». Et par ailleurs – vous l'avez jugé – le maintien en activité d'un agent au-delà la limite d'âge qui lui est applicable n'a pas pour effet de reculer cette limite d'âge (CE, 19 avril 1989, *Mangin*, n° 93420, p. 116 ; CE, 5 décembre 2011, *C...*, n° 338688, T. p. 987). Par conséquent, dès lors que la prolongation d'activité obtenue par Mme D... sur le fondement de l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 ne pouvait s'analyser comme un recul de sa limite d'âge, celle-ci n'était plus, au moment où elle a demandé à être maintenue en activité jusqu'à la fin de l'année scolaire 2020/2021, dans l'année scolaire « *au cours de laquelle* » elle atteignait sa limite d'âge, pour reprendre les termes de la note de service de 1987. Il nous semble donc bien que cette note de service ne permettait un maintien en fonction de Mme D... que jusqu'à la fin de l'année scolaire 2017/2018, et que le TA, en jugeant comme il l'a fait, a commis une erreur de droit au regard des termes mêmes de cette note de service.

Nous pensons toutefois que vous pourrez ne pas vous contenter de retenir ce moyen soulevé par le pourvoi et accueillir aussi, plus radicalement, le moyen que vous avez soulevé d'office et communiqué aux parties. Il nous semble en effet que la note de service de 1987, à la supposer réglementaire, comme l'a jugé le TA⁸, est entachée d'incompétence : seule la loi aurait pu, comme le fait cette note, déroger aux règles relatives à la limite d'âge. Celles-ci relèvent du domaine de la loi au titre des « *garanties fondamentales accordées aux*

⁸ C'est aussi ce qu'a jugé la CAA de Marseille (13 décembre 2011, *M. C...*, n° 10MA00797, C+)

fonctionnaires civils et militaires de l'État » au sens de l'article 34 de la Constitution et en pratique, ces règles, quand elles ne figurent pas intégralement dans la loi, disposent toujours d'une base législative développée qui ne renvoie au pouvoir réglementaire le soin de les préciser que dans un cadre étroitement défini. D'ailleurs, au cas d'espèce, la limite d'âge applicable à Mme D... était fixée tout entière par l'article 28 de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites⁹, disposition législative que l'article 8 du décret du 30 décembre 2011¹⁰ n'a fait que recopier. Il aurait donc fallu une disposition législative pour pouvoir y déroger, même pour seulement quelques mois.

Mme D... tente, en défense, de vous convaincre que, par la note de service en cause, le pouvoir réglementaire n'a pas excédé les possibilités qu'ouvre au chef de service, pour garantir le bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité, votre célèbre jurisprudence *J...* (CE, Section, 7 février 1936, *J...* p. 172, GAJA n° 45)¹¹. Elle se prévaut, à ce propos, de ce que vous avez jugé qu'un fonctionnaire peut être maintenu en fonctions jusqu'à la nomination de son successeur, même « *en l'absence de disposition législative permettant une dérogation à la limite d'âge* », à la condition que « *ce maintien [soit] rendu nécessaire par des circonstances particulières liées aux responsabilités qui lui sont confiées ou à l'impossibilité de désigner immédiatement une autre personne susceptible d'exercer celles-ci de manière effective* » (CE, Section, 16 mai 2001, *Préfet de police c/ I...*, n° 231717, p. 234). Mais ces arguments ne sauraient vous convaincre : c'est une chose de permettre qu'un agent donné soit, de façon ponctuelle et justifiée par des circonstances particulières, désigné pour assurer son propre intérim lorsqu'il atteint la limite d'âge, c'en est une autre de mettre en place, comme le fait la note de service en cause, une règle générale valable pour toute une catégorie d'agents. D'ailleurs, dans le précédent de Section que nous venons de citer, vous avez justement refusé d'admettre le maintien en fonctions jusqu'à la nomination de son successeur d'un préfet de police admis à faire valoir ses droits à la retraite faute que des circonstances particulières le justifient en l'espèce. Vous ne pouvez donc, *a fortiori*, pas admettre la possibilité systématique que tous les personnels enseignants soient prolongés, et ce quand bien même cette prolongation se fait, selon la note de service, « *dans l'intérêt du service* ».

Nous n'avons donc guère de doute à vous proposer de juger que la note de service de 1987 est entachée d'incompétence. Et nous avons d'autant moins de scrupules à le faire que cette illégalité n'aura, finalement, que peu de conséquences pratiques, puisque les demandes de prolongation présentées par les agents atteints par la limite d'âge durant l'année scolaire en

⁹ Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites

¹⁰ 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

¹¹ C'est en ce sens qu'avait jugé la CAA de Marseille dans son arrêt susmentionné (13 décembre 2011, *M. C...*, n° 10MA00797, C+)

cours bénéficient désormais d'une base légale. Enfin, précisons que le moyen tiré de ce vice d'incompétence dont est entachée la note de service de 1987 est bel et bien d'ordre public (voyez à cet égard, en ce qui concerne l'incompétence entachant la disposition réglementaire sur laquelle est fondée la décision administrative contestée, CE, Assemblée, 23 octobre 1964, *Commissaire du gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Bordeaux c/ D...*, p. 487 ; CE, Section, 28 mai 1971, *Association des directeurs d'instituts et de centres universitaires d'études économiques régionales*, p. 390).

De plus, si vous nous suivez pour considérer que le maintien en fonctions de Mme D... sur le fondement de cette note de service était irrégulier, alors, le ministre a raison de faire valoir que les services accomplis pendant cette période de « maintien en fonctions » ne pouvaient pas être pris en compte pour le calcul de ses droits à pension. Vous ne pourrez donc pas, contrairement à ce que suggère Mme D...

en défense, substituer aux motifs retenus par le TA le motif tiré de ce que la décision la maintenant en fonctions, quand bien même elle serait illégale, n'est pas inexistante et n'a été ni rapportée ni annulée.

Il est vrai, à cet égard, que vous jugez que « *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* » (CE, 15 avril 2015, *Caisse des dépôts et consignations c/ Mme U... et la commune d'Arles*, n° 375123, inédit¹²). Et il est également vrai que vous avez tempéré votre jurisprudence traditionnelle qui voulait que des décisions administratives méconnaissant la survenance de la limite d'âge étaient entachées « *d'un vice tel qu'elles doivent être regardées comme nulles et non avenues* », ainsi qu'il est écrit dans votre décision de F... (CE, Section, 3 février 1956, *de F...*, p. 45) ou, plus récemment, dans votre décision Z... et Département de la Corse-du-Sud (CE, 8 novembre 2000, *Z... et Département de la Corse-du-Sud*, n° 209322, p. 1071).

Depuis votre décision du 19 novembre 2010, *Caisse des dépôts et consignations c/ M. B...* (n° 316613, T. pp. 827-873), en effet, vous ne regardez plus systématiquement comme inexistant un acte qui conduit à un maintien irrégulier de l'agent au-delà de la limite d'âge, réservant cette qualification à l'acte ayant pour finalité de contourner la législation. Mais, pour autant, cette jurisprudence Caisse des dépôts et consignations c/ M. B... précise bien que

¹² Rappelons que cette décision 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).

s'il n'est pas nécessairement inexistant, le maintien en activité d'un fonctionnaire au-delà de sa limite d'âge, lorsqu'il est illégal, ne permet pas à ce fonctionnaire d'acquérir de nouveaux droits à pension postérieurement à la limite d'âge. Ainsi, alors même que la décision maintenant Mme D... en fonction du 1^{er} novembre 2020 au 31 juillet 2021 n'a été ni rapportée ni annulée et quand bien même cette décision ne serait pas inexistante, elle n'a pourtant pas pu lui permettre d'acquérir de nouveaux droits à pension.

PCMNC :

- à l'annulation du jugement attaqué ;
- au renvoi de l'affaire devant le TA de Paris ;
- au rejet des conclusions présentées par Mme D... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.