

CONCLUSIONS

M. Olivier FUCHS, Rapporteur public

« Je suis jeune, il est vrai ; mais aux âmes bien nées, la valeur n'attend point le nombre des années ». Parmi les nombreuses répliques remarquables du *Cid*, celle déclamée par Rodrigue en réponse à Don Gomes le traitant de « jeune présomptueux »¹ pourrait figurer en incipit de l'affaire qui vient d'être appelée.

Mme N..., qui souhaite se présenter au recrutement sur titre aux fonctions d'auditeurs de justice pour l'année 2022, sur le fondement de l'article 18-1 de l'ordonnance portant loi organique du 22 décembre 1958, s'inquiète en effet de ne pas pouvoir le faire du fait de son trop jeune âge. Dans la mesure où elle n'aura que 30 ans au 1^{er} janvier 2022, elle ne remplit il est vrai pas la condition d'âge fixée par le premier alinéa de l'article 33 du décret du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, qui impose d'avoir 31 ans au 1^{er} janvier de l'année en cours. Elle remplit en revanche *a priori* la condition de diplôme et celle d'une expérience professionnelle de plus de quatre années. Ce ne sont donc pas les conditions tenant aux mérites de sa candidature qui pourraient conduire à son irrecevabilité, mais celle tenant à son trop jeune âge.

Mme N... a donc sollicité du premier ministre l'abrogation de cette disposition en tant qu'elle prévoit une limite d'âge inférieure de 31 ans. Après que le juge des référés a rejeté sa demande de suspension de l'exécution de cette décision au motif d'un traitement rapide de la requête au fond², vous voilà donc saisi du refus opposé à cette demande. La requête est régulièrement introduite et, en particulier, si, dans son mémoire en référé-suspension qui est annexé à ses observations sur la QPC, qui était la seule production en défense dans ce dossier jusqu'à ce matin, le ministre soutient que la requérante n'aurait pas intérêt pour agir au seul motif qu'elle pourrait se présenter au concours externe, vous pourrez sans difficulté l'écarter car cette circonstance est sans emport au regard de sa situation concernant le recrutement sur titre.

¹ Acte II, scène 2.

² JRCE, 1^{er} juillet 2021, *Mme N...*, n°453470.

1. Mme N... soulève d'abord une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre les dispositions de l'article 18-2 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, lesquelles prévoient l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour fixer les limites d'âge inférieure ou supérieure des candidats visés à l'article 18-1 de la même ordonnance.

Nous croyons que cette question prioritaire de constitutionnalité ne peut prospérer. Les dispositions contestées ont en effet été insérées dans l'ordonnance du 22 décembre 1958 par la loi organique du 25 février 1992 et le Conseil constitutionnel, lorsqu'il s'est prononcé sur celle-ci le 21 février 1992³, ne les a pas déclarées contraires à la Constitution. A cette occasion, il n'a certes pas confronté l'article 18-2 au principe constitutionnel d'égalité, mais comme vous le savez les lois organiques promulguées doivent être regardées, dans leur intégralité, comme conformes à la Constitution (voyez CE, 29 juin 2011, *Président de l'Assemblée de la Polynésie française*, n° 347214, aux Tables).

Il faudrait dès lors que la requête fasse état de circonstances nouvelles justifiant de soumettre à nouveau les dispositions en cause au Conseil constitutionnel. Celles qui sont mises en avant sont au nombre de trois : les réformes constitutionnelles intervenues conduisant à une meilleure prise en compte du droit de l'Union dans la Constitution, les développements relatifs au principe communautaire d'égalité et une tendance à la suppression des limites d'âge dans la fonction publique. Ces circonstances nous paraissent largement inopérantes et, à tout le moins, elles ne sauraient vous convaincre. Dès lors, vous ne pourrez nous semble-t-il, transmettre cette question au Conseil constitutionnel.

2. Vous pourrez alors en venir au moyen qui nous paraît le plus délicat, tiré de la méconnaissance du premier alinéa de l'article 33 du décret avec le droit de l'Union européenne, en tant qu'il fixe une limite d'âge minimale à 31 ans.

La question ainsi soulevée n'a sans doute pas surpris le Garde des sceaux puisque, par une décision du 19 juin 2020, le Défenseur des droits lui a recommandé d'engager des travaux en vue de la suppression des limites d'âge existant pour tous les concours d'accès à l'ENM ainsi que des autres limites d'âge concernant l'intégration directe sans concours dans la magistrature judiciaire⁴. En réponse, le Garde des sceaux a informé la Défenseure des droits que le ministère travaille sur un projet de simplification des voies de recrutement et que, parmi les orientations envisagées, figure la suppression de l'ensemble des limites d'âge.

2.1. Pour en revenir à la requête, il faut commencer par vous dire que la critique est formulée de manière claire, mais limitée au principe général du droit de l'Union européenne de non-discrimination et à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux. Elle ne prend donc pas expressément appui sur la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, alors même que la requérante cite cette directive au soutien de sa QPC. Même si le ministre, dans son mémoire en référé-suspension annexé à ses observations QPC, avait défendu sur le fondement de la directive également, vous pourriez alors hésiter à vous saisir

³ Décision n°92-305 DC du 21 février 1992.

⁴ Décision 2020-118 du 19 juin 2020.

pleinement de la question, en explorant le fait de savoir si les dispositions contestées sont réellement dans le champ d'application du droit de l'Union ou si le principe général du droit va aussi loin que la directive.

La Cour de justice de l'Union européenne apporte toutefois sur ces points des réponses sans ambiguïté. Prolongeant l'élan de l'arrêt *M...* du 22 novembre 2005⁵, la Cour a ainsi réaffirmé, dans sa décision *K...* du 19 janvier 2010⁶ l'existence d'un principe général du droit de l'Union interdisant les discriminations en fonction de l'âge, « tel que concrétisé par la directive 2000/78/CE ». Cette approche, qui a été très critiquée notamment outre-Rhin, avait pour objectif d'assurer la plus grande portée à la lutte contre ces discriminations en permettant, alors même que la directive ne serait pas applicable, la contestation des mesures nationales au regard du principe général du droit de l'Union. Le contenu substantiel du droit applicable comme les contrôles que la Cour de justice exercent sont en outre identiques quelle que soit la source formelle retenue (plusieurs décisions affirment cette identité, voir par exemple les décisions *Tyrolean Airways* du 7 juin 2012, *Mario V P...* du 13 novembre 2014 ou *Escribano Vindel* du 7 février 2019⁷).

Il ne fait à nos yeux pas de doute, enfin, que la disposition en litige relève bien du champ du droit de l'Union car le droit en cause s'applique au secteur public, en ce qui concerne les conditions d'accès à l'emploi, y compris en ce qui concerne les critères de sélection et de recrutement, et quelle que soient les professions⁸, les emplois de souveraineté n'étant nullement exclus. La Cour a ainsi récemment rendu un arrêt relatif à une discrimination en ce qui concerne les magistrats du siège en Espagne (voir la décision *Escribano Vindel* précitée).

C'est donc sans grande hésitation que le président Stirn pouvait dire, dans une intervention concernant « Le juge administratif et les discriminations » en 2015, que « les deux cours européennes, de Luxembourg et de Strasbourg, font preuve d'une grande vigilance dans la mise en œuvre des impératifs de non-discrimination »⁹. Ce qui est vrai pour le champ d'application de ce droit, et qui nous convainc que vous devez saisir le moyen à bras le corps, vaut également au fond, auquel il faut maintenant venir.

2.2. La mesure qui vous est soumise constitue une discrimination directe en fonction de l'âge : elle conduit en effet à ce qu'une « personne soit traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable », pour reprendre la définition communautaire consacrée¹⁰.

⁵ CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04.

⁶ CJUE, 19 janvier 2010, C-555/07.

⁷ CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11, points 21 à 13 ; CJUE, 13 novembre 2014, *Mario V P...*, C-416/13, point 25 ; CJUE, 7 février 2019, *C. Escribano Vindel*, aff. C-49/18.

⁸ Aux termes du 1 de l'article 3 de la directive 2000/78, celle-ci s'applique « à toutes les personnes, tant pour le secteur public que le secteur privé », en ce qui concerne notamment « les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle ». Voir également, par exemple, CJUE, 28 juillet 2016, *M. Kratzer*, C-423/15, point 34.

⁹ B. Stirn, « Le juge administratif et les discriminations », colloque *10 ans de droit de la non-discrimination*, 5 octobre 2015, disponible sur <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-discriminations>.

2.3. Toute les discriminations fondées sur l'âge ne sont néanmoins pas interdites, bien entendu et il faut alors rechercher si la différence de traitement ainsi instituée entre dans le champ des exceptions prévues par le droit de l'Union au principe de non-discrimination. Il faut préciser, pour aborder cette question, que les dispositions instituant une dérogation au principe d'interdiction des discriminations doivent être interprétées de manière stricte (voyez CJUE, 13 septembre 2011, *Reinhard Prigge*, C-447/09, point 56).

2.3.1. Parmi les trois jeux d'exception envisageables, celui tenant à la sécurité et à la défense de l'ordre publics doit d'emblée être écarté¹¹.

2.3.2. Le deuxième jeu d'exceptions est celui qui est invoqué par le ministre dans sa défense reçue ce matin, et qui l'avait déjà été en référé-suspension. Nous citons ici la directive qui énonce cette exception de manière concise : « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ».

Il faut donc, pour entrer dans le cadre de cette exception, faire d'abord état d'un objectif légitime justifiant cette discrimination. La Cour de justice a jugé à plusieurs reprises que, bien que la liste énoncée par la directive ne soit pas exhaustive, les objectifs légitimes énumérés « sont liés à la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle » et que ce « sont des objectifs relevant de la politique sociale » (voir notamment les décisions *Age Concern England* du 5 mars 2009, *H...* du 18 juin 2009 et *Reinhard Prigge* précitée¹²).

Dans le sillage de la Cour de justice, vous avez pour votre part considéré que « au nombre de ces objectifs légitime figurent, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les Etats membres en matière de politique sociale, la politique nationale visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations » (voir CE, 13 mars 2013, *Mme Cherenne*, n°352393, au Recueil, aux éclairantes conclusions de la présidente Vialettes). La Cour de justice admet d'ailleurs « l'objectif d'une structure d'âge équilibrée » et le fait que « la cohabitation de différentes générations de salariés peut également contribuer à la qualité des activités poursuivies » (voyez les affaires *Georgiev* du 18 novembre 2010 et *Fuchs et Köhler* du 21 juillet 2011)¹³.

¹⁰ Cette définition est celle de l'article 2.2. de la directive 2000/78/CE.

¹¹ Cette exception est relative, aux termes de l'article 2.5 de la directive, « à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹² CJUE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, C-388/07, point 46 ; CJUE, 18 juin 2009, *H...*, C-88/08, point 41 ; arrêt *Reinhard Prigge*, précité, point 81.

¹³ CJUE, 18 novembre 2010, *Georgiev*, aff. C-250/09 et C-268/09 et CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs et Köhler*, aff. C-159/10.

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.

Au regard de ces exemples, il n'est pas difficile à première vue d'estimer que la disposition en cause poursuit un objectif légitime, qui est celui de permettre une harmonie d'ensemble des différents modes de recrutement des magistrats judiciaires, afin de garantir l'efficacité de ce système en préservant un équilibre entre les différents viviers de candidats et d'assurer des déroulements de carrière adaptés en fonction des modes d'entrée.

L'hésitation est néanmoins possible et pour deux raisons au moins. D'abord, le garde des sceaux met en avant un autre objectif, qui nous semble pour sa part ne pas constituer un objectif légitime, qui est celui de limiter le nombre de candidats au recrutement sur titres dans la mesure où le processus de sélection est relativement long et lourd. Ensuite, la mesure en cause interroge car elle est présentée comme une dérogation au concours externe, qui permet d'accéder à la profession à un plus jeune âge, afin de permettre le recrutement de candidats faisant preuve d'une expérience professionnelle suffisante. Mais ce critère de l'expérience professionnelle nous paraît d'un lien ténu avec celui de l'âge, alors de surcroît que l'article 18-1 de l'ordonnance suppose non seulement de détenir un diplôme suffisant, mais aussi de justifier d'une expérience professionnelle de quatre années.

S'il est sans doute possible de reconnaître l'existence d'un objectif légitime, ce que nous venons de dire nous conduit à buter ensuite sur le caractère nécessaire et approprié des moyens de réaliser cet objectif. La jurisprudence de la Cour de justice montre d'ailleurs qu'alors que la première condition tenant à l'objectif légitime est appréciée de manière plutôt souple, la vraie haie est constituée par le test de proportionnalité. La Cour de justice applique en effet le triple test d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Ainsi, il faut que la mesure permette d'atteindre l'objectif, qu'il ne soit pas possible d'obtenir le même résultat par d'autres moyens et que les atteintes portées, mêmes nécessaires, ne soient pas disproportionnées au regard des gains attendus de la mesure (voyez notamment la décision *Commission européenne c/ Hongrie* du 6 novembre 2012)¹⁴.

En l'espèce, la mesure ne nous paraît pas nécessaire à l'objectif poursuivi : le levier principal pour l'atteindre est la condition du nombre d'années nécessaires au titre de l'expérience professionnelle et non celui de l'âge. Certes, on imagine sans mal que le pouvoir réglementaire entend par là laisser une marge de manœuvre en jouant à la fois sur l'âge et l'expérience, afin surtout d'éviter un phénomène de déport de candidats jeunes et naturellement destinés au concours externe vers le recrutement sur titres. Mais nous ne voyons pas en quoi cet objectif ne pourrait pas être atteint en actionnant d'autres leviers que celui de l'âge. Ce que nous venons de dire, d'ailleurs, ne jouerait sans doute pas, à l'inverse, pour une limite haute, dont la raison d'être nous semble bien plus évidente.

Si vous passiez cette étape du caractère nécessaire, encore faudrait-il que la mesure ne soit pas disproportionnée au regard des gains qui en sont attendus et sur ce point également nous sommes en faveur d'une réponse négative, pour les raisons que nous venons de dire. En outre, aucun élément ne vous est apporté sur l'âge retenu de 31 ans et sur ce qu'il serait proportionné aux objectifs fixés.

¹⁴ CJUE, 6 nov. 2012, *Commission européenne c/ Hongrie*, C-286/12, § 56 et 63 et suivants.

Nous croyons donc qu'il n'est pas possible de se prévaloir ici du deuxième jeu d'exceptions.

2.3.3. Reste alors la troisième possibilité ouverte par le droit de l'Union, qui tient à ce qu'une dérogation est possible si compte tenu de « la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée » (article 4.1 de la directive).

Nous serons plus brefs sur ce point : compte tenu de ce que nous venons de vous dire, nous pensons que la condition d'âge fixée ne constitue pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante en l'espèce. Nous avons d'autant moins de mal à aller dans ce sens que dans une affaire qui présente de réelles similarités, vous avez annulé la limite d'âge minimal de 40 ans qui existait pour se présenter au second concours national d'agrégation de droit public. Vous avez alors jugé (CE, 26 janvier 2015, *M. Slama*, n°373746, aux Tables) qu'eu égard aux conditions de titre et d'ancienneté déjà exigées pour pouvoir se présenter à ce concours, la limite d'âge minimal de 40 ans pour pouvoir postuler ne répondait pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante au regard de l'objectif poursuivi de poursuites de carrières adéquates dans l'enseignement supérieur. Vous noterez que dans cette affaire également, l'enjeu était pour partie d'éviter que trop de candidats jeunes se détournent du premier concours.

3. Puisqu'aucune des exceptions ne nous semble fondées, nous croyons donc que vous devrez accueillir le moyen tiré de la méconnaissance du principe général de droit de l'Union européenne de non-discrimination en fonction de l'âge.

Ajoutons que cette solution nous semble en ligne avec la suppression progressive des limites d'âge au sein de la fonction publique, qui est un mouvement qui n'est bien entendu pas sans lien avec le droit de l'Union. Ajoutons encore que, sans que cette recherche prétende à l'exhaustivité, les autres concours sur titres de la fonction publique nous semblent plutôt imposer des conditions de diplômes, d'expérience et d'âge maximal, que d'âge minimal : pour n'en donner qu'un exemple, il en va ainsi du recrutement des ingénieurs de l'armement¹⁵. Les troisièmes concours fonctionnent d'ailleurs d'une manière similaire : pour l'ENA, il faut ainsi au titre du troisième concours justifier de huit années d'activités mais sans condition d'âge.

Après avoir dit qu'il n'y a pas lieu de transmettre la QPC et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens, nous vous proposons donc d'annuler le refus opposé à la demande d'abrogation présentée par Mme N.... Cette décision impliquant nécessairement l'abrogation des dispositions réglementaires dont l'illégalité a été constatée, nous vous proposons d'enjoindre à l'administration de le faire dans un délai de trois mois – ce qui nous semble un délai aussi raisonnable que possible compte tenu de la date de la prochaine session - et, à compter de ce terme en cas d'absence d'exécution, sous astreinte de 1 000 euros par jour jusqu'à la date à laquelle cette décision aura reçu exécution. Vous pourrez en outre

¹⁵ Décret n° 2008-941 du 12 septembre 2008 portant statut particulier du corps militaire des ingénieurs de l'armement.

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.

mettre à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros à verser à Mme N... au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.

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.