

N°s 489202, 490652

Ministre de l'éducation nationale c. M. B...

Ministre de l'économie c. Mme X...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 27 mars 2024

Lecture du 11 avril 2024

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Nous prononcerons des conclusions communes sur ces deux pourvois ministériels portant sur des litiges individuels distincts mais qui vont tous deux vous conduire à prendre pour la première fois position sur la mise en œuvre des dispositions, issues de la dernière réforme des retraites (loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023), **qui permettent à un agent de demander à prolonger son activité au-delà de 67 ans et jusqu'à 70 ans, et sur la possibilité pour l'administration de lui opposer un refus.**

1. Dans les deux cas, l'administration a opposé un refus aux demandes de prolongation présentées respectivement par M. Roland B..., inspecteur général de l'éducation, du sport et de la recherche, et par Mme Frédérique X..., inspectrice générale des finances.

Chacun d'eux a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris – qui y a fait droit – d'une demande de suspension de l'exécution de ces décisions, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

2. Avant d'examiner le bien-fondé des pourvois formés par les ministres compétents contre chaque ordonnance, il faut vous rappeler le cadre juridique qui leur est applicable, dont l'uniformité est quelque peu brouillée par le fait que, selon les corps concernés, la rédaction des textes varie, alors même qu'ils ont chacun été modifiés par le même article 10 de la loi du 14 avril 2023.

Le droit commun, applicable à M. B..., résulte de l'article L. 556-1 du code général de la fonction publique, qui dispose que « (...) *le fonctionnaire (...) auquel s'applique la limite d'âge mentionnée au 1° du présent article ou une limite d'âge qui lui est égale ou supérieure peut, sur autorisation, être maintenu en fonctions sans radiation des cadres préalable, jusqu'à l'âge de soixante-dix ans* ».

Des textes spécifiques régissent par ailleurs la situation de certains corps particuliers. C'est le cas pour les membres du corps de l'inspection générale des finances, dont relève Mme X..., qui, comme les magistrats de la Cour des comptes, sont régis par 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, selon lequel les intéressés « *sont, sur leur demande, maintenus en activité, en surnombre, jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge mentionné au cinquième alinéa de l'article L. 556-1 du même code* [le CGFP] »¹. Précisons, par souci d'exhaustivité à votre endroit, qu'une rédaction similaire mais pas non plus identique², a été retenue aux articles L. 133-7-1 et L. 233-7 du code de justice administrative pour les membres du Conseil d'Etat et les magistrats des cours et tribunaux administratifs.

Comme vous l'aurez noté, dans le premier cas, le texte utilise le verbe « pouvoir » et fait référence à l'autorisation de l'administration alors que, dans le second, la phrase emploie une tournure impérative, en recourant au verbe « être » à l'indicatif et en faisant référence à la demande de l'intéressé.

2.1. Il est donc légitime de se demander dans un premier temps si cette différence syntaxique traduit une distinction juridique.

Pour notre part et même si nous reconnaissons qu'il aurait été plus simple d'adopter des rédactions plus voisines, nous ne le pensons pas.

En effet, le législateur a procédé d'un même mouvement, à travers un article commun modifiant chacune de ces dispositions et rien n'indique, dans les travaux parlementaires, qu'il ait entendu distinguer entre les différentes catégories d'agents. Au contraire, l'exposé des motifs du projet de loi soulignait que cet article créait « pour la fonction publique » – sans autre forme de précision – un dispositif qu'il qualifiait de « possibilité », elle-même accordée « sur demande du fonctionnaire et avec l'autorisation de son employeur ». On voit par-là que, dans l'esprit des auteurs des textes, la seule demande de l'agent ne suffit pas à lui conférer un droit mais que cette demande est au contraire assujettie à l'accord de l'administration.

Au demeurant, s'agissant plus spécifiquement de l'article 1^{er} de la loi du 23 décembre

¹ La rédaction est la même pour les professeurs des universités et assimilés – cf. article L. 952-10 du code de l'éducation, 2^{ème} alinéa

² Le CJA emploie, lui, les mots : « (...) *peuvent être, sur leur demande, maintenus en activité* (...) »

1986, force est de constater que son second alinéa énonce que : « *le maintien en activité (...) est accordé sur demande, en considération de l'intérêt du service et de l'aptitude de l'intéressé* ». On voit donc réapparaître ici une condition restrictive s'imposant à la demande de l'agent et qui ne peut elle-même être vérifiée que par l'employeur.

Les différents dispositifs retenus par le législateur sont ainsi similaires, dans leur structure comme dans leurs finalités, à ceux qui existaient auparavant, tels que 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. Il n'y a ainsi pas lieu de penser que leur régime juridique devrait être différent.

Nous déduisons de ce contexte normatif que les différences rédactionnelles que nous venons de vous exposer résultent du simple souci de ménager l'économie des anciens textes restés en vigueur, et non d'une volonté délibérée de créer des régimes juridiques différents.

Nous vous proposerons donc de retenir la même interprétation pour chacune de ces dispositions formellement différentes.

2.2. Quant à leur portée, nous n'avons guère de doutes pour affirmer qu'il en découle, comme pour les dispositifs antérieurs, « un large pouvoir d'appréciation » au bénéfice de l'administration, comme vous l'avez expressément jugé s'agissant de l'octroi ou du maintien d'une autorisation de prolongation d'activité au-delà de la limite d'âge (CE 21 septembre 2020, *Centre national de la recherche scientifique c. M. S...*, n° 425960, T. pp. 553-803-948-950).

Certes, cela ne veut pas dire que la décision de l'administration, qui doit d'ailleurs être motivée (cf. CE 23 décembre 2011, *Mme M...*, n° 329016, T. pp. 735-972), est purement discrétionnaire. Elle doit ainsi être fondée sur un motif d'intérêt général.

Il reste que les motifs de refus sont toutefois assez nombreux, à commencer, comme le prévoient eux-mêmes la plupart des textes, par ceux liés à l'intérêt du service ou à l'aptitude de l'intéressé.

Ceci étant posé, venons-en à l'examen de chacun des pourvois, dont les différences vont pouvoir utilement illustrer les potentialités du contrôle que vous exercez sur ces questions, y compris dans le cadre d'une instance de référé.

3. Commençons par le litige concernant M. B..., où le ministre se pourvoit devant vous contre l'article 1^{er} de l'ordonnance de référé du 20 octobre 2023 qui a suspendu sa décision de refus du 3 août.

3.1. Il faut d'abord vous préciser qu'à la suite de cette suspension, le ministre a pris une nouvelle décision de refus et que le référé engagé par M. B... contre cette seconde décision a cette fois été rejeté. Mais vous jugez qu'une telle circonstance ne rend pas sans objet le présent pourvoi puisque, comme le rappelait récemment notre collègue Maxime Boutron devant votre Section³, vous faites exception au non-lieu lorsque la décision par laquelle l'administration donne satisfaction au requérant intervient parce que le juge des référés a enjoint à l'administration de réexaminer la situation du requérant (cf. CE 28 décembre 2017, *Ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer c/ Société Gazonor*, n° 406147, T. pp. 688-736-745-753). Votre récente décision *M. Hedrich* n'est pas revenue sur ce point.

3.2. Le premier moyen du pourvoi, tiré de l'insuffisance de motivation de l'ordonnance, n'est guère susceptible de prospérer, mais les deux autres sont plus délicats.

3.2.1. Nous aurions tout de même quelque peine à accueillir le moyen de dénaturation dirigé contre les motifs par lesquels le JRTA, après avoir relevé que le refus opposé impliquait la cessation de l'activité de M. B... et une perte de revenus que l'intéressé estimait aux deux tiers de ses revenus antérieurs, a admis que la **condition d'urgence était remplie**.

Il est vrai que le juge aurait pu observer à cet égard que, d'une part, une telle situation était prévisible puisque la date de départ en retraite est en principe connue, et que, d'autre part, si l'on se réfère à la notion de reste à vivre, la situation financière de M. B..., titulaire d'une pension d'un montant d'un peu plus de 3000 euros et qui n'invoquait pas de charges particulières, ne paraissait tout de même pas insupportable.

Il reste que, de manière orthodoxe, ces éléments contraires ne caractérisent tout de même pas une dénaturation des pièces du dossier, *a fortiori* dans le cadre du contrôle très distancié que vous exercez en référé-cassation. Il n'est ainsi pas contestable que le refus opposé a effectivement pour effet de conduire M. B... à cesser son activité et qu'il démontrait sans être vraiment contredit que sa baisse de revenus serait substantielle.

D'autre part et peut-être surtout, nous répugnons quelque peu à juger que, dans ce type de litiges, l'urgence ne serait jamais constituée car tel serait indéniablement la façon dont une décision sanctionnant strictement ici l'appréciation de l'urgence serait interprétée par vos lecteurs.

Ajoutons à cet égard que, dans un litige tendant à la suspension d'une décision de refus – qui aura le cas échéant pour seul effet de forcer l'administration à réexaminer la demande de l'agent, il ne nous semble pas nécessaire d'être impitoyable sur l'appréciation de l'urgence, l'effet utile de la procédure plaidant plutôt en sens inverse. En effet, dans le cas, qui sera sans

³ Section 22 septembre 2023, *M. Hedrich*, n° 472210, à publier

doute assez rare, où un refus de maintien en activité était entaché d'illégalité, il nous paraîtrait très opportun qu'il puisse y être rapidement remédié plutôt que l'administration ne verse quelques années plus tard des réparations indemnitaires sans aucune contrepartie en termes de force de travail.

3.2.2. Dans cette perspective, il nous paraît plus rigoureux d'accueillir le moyen d'erreur de droit et de dénaturation relatif à l'existence d'un **doute sérieux quant à la légalité** de la décision litigieuse, que le JRTA a retenu s'agissant du « moyen tiré de l'illégalité du motif tenant à l'âge de M. B... ».

Les deux branches du moyen nous paraissent fondées.

S'agissant des faits, il faut d'abord constater que la décision de refus, au demeurant laconique, ne fait pas état d'un tel motif puisqu'elle se borne à mettre en avant le fait que la prolongation est une simple faculté soumise à autorisation et qu'eu égard aux fonctions exercées par l'intéressé, aucune nécessité de service ne justifie l'octroi d'une prolongation. On peine donc à voir en quoi le « motif tenant à l'âge » aurait trouvé à jouer, d'autant que, par définition, tous les agents concernés par ce type de mesures sont d'un âge compris entre 67 et 70 ans.

En tout état de cause, à supposer qu'il faille voir là dans l'appréciation du juge des référés une référence à l'avis défavorable du chef de service qui indiquait notamment que le ministère était engagé dans une démarche de rajeunissement des cadres, il reste qu'un tel motif est légalement susceptible de caractériser l'intérêt du service, ainsi que vous l'avez d'ailleurs déjà jugé sur le fondement du dispositif de prolongation d'activité régi par l'article 1-1 de la loi du 13 septembre 1984 (voir votre décision *CNRS c. M. S...* précitée⁴).

Nous en sommes d'autant plus convaincu que la CJUE a par ailleurs expressément considéré qu'une loi qui prévoit la mise à la retraite d'office de fonctionnaires à vie lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans, tout en leur permettant de continuer à travailler, si l'intérêt du service l'exige, jusqu'à l'âge maximal de 68 ans, n'est pas contraire à la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, qui prohibe les discriminations notamment liées à l'âge, dès lors que cette loi a pour objectif d'établir une structure d'âge équilibrée afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes ou d'optimiser la gestion du personnel (CJUE 21 juillet 2011, *Gerhard Fuchs et Peter Köhler*, C-159/10 et C-160/10). Or, tel est bien le cas de figure dans lequel s'inscrit la loi du 14 avril 2023.

Pour le dire autrement, l'article L. 556-1 du CGFP n'interdit nullement – au contraire – à l'administration de mettre en œuvre une politique de recrutement répondant le cas échéant à des impératifs démographiques, qui sont eux-mêmes de nature à caractériser l'intérêt du service

⁴ ainsi que CE 8 juin 2016, *CNRS*, n° 393094, inédit

et donc à justifier un éventuel refus.

Le juge des référés a à tout le moins commis une erreur de droit manifeste en jugeant le contraire. Vous **annulerez donc l'article 1^{er} de son ordonnance**.

3.3. Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous pourriez certes, pour les raisons que nous venons de vous exposer, retenir l'absence de moyens susceptibles de faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision litigieuse.

Il nous semblerait toutefois plus didactique que, profitant du fait que vous statuerez aujourd'hui par deux décisions distinctes, vous rejetiez la demande de M. B... sur le terrain de l'urgence.

En effet, si votre appréciation est la même que la nôtre en l'espèce, cette condition n'est pas remplie ici, dès lors que M. B... n'invoque aucune circonstance particulière témoignant de ce que le refus qui lui a été opposé le placerait dans de sévères difficultés financières et qu'il n'apporte d'ailleurs pas non plus de précision quant à l'éventuelle insuffisance de la pension qui lui serait versée au regard de ses charges actuelles.

Au-delà de ce litige individuel, il nous semble que, statuant en tant que juge de référé, vous adresserez ainsi un message utile aux juges des tribunaux administratifs, à qui il appartient, dans ce type de situation, d'apprécier de manière circonstanciée si le requérant est, en raison du refus qui lui est opposé, placé dans une position personnelle réellement délicate, ce qui nécessite d'aller au-delà de la simple perte de rémunération consécutive à l'admission à la retraite, qui est somme toute prévisible et constitue le lot commun de tout fonctionnaire à l'approche de la limite d'âge (cf. en ce sens : CE 13 février 2020, *Mme C...*, n° 431604).

Vous rejetterez par conséquent la demande de M. B... pour ce motif.

4. Nous pouvons en venir au litige concernant Mme X...

4.1. A hauteur de cassation, nous aurions encore plus de réserve dans son cas que dans celui de M. B... à censurer, comme vous y invite le pourvoi, une dénaturation **sur le terrain de l'urgence**. En effet, pour conforter ses assertions quant à la perte de revenus qu'elle subirait, Mme X... avait également produit des éléments de nature à justifier des difficultés financières particulières que le refus de maintien en activité induirait pour elle, en faisant notamment état de charges d'emprunts en cours dont les montants ne seraient plus compatibles avec ses revenus de retraite.

On pourrait certes s'interroger un instant sur les effets exacts de ces échéances bancaires

alors que ces emprunts ont été contractés peu avant l'atteinte de la limite d'âge et, surtout, que leur remboursement s'étend bien au-delà de l'éventuelle période de prolongation d'activité mais ce ne sont pas, croyons-nous, des questions auxquelles vous devez répondre dans une instance de référé-cassation. Ces pièces existaient et le juge des référés ne les a pas dénaturées en les regardant comme susceptibles de caractériser une situation d'urgence.

4.2. Reste la question de l'existence de moyens de nature à faire naître un doute sérieux.

Aux termes de son ordonnance, dont il faut reconnaître qu'elle est très motivée par rapport aux pratiques habituelles, le JRTA a retenu plusieurs motifs de ce type.

Il a d'abord estimé que le motif de rajeunissement des effectifs était « en contradiction directe et radicale avec l'intention du législateur lors de la réforme des retraites d'encourager les fonctionnaires à travailler plus longtemps, (...) dans le cadre plus général des mesures favorables à l'emploi des seniors ».

Cette affirmation, qui n'est peut-être pas dénuée d'un certain bon sens, ne nous convainc toutefois nullement sur le plan du droit, dès lors que, comme nous venons de le voir, ni les dispositions du CGFP ni, en l'espèce, celles spécifiques à l'IGF ne peuvent être regardées comme ayant prévu de manière inconditionnelle le maintien en activité des fonctionnaires ayant atteint la limite d'âge. Au contraire, ces dernières dispositions prévoient explicitement la prise en considération de l'intérêt du service.

Il y a donc là une première erreur de droit, qui se double d'une seconde, le juge des référés ayant estimé que la seule prise en compte de l'âge de l'agent ne pouvait suffire à caractériser un intérêt du service, sans que soient également prises en compte ses compétences et qualités personnelles.

Or, comme nous l'avons vu, il ressort là aussi de votre jurisprudence que l'intérêt du service peut simplement se fonder sur un motif objectif, telle qu'une politique de recrutement favorisant le rajeunissement des cadres. La prise en compte des capacités individuelles des agents n'est donc pas, dans ce type de configuration, un élément de nature à nécessairement remettre en cause l'intérêt du service.

Enfin, le juge des référés a estimé qu'était sérieux le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation de l'intérêt du service, au vu de l'expérience et des responsabilités passées de l'intéressée et alors que la féminisation du corps est encore insuffisante.

Vous n'exercez effectivement qu'un contrôle restreint sur l'appréciation par l'administration de l'intérêt du service (cf., pour une décision de mutation : Section 23

novembre 2005, *Mme Z...*, n° 285601, p. 519) et donc sur les motifs du refus opposé par l'employeur au titre d'un tel intérêt (cf. *CNRS* précitée). Mais, précisément parce que l'erreur manifeste invoquée devrait de toute façon, pour être caractérisée, être elle-même en rapport avec le motif d'intérêt général mis en avant par l'administration – par exemple, si un motif de rajeunissement était opposé à un agent quadragénaire pour le non-renouvellement d'un contrat –, nous ne voyons pas en quoi les considérations fortement mises en avant par le juge des référés seraient pertinentes ici... Elles sont en effet sans rapport avec le motif d'intérêt général retenu, y compris s'agissant de l'objectif général de féminisation qui ne nous paraît pas – au contraire ! (en tout cas sur le plan statistique) – être incompatible avec le rajeunissement des cadres...

En somme, le JRTA a entaché son ordonnance d'une triple erreur de droit. Vous la censurerez et **annulerez l'ordonnance du 23 décembre 2023**.

Pour marquer le coup et être cette fois didactique quant au caractère infondé des moyens que nous venons d'examiner – ce qui permettra de montrer que le juge du référé-suspension pourra, dans certaines occurrences, avoir à se prononcer sur la légalité de la mesure critiquée et non simplement sur l'urgence –, nous vous invitons, statuant au titre de la procédure de référé, à vous fonder cette fois sur l'absence de caractère sérieux de ses moyens pour rejeter la demande de Mme X..., dont vous rejetterez également les conclusions présentées au titre des frais d'instance.

Tel est le sens de nos conclusions.