



N° 3447

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

TREIZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 mai 2011.

RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE SUR LE PROJET DE LOI (N° 3438), ADOPTÉ PAR LE SÉNAT APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, *relatif au maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement,*

PAR M. CHARLES DE LA VERPILLIÈRE,

Député.

Voir les numéros :

Sénat : 409, 472, 473 et T.A. 117 (2010-2011).

SOMMAIRE

Pages

INTRODUCTION	5
I. LES EFFETS JURIDIQUES DE L'ATTEINTE DE LA LIMITE D'ÂGE DE SON EMPLOI PAR UN FONCTIONNAIRE	7
A. L'ATTEINTE DE LA LIMITE D'ÂGE PAR LE FONCTIONNAIRE CONCERNÉ	7
1. Une limite d'âge progressivement portée de 65 à 67 ans	7
2. Le principe général de la rupture du lien de l'intéressé avec l'administration	8
B. L'APPLICABILITÉ DU PRINCIPE AUX FONCTIONNAIRES OCCUPANT DES EMPLOIS SUPÉRIEURS	9
1. Les emplois supérieurs	9
2. L'applicabilité du principe de la rupture du lien de l'intéressé avec son service en cas d'atteinte de la limite d'âge	10
II. LA NÉCESSITÉ DE PRENDRE EN COMPTE CERTAINES SITUATIONS SPÉCIFIQUES	11
A. L'EXISTENCE DE PLUSIEURS DÉROGATIONS	11
1. Les exceptions de portée générale	11
2. Les exceptions de portée catégorielle	12
B. DES RÈGLES EN PARTIE INSATISFAISANTES	13
1. Un manque de lisibilité et de cohérence des règles applicables	13
2. Plusieurs situations actuellement non prises en compte	14
III. LE DISPOSITIF PROPOSÉ	15
A. UN ASSOULISSEMENT COMPLÉMENTAIRE AU PRINCIPE DE LA LIMITE D'ÂGE	15
B. UN DISPOSITIF TRÈS ENCADRÉ	15
DISCUSSION GÉNÉRALE	17

EXAMEN DE L'ARTICLE UNIQUE DU PROJET DE LOI	21
<i>Article unique</i> (article 3 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984) : Maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement	21
TABLEAU COMPARATIF	23
AUDITION CONDUITE PAR LE RAPPORTEUR	25

MESDAMES, MESSIEURS,

L'Assemblée nationale est saisie du projet de loi, adopté par le Sénat, relatif au maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement.

En principe, conformément à l'article 68 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, les fonctionnaires ne peuvent être maintenus en fonctions au-delà de la limite d'âge de leur emploi, l'atteinte de cette limite entraînant la rupture du lien avec le service. Cette limite, fixée, de manière générale, à 65 ans, sera portée progressivement à 67 ans, à la suite de l'adoption de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

Le droit positif réserve cependant, conformément à la lettre de l'article 68 précité, plusieurs exceptions à ce principe, pour des raisons diverses : la situation familiale de l'intéressé, l'existence d'une durée de services liquidables inférieure à celle nécessaire pour obtenir une pension à taux plein, une activité professionnelle spécifique, *etc.* Dans ces différents cas, des possibilités existent pour la personne concernée de prolonger son activité au-delà de la limite d'âge.

S'agissant des fonctionnaires occupant des emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement, mentionnés à l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 précitée, qui sont soumis aux mêmes règles de principe, une dérogation a également été prévue par la loi n° 87-1129 du 31 décembre 1987 relative à la limite d'âge de certains fonctionnaires civils de l'État, dans l'hypothèse où l'intéressé atteint la limite d'âge dans les trois mois précédant la date d'achèvement du mandat du Président de la République : ce régime s'explique aisément par la nature des emplois supérieurs, qui constituent des relais importants de la politique gouvernementale.

L'ensemble de ces règles ne sont cependant pas pleinement satisfaisantes. Elles laissent en effet subsister certaines incohérences, à l'origine d'inégalités : ainsi, la jurisprudence administrative admet qu'une personne occupant un emploi supérieur et qui n'a pas la qualité de fonctionnaire puisse être maintenue en activité au-delà de 65 ans, cependant qu'un fonctionnaire occupant un tel emploi

se verra opposer la règle générale selon laquelle l'atteinte de la limite d'âge entraîne la rupture du lien avec le service.

En outre, les dérogations existantes se révèlent insuffisantes pour prendre en compte certaines situations dans lesquelles, comme le souligne le Gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi, le maintien en fonctions, de manière temporaire, d'un fonctionnaire peut s'avérer très opportun dans l'intérêt du service, pour plusieurs raisons (compétences de l'intéressé, nature de la mission prise en charge, contexte géographique donné).

Aussi le présent projet institue-t-il une nouvelle possibilité de maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge d'un fonctionnaire occupant un emploi supérieur, possibilité qui est toutefois très encadrée : elle ne pourra être mise en œuvre qu'à titre exceptionnel dans l'intérêt du service, avec l'accord de l'intéressé et pour une durée maximale de deux ans.

I. LES EFFETS JURIDIQUES DE L'ATTEINTE DE LA LIMITE D'ÂGE DE SON EMPLOI PAR UN FONCTIONNAIRE

En principe, le fonctionnaire qui atteint la limite d'âge fixée pour son emploi voit rompu tout lien avec son administration. Cette règle, de portée générale, est applicable à l'ensemble des fonctionnaires, y compris lorsqu'ils sont nommés dans des emplois supérieurs visés à l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 précitée.

A. L'ATTEINTE DE LA LIMITE D'ÂGE PAR LE FONCTIONNAIRE CONCERNÉ

1. Une limite d'âge progressivement portée de 65 à 67 ans

Les limites d'âge jusqu'auxquelles un fonctionnaire peut occuper son emploi ont été initialement déterminées par la loi du 18 août 1936 concernant les mises à la retraite par ancienneté.

Elles ont ensuite varié, jusqu'à la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, dont l'article 1^{er} dispose : « *Sous réserve des reculs de limite d'âge pouvant résulter des textes applicables à l'ensemble des agents de l'État, la limite d'âge des fonctionnaires civils de l'État est fixée à soixante-cinq ans lorsqu'elle était, avant l'intervention de la présente loi, fixée à un âge supérieur* »⁽¹⁾.

Ce principe s'applique, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, à tous les agents civils de l'État qui occupent un emploi permanent dans la hiérarchie administrative.

Cette disposition vient toutefois d'être modifiée par la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, en application de laquelle la limite d'âge de 65 ans sera augmentée – à partir du 1^{er} juillet 2011 pour la génération née après le 1^{er} juillet 1951 – chaque année de 4 mois, conformément à l'évolution retracée dans le tableau présenté ci-après.

(1) Cet âge correspond en réalité à un plafond, les différents statuts particuliers arrêtant les limites d'âge pour chaque corps de fonctionnaire. L'âge légal de départ du fonctionnaire dépend surtout, depuis la loi du 18 août 1936 concernant les mises à la retraite par ancienneté, du classement de l'emploi qu'il occupe, dans la catégorie A (65 ans) ou la catégorie B (60 ans ou 55 ans).

**Modalités d'entrée en application progressive
du report de la limite d'âge de soixante-cinq ans**

Date de naissance	Limite d'âge avant la réforme	Évolution	Nouvelle limite d'âge	Date d'effet de relèvement de la limite d'âge
1 ^{er} juillet 1951	65 ans	4 mois	65 ans et 4 mois	1 ^{er} novembre 2016
1 ^{er} janvier 1952	65 ans	8 mois	65 ans et 8 mois	1 ^{er} septembre 2017
1 ^{er} janvier 1953	65 ans	1 an	66 ans	1 ^{er} janvier 2019
1 ^{er} janvier 1954	65 ans	1 an et 4 mois	66 ans et 4 mois	1 ^{er} mai 2020
1 ^{er} janvier 1955	65 ans	1 an et 8 mois	66 ans et 8 mois	1 ^{er} septembre 2021
1 ^{er} janvier 1956	65 ans	2 ans	67 ans	1 ^{er} janvier 2023
<i>Génération suivantes</i>	65 ans	2 ans	67 ans	

Source : brochure gouvernementale « Tout savoir sur la réforme des retraites dans la fonction publique ».

2. Le principe général de la rupture du lien de l'intéressé avec l'administration

Les différents statuts de la fonction publique précisent que les fonctionnaires ne peuvent être maintenus en fonctions au-delà de la limite d'âge de leur emploi. S'agissant de la fonction publique d'État, le principe est posé à l'article 68 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, aux termes duquel « [l]es fonctionnaires ne peuvent être maintenus en fonctions au-delà de la limite d'âge de leur emploi sous réserve des exceptions prévues par les textes en vigueur ».

Le principe – qui ménage donc expressément l'existence d'exceptions – est clairement établi, et la jurisprudence veille à son application rigoureuse, en rappelant que « la survenance de la limite d'âge entraîne de plein droit la rupture du lien avec le service » (*Conseil d'État, 3 février 1956, Sieur de Fontbonne*) et, en conséquence, la radiation des cadres du fonctionnaire concerné.

Le juge en tire toutes les conséquences : 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 (*Conseil d'État, 8 novembre 2000, Muzi*)⁽¹⁾ ; de telles décisions ne créant aucun droit au profit des intéressés, elles sont retirées par l'administration sans condition de délai (*Conseil d'État, 3 février 1956, Sieur de Fontbonne*) ; les

(1) Voir aussi *Conseil d'État, 19 novembre 1954, Greffe*.

services accomplis au-delà de la limite d'âge ne peuvent être pris en compte pour le calcul de la pension (*Conseil d'État, 6 décembre 1958, Heuyer*) ; la date d'entrée en jouissance de la pension ne peut être postérieure à la date à laquelle le fonctionnaire a atteint la limite d'âge (*Conseil d'État, 7 mai 1956, Massé*).

B. L'APPLICABILITÉ DU PRINCIPE AUX FONCTIONNAIRES OCCUPANT DES EMPLOIS SUPÉRIEURS

Le principe général de la rupture du lien de l'intéressé atteignant la limite d'âge avec l'administration vaut pour tout fonctionnaire, y compris nommé dans un emploi supérieur tel qu'il résulte de la définition posée à l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984.

1. Les emplois supérieurs

Aux termes du premier alinéa de l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, « un décret en Conseil d'État détermine, pour chaque administration et service, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement ». Comme l'indique le troisième alinéa de ce même article, les nominations à ces emplois « sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non-fonctionnaires » : il peut donc être mis fin à tout moment à ces nominations. Cet article 25 précise également que l'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service ⁽¹⁾.

Conformément à cette disposition, le décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 détermine aujourd'hui la liste des emplois supérieurs ⁽²⁾, qui sont les suivants :

– Dans toutes les administrations : commissaires généraux, hauts-commissaires, commissaires, secrétaires généraux, délégués généraux et délégués, lorsqu'ils sont placés directement sous l'autorité du ministre ; directeurs généraux et directeurs d'administration centrale.

(1) On rappelle que, comme le soulignait le commissaire du Gouvernement M. Jean Donnedieu de Vabres en concluant dans l'affaire Tessier (*Conseil d'État, Tessier, 13 mars 1953*), l'existence de ces emplois est fondée sur la préoccupation consistant à « donner aux autorités gouvernementales des moyens d'action suffisants » en permettant que « ces autorités qui par définition même ont une certaine politique à poursuivre, puissent choisir les collaborateurs immédiats les plus aptes à servir cette politique ». Par sa décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a jugé l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984, pour l'application duquel la nomination gouvernementale doit prendre en considération les capacités requises pour l'exercice des attributions afférentes à l'emploi, conforme à la Constitution et notamment aux dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(2) Décret n° 85-779 du 24 juillet 1985 portant application de l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement. Il a succédé à deux précédents décrets ayant le même objet : le décret n° 49-1036 du 20 juillet 1949 et le décret n° 59-442 du 21 mars 1959 portant règlement d'administration publique.

– Après du Premier ministre : secrétaire général du Gouvernement ; secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale ; délégués interministériels et délégués.

– Au ministère des affaires étrangères : chef titulaire de mission diplomatique ayant rang d’ambassadeur.

– Au ministère de l’intérieur : préfets ; chef du service de l’inspection générale de l’administration ; directeur des services actifs de police en fonctions à l’administration centrale et chef du service de l’inspection générale de la police nationale.

– Au ministère de l’éducation nationale : sans préjudice de l’application des textes en vigueur fixant les conditions de leur nomination, recteurs d’académie.

– Au ministère de l’économie, des finances et de l’industrie : chef du service de l’inspection générale des finances ⁽¹⁾.

2. L’applicabilité du principe de la rupture du lien de l’intéressé avec son service en cas d’atteinte de la limite d’âge

Le Gouvernement, lorsqu’il nomme un fonctionnaire sur un emploi supérieur, doit se conformer aux règles statutaires applicables à cet agent public, y compris aux dispositions réglementant la limite d’âge.

C’est ce qui résulte, notamment, d’un arrêt du Conseil d’État du 20 février 1985, *Syndicat CGT-FO du personnel des affaires étrangères* : en l’espèce, un décret nommant en qualité d’ambassadeur de France une personne, non-fonctionnaire, ayant dépassé 65 ans, a été jugé légal au double motif que ne trouvaient à s’appliquer à l’intéressé ni la limite d’âge des fonctionnaires ni celle des « employés auxiliaires ou agents contractuels ». « *Mais cela signifie bien a contrario que si l’intéressé avait eu l’une ou l’autre de ces qualités, le Gouvernement n’aurait pas pu légalement le nommer (...) parce qu’il aurait ainsi méconnu une limite d’âge fixée par la voie réglementaire* » ⁽²⁾.

Au reste, cette solution est expressément précisée par le Conseil d’État dans un arrêt concernant un emploi supérieur (en l’espèce, l’emploi de préfet de police) rappelant que « *la survenance de la limite d’âge d’un fonctionnaire ou, 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, entraîne de plein droit*

(1) *Le juge administratif ne considère toutefois pas cette liste comme exhaustive, et raisonne en fonction de la nature de l’emploi en cause – s’agit-il ou non d’une « haute fonction administrative d’autorité », pour reprendre l’expression du commissaire du Gouvernement M. Jean Donnedieu de Vabres, cité par M. Fabrice Melleray, Droit de la fonction publique, Economica, 2010 – afin de déterminer si un emploi doit ou non être laissé à la décision du Gouvernement.*

(2) *Selon l’explication du commissaire du Gouvernement M. Terry Olson dans ses conclusions sur Conseil d’État, 31 mai 2006, Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères, AJDA 2006, p. 1899.*

la rupture du lien de cet agent avec le service » (Conseil d'État, 16 mai 2001, préfet de police c. M. Ihsen Mtimet)⁽¹⁾.

II. LA NÉCESSITÉ DE PRENDRE EN COMPTE CERTAINES SITUATIONS SPÉCIFIQUES

La nécessité de répondre à diverses préoccupations a conduit le législateur à prévoir des dispositions organisant plusieurs exceptions à la règle générale de cessation des fonctions des fonctionnaires atteignant la limite d'âge, conformément à la possibilité ouverte par l'article 68 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État. Cependant, cet état du droit n'est aujourd'hui pas entièrement satisfaisant.

A. L'EXISTENCE DE PLUSIEURS DÉROGATIONS

On peut distinguer entre des exceptions de portée générale d'une part, applicables à l'ensemble des fonctionnaires, et des exceptions de portée plus particulière, d'autre part, applicables aux personnes qui relèvent de telle catégorie professionnelle ou de tel type d'emploi.

1. Les exceptions de portée générale

Certaines dérogations sont liées à la situation familiale des fonctionnaires : en application de l'article 4 de la loi du 18 août 1936 concernant les mises à la retraite par ancienneté, les limites d'âge sont reculées d'une année par enfant à charge du fonctionnaire concerné, sans que la prolongation d'activité puisse être supérieure à trois ans ; en outre, les limites d'âge sont reculées d'une année pour tout fonctionnaire qui, 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.

Par ailleurs, depuis la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, 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 dispose que les fonctionnaires dont la durée des services liquidables est inférieure à celle nécessaire pour obtenir une pension à taux plein⁽²⁾ peuvent, lorsqu'ils atteignent les limites d'âge applicables aux corps auxquels ils appartiennent, sur leur demande, sous réserve de l'intérêt du service et de leur aptitude physique, être maintenus en activité. Cette prolongation ne peut toutefois avoir pour effet de maintenir le fonctionnaire en activité au-delà d'une durée de dix trimestres.

(1) Conformément à cette jurisprudence écartant l'application des règles de la fonction publique une fois passée la limite d'âge applicable, le Conseil d'État a par ailleurs considéré qu'un fonctionnaire en retraite, nommé sur un emploi supérieur, n'avait pu acquérir de droits à pension supplémentaires en occupant cet emploi (Conseil d'État, 5 janvier 1994, Chevillon).

(2) Telle que définie à l'article L. 13 du code des pensions civiles et militaires de retraite.

2. Les exceptions de portée catégorielle

La limite d'âge légale excède soixante-cinq ans pour certaines catégories de fonctionnaires. Elle est ainsi fixée à soixante-huit ans pour le vice-président du Conseil d'État, le Premier président et le procureur général de la Cour des comptes⁽¹⁾, comme pour le Premier président et le procureur général de la Cour de cassation⁽²⁾. Cette limite est de soixante-dix ans pour les professeurs au Collège de France⁽³⁾.

En outre, certains hauts fonctionnaires peuvent être maintenus en activité en surnombre jusqu'à soixante-huit ans : sont concernés les membres du Conseil d'État, les magistrats de la Cour des comptes et les membres de l'inspection générale des finances⁽⁴⁾.

Une même possibilité est ouverte aux professeurs de l'enseignement supérieur⁽⁵⁾.

Pour ce qui concerne les magistrats, en application de l'article 76-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, tout magistrat est maintenu en fonction, sauf demande contraire, jusqu'au 30 juin suivant la date à laquelle il a atteint la limite d'âge.

De plus, les magistrats hors hiérarchie du siège et du parquet de la Cour de cassation peuvent être maintenus en activité au-delà de la limite d'âge, en surnombre, jusqu'à l'âge de 68 ans pour exercer, respectivement, les fonctions de conseiller ou d'avocat général à la Cour de cassation ; quant aux magistrats du siège et du parquet des cours d'appel et des tribunaux de grande instance, lorsqu'ils atteignent la limite d'âge, ils sont, sur leur demande, maintenus en activité jusqu'à l'âge de 68 ans pour exercer, respectivement, les fonctions de conseiller ou de juge, ou bien les fonctions de substitut général ou de substitut (article 76-1-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 précitée).

Concernant les emplois à la décision du Gouvernement, il existe déjà un dispositif dérogatoire permettant le report de la limite d'âge à l'occasion des élections présidentielles : en application de l'article 1^{er} de la loi n° 87-1129 du 31 décembre 1987 relative à la limite d'âge de certains fonctionnaires civils de l'État, lorsque, dans les trois mois précédant la date d'achèvement du mandat du Président de la République en exercice, les fonctionnaires occupant les emplois

(1) Article 1^{er} de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public.

(2) Article 76 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

(3) Article 1^{er} de la loi n° 75-1280 du 30 décembre 1975 relative à la limite d'âge des fonctionnaires de l'État.

(4) 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'État.

(5) En application de l'article L. 952-10 du code de l'éducation, « lorsqu'ils atteignent la limite d'âge, les professeurs de l'enseignement supérieur et les personnels titulaires de l'enseignement supérieur assimilés aux professeurs d'université pour les élections à l'instance nationale mentionnée à l'article L. 952-6 sont, sur leur demande, maintenus en activité, en surnombre, jusqu'au 31 août suivant la date à laquelle ils atteignent l'âge de soixante-huit ans ».

supérieurs atteignent la limite d'âge, ils peuvent être maintenus en fonctions, avec leur accord, par une décision prise dans les mêmes formes que leur nomination et pour une période qui prend fin à l'expiration d'un délai de trois mois après la date de prise de fonction du nouveau Président de la République. La décision est révocable à tout instant.

Par ailleurs, s'agissant de ces mêmes emplois supérieurs, le Conseil d'État admet un tempérament à la règle de la limite d'âge : il a jugé qu'en l'absence de disposition législative permettant une dérogation à la limite d'âge, le fonctionnaire peut être maintenu en fonctions jusqu'à la nomination de son successeur si ce maintien est rendu nécessaire par des circonstances particulières liées aux responsabilités qui lui sont confiées ou par l'impossibilité de désigner immédiatement une autre personne susceptible d'exercer celles-ci de manière effective (*cf. arrêt précité du Conseil d'État, 16 mai 2001, préfet de police c. M. Ihsen Mtimet*).

B. DES RÈGLES EN PARTIE INSATISFAISANTES

L'existence de plusieurs possibilités de maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge des fonctionnaires n'est pas aujourd'hui satisfaisante, pour deux raisons : d'une part, parce que le régime applicable n'est pas pleinement cohérent ; d'autre part, parce qu'un certain nombre de situations ne sont pas prises en compte.

1. Un manque de lisibilité et de cohérence des règles applicables

Le régime applicable soulève des difficultés dans la mesure où, comme le souligne l'exposé des motifs du projet de loi, il manque « *de lisibilité et de cohérence* » : ce régime « *conduit notamment, sans que cela soit justifié au regard de l'intérêt général, à l'application de règles différentes selon que la personne occupant un emploi à la décision du Gouvernement est ou non fonctionnaire* ». On a vu *supra* que le Conseil d'État veille à ce que seules les personnes nommées dans des emplois supérieurs qui n'ont pas la qualité de fonctionnaires puissent voir leur activité, le cas échéant, prolongée. En revanche, la jurisprudence est stricte s'agissant des fonctionnaires dans des emplois supérieurs, pour lesquels le principe de la rupture du lien de l'intéressé avec son service en cas d'atteinte de la limite d'âge est appliqué de manière rigoureuse.

Ainsi que l'évoque l'étude d'impact du projet de loi, il est vrai, par ailleurs, que la théorie du « fonctionnaire de fait », liée à l'exigence de continuité du service public, est de nature à compenser les effets du maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge applicable à l'intéressé, en particulier pour ce qui concerne les actes pris par ce dernier, ou en son nom par délégation, pendant la période en cause ; il est toutefois « *difficile de se satisfaire d'une telle insécurité juridique* ».

La même étude d'impact rappelle d'ailleurs que, s'agissant de la fonction publique territoriale, pour les emplois de direction des collectivités les plus importantes ⁽¹⁾, l'article 7-1 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public prévoit un dispositif permettant aux fonctionnaires ou aux contractuels de droit public ayant atteint la limite d'âge de demander à être maintenus en activité jusqu'au renouvellement de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou de l'organe délibérant de l'établissement public qui les emploie, si ce renouvellement intervient dans les dix-huit mois suivant le jour où ils ont atteint la limite d'âge. Il est précisé que, pour des fonctionnaires d'État en détachement, dans l'hypothèse où la prolongation d'activité est accordée, dans l'intérêt du service, par la collectivité territoriale ou par l'établissement public d'accueil, elle doit être autorisée par l'administration d'origine.

2. Plusieurs situations actuellement non prises en compte

Comme l'a fait valoir le Gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi également, les possibilités existantes de maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge des fonctionnaires occupant un emploi à la décision du Gouvernement ne sont pas toujours suffisantes : *« dans certaines situations ou circonstances particulières, le maintien en fonctions, de manière temporaire, d'un fonctionnaire occupant un emploi à la décision du Gouvernement peut s'avérer très opportun dans l'intérêt du service. Il s'agit de pouvoir faire face à des situations où l'intéressé dispose de qualités, de compétences et d'une expérience faisant qu'il est difficilement remplaçable, à court terme, dans les fonctions qu'il occupe. Ces situations peuvent notamment être liées à une mission qui a été confiée à l'intéressé ; elles peuvent aussi tenir à un contexte particulier dans la zone géographique où l'intéressé exerce son autorité ou dans la structure qu'il dirige »*.

De fait, ainsi que l'a rappelé, à titre d'illustration, le rapport de la commission des Lois du Sénat, le maintien en activité d'un fonctionnaire occupant un emploi supérieur peut paraître souhaitable dans certaines circonstances, à l'instar de la situation d'un directeur d'administration chargé d'une importante réforme des services en cours, ou encore d'un ambassadeur en poste dans un pays qui connaîtrait une situation de crise.

L'ensemble de ces éléments fondent l'intervention du législateur aujourd'hui. Pour autant, un tel dispositif ne saurait être que très encadré.

(1) Il s'agit des emplois mentionnés à l'article 47 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : directeur général des services et, lorsque l'emploi est créé, directeur général adjoint des services des départements et des régions ; directeur général des services et directeur général des services techniques des communes de plus de 80 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 80 000 habitants ; directeur général adjoint des services des communes de plus de 150 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 150 000 habitants ; directeur général des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État.

III. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. UN ASSOULISSEMENT COMPLÉMENTAIRE AU PRINCIPE DE LA LIMITE D'ÂGE

L'étude d'impact du projet de loi présente les différentes options qui étaient envisageables : supprimer entièrement la limite d'âge pour les fonctionnaires occupant des emplois supérieurs ; instituer une limite d'âge assez élevée (par exemple soixante-dix ans) pour les personnes occupant un tel emploi ; instituer, à titre exceptionnel et pour une durée limitée, la possibilité du maintien d'un fonctionnaire nommé dans un emploi supérieur, au-delà de la limite d'âge qui lui est applicable.

Les deux premières options ont été écartées, considérées comme « *trop radicales par rapport à l'objectif visé* », dans la mesure, notamment, où elles auraient pour effet de supprimer tout lien entre les fonctionnaires nommés dans un emploi supérieur et les règles de droit commun de la limite d'âge dans la fonction publique.

L'objectif poursuivi est, davantage, à la fois de conserver l'économie générale du dispositif actuel, et d'assouplir, dans des cas spécifiques et dans des limites strictes, les modalités d'application de la limite d'âge pour les fonctionnaires nommés dans des emplois supérieurs.

B. UN DISPOSITIF TRÈS ENCADRÉ

Aussi le dispositif proposé, adopté sans modification par le Sénat, institue-t-il une possibilité nouvelle de dérogation au principe de la cessation des fonctions en cas d'atteinte de la limite d'âge, possibilité encadrée d'une triple manière :

– d'une part, cette dérogation ne peut intervenir qu'à titre exceptionnel et dans l'intérêt du service ;

– d'autre part, elle ne permet la prolongation de l'activité de l'intéressé que pour une durée de deux années, qui correspond à un maximum ;

– enfin, le maintien dans l'emploi – qui résulte d'une décision prise dans les mêmes formes que la nomination – ne sera pas possible sans l'accord de l'intéressé.

DISCUSSION GÉNÉRALE

La Commission examine, au cours de sa réunion du mercredi 18 mai 2011, le projet de loi, adopté par le Sénat, relatif au maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement.

Après l'exposé du rapporteur, une discussion générale s'engage.

M. Bernard Derosier. Le rapporteur a retrouvé les qualités du haut fonctionnaire qu'il fut dans une vie antérieure pour nous délivrer un message... en « langue de bois » ! Face à ce projet de loi, examiné en urgence, la réaction normale serait plutôt de se demander s'il ne s'agit pas d'un texte de circonstance : si l'on en croit la presse, il serait bon que le recteur de l'académie de Nantes, qui va avoir 65 ans, puisse rester en fonctions, de même que le préfet de Seine-Saint-Denis, qui atteindra le même âge le 5 juin prochain. Mais on ne peut pas imaginer que le Président de la République et le Gouvernement tordent ainsi les institutions et fassent des textes *ad hominem* dans une République qui n'est pas bananière !

Alors, on se raccroche à une autre explication : comme on vient de repousser l'âge de départ à la retraite, il faudrait permettre aux hauts fonctionnaires qui atteignent la limite des 65 ans de continuer leur activité. On fera d'ailleurs remarquer qu'il y a dans cette assemblée des hommes et des femmes qui ont plus de 65 ans et envie de continuer – j'en fais partie. La différence, c'est que dans ce dernier cas, il n'y a pas besoin de faire une loi : pour les députés, c'est le vote des électrices et des électeurs qui sonne l'heure du départ !

Ce texte n'est donc pas très catholique – comme on aurait dit en d'autres temps. Par ailleurs, nous nous sommes engagés à rétablir la retraite à 60 ans : afin d'éviter d'y revenir ultérieurement, autant rejeter ce texte dès aujourd'hui !

M. Marc Dolez. Malgré les efforts qu'il a déployés pour nous présenter le projet de loi avec un maximum d'objectivité, le rapporteur a eu du mal à cacher qu'il s'agissait d'un texte de circonstance. Pourquoi le Gouvernement n'a-t-il pas inclus cette disposition dans le grand projet de loi sur les retraites ? Confronté à un problème imprévu, il a décidé de le régler dans le cadre d'une procédure accélérée afin que la loi puisse être promulguée avant le 5 juin, date de l'anniversaire du préfet Lambert. Dans ces conditions, le groupe GDR s'opposera à ce texte.

M. Dominique Bussereau. Je considère, sans esprit partisan, qu'il s'agit d'un texte de circonstance que, pour ma part, je ne voterai pas.

M. Bernard Roman. Quand on est dans le domaine du pouvoir discrétionnaire et qu'un préfet ou le président d'un organisme public va rencontrer le Président de la République ou le Premier ministre pour lui demander de régler son cas personnel par la loi, il y a matière à s'interroger sur cette conception de la République et de la démocratie parlementaire. Si vous voulez vraiment mettre en

place un régime dérogatoire, faites-le pour tout le monde et non en le limitant à quelques postes, choisis uniquement parce que vous avez décidé qu'un tel ou une telle pourrait continuer deux ans de plus. On se souvient tous ici de la jurisprudence de l'EPAD. Pourquoi, ainsi, ne pas étendre le nouveau dispositif à certaines présidences, pour lesquelles l'âge a encore moins d'importance ? Cela étant, nous voterons contre ce texte.

M. Patrick Devedjian. Moi aussi, je voterai contre – et je me souviens également de l'EPAD !

M. François Bayrou. Il ne fait aucun doute que nous sommes là devant un texte de circonstance, et même un texte *ad hominem* – ce qui devrait suffire à en justifier le rejet. Toutefois, je pense que le problème soulevé est réel, et que nous devrions engager une réflexion générale sur le sujet.

Je voudrais à ce propos vous raconter un souvenir. Lorsque j'étais ministre chargé de la recherche, le professeur Montagnier, découvreur du virus du sida, est venu me voir : il pensait avoir encore beaucoup à apporter, mais il allait être mis à la retraite d'office. J'ai remué ciel et terre pour le maintenir en fonctions – sans succès. Résultat, il est parti aux États-Unis. Je trouve cela absurde et profondément choquant.

Il faudrait donc qu'une disposition générale permette, sur décision motivée et publique, de maintenir en fonctions, pour des raisons d'intérêt général, certaines personnes atteintes par la limite d'âge. En revanche, il faut rejeter ce texte caricatural.

Mme Sandrine Mazetier. Si l'on voulait vraiment traiter le cas général, on ne limiterait pas à deux ans la durée de la prolongation : la crise à laquelle serait confronté un ambassadeur, pour reprendre cet exemple, peut très bien rebondir à l'échéance fatidique ! Par ailleurs, prétendre qu'on encadre strictement le dispositif en demandant l'accord de l'intéressé, c'est se moquer du monde ! Nous refusons de légiférer de cette manière – même si le projet de loi soulève un vrai problème.

M. Jean-Christophe Lagarde. Je pense moi aussi que l'on pourrait élargir la disposition à d'autres personnes et prévoir d'autres durées, en travaillant ensemble dans une perspective qui irait au-delà de ce projet de loi. Cela étant, qui peut le plus peut le moins et si on peut faire plus, on peut aussi faire cela.

M. le rapporteur. Que ce projet de loi soit susceptible de concerner la première fois, une personne donnée, comme cela a été dit dans la presse, n'en fait pas pour autant un texte de circonstance. Le dispositif s'applique à une catégorie très particulière – les emplois à la discrétion du Gouvernement –, pour laquelle il existe déjà un régime dérogatoire établi par la loi du 31 décembre 1987 : si un fonctionnaire occupant un tel emploi atteint la limite d'âge dans les trois mois précédant la date d'achèvement du mandat du Président de la République en exercice, il peut être maintenu en fonctions jusqu'à ce que le nouveau Président de

la République entre lui-même en fonctions, de façon à préserver la liberté de choix de celui-ci. Cela montre bien que le législateur a ressenti le besoin de traiter différemment cette catégorie de fonctionnaires en ce qui concerne la limite d'âge.

Le présent projet de loi ne fait qu'introduire pour cette catégorie une dérogation supplémentaire, strictement encadrée. Peut-être faudra-t-il un jour aller au-delà, mais on ne peut pas se contenter, pour prétendre rejeter ce texte, de dire qu'il s'agit d'un texte de circonstance !

M. Georges Tron, secrétaire d'État chargé de la fonction publique. J'abonderai bien entendu dans le sens du rapporteur. Il existe déjà plusieurs dérogations au droit commun, notamment pour les fonctionnaires dont la durée des services liquidables est inférieure à celle définie à l'article L. 13 du code des pensions, pour les professeurs d'université, pour les directeurs généraux des services des collectivités de plus de 80 000 habitants, et pour certains magistrats, en particulier ceux du Conseil d'État et de la Cour de cassation. D'autre part, les contractuels nommés à la décision du Gouvernement ne sont soumis à aucune limite d'âge, ce qui donnerait lieu, pour le même emploi, à deux régimes différents suivant que la personne est ou non fonctionnaire. Enfin, les salariés du privé peuvent travailler jusqu'à 70 ans et les établissements publics et les autorités administratives indépendantes sont soumis à des règles particulières. Il ne s'agit donc pas réellement d'une loi d'exception, puisqu'il y a déjà plusieurs exceptions.

Ce texte concerne environ 600 postes à haute responsabilité. Pour 2011, dix emplois satisferaient aux conditions posées ; en réalité, la mesure ne concerne que quatre ou cinq. Il s'agit donc d'un dispositif qui est, par vocation, « de circonstance » – dès lors qu'une loi traite de situations individuelles, on encourt le risque de faire un texte de circonstance !

Enfin, la dérogation est encadrée par des conditions très précises.

Pour toutes ces raisons, je vous engage à adopter le projet de loi en l'état.

M. Bernard Roman. Une telle argumentation vaut pour une mesure générale, pas pour une mesure d'exception, et la dérogation citée par le rapporteur n'a rien à voir, puisqu'elle est liée à la tenue d'une élection présidentielle. En l'espèce, il s'agit d'une mesure dérogatoire relevant du pouvoir discrétionnaire du Président de la République et du Premier ministre, ce qui n'est pas acceptable dans une démocratie parlementaire. Pourquoi ne pas l'étendre à l'EPAD, je le redis, ou à certaines sociétés d'économie mixte ?

La Commission passe à l'examen de l'article unique du projet de loi.

EXAMEN DE L'ARTICLE UNIQUE DU PROJET DE LOI

Article unique

(article 3 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984)

Maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement

Le présent article unique du projet de loi institue une possibilité nouvelle, au profit des fonctionnaires occupant des emplois supérieurs, d'être maintenus dans leur emploi lorsqu'ils atteignent la limite d'âge applicable.

À cet effet, il modifie la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, en rétablissant l'article 3 de la loi ⁽¹⁾.

Aux termes de la rédaction proposée, qui a été adoptée sans modification par le Sénat, cette nouvelle possibilité de maintien en emploi présente les caractéristiques suivantes :

– elle est applicable aux « *fonctionnaires occupant (...) un des emplois supérieurs mentionnés à l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* » : il s'agit des emplois prévus, aujourd'hui, à l'article 1^{er} du décret du 24 juillet 1985, tels qu'ils ont été rappelés *supra* ; seuls les fonctionnaires sont, par hypothèse, visés, dans la mesure où les non-fonctionnaires occupant de tels emplois peuvent, aujourd'hui, continuer à exercer leurs fonctions au-delà de 65 ans ;

– le maintien dans l'emploi n'est possible qu'à titre exceptionnel dans l'intérêt du service : la référence à l'intérêt du service est déjà expressément présente dans certains des régimes dérogatoires existants ⁽²⁾. En outre, les données démographiques transmises par le Gouvernement dans l'étude d'impact du projet de loi confirment que la mesure, qui n'a vocation à être utilisée que « *dans un contexte particulier, n'est susceptible de concerner que quelques unités tout au plus chaque année* » ;

– le maintien dans l'emploi ne peut être décidé que pour une durée maximale de deux ans : comme l'a fait observer le rapporteur de la commission des Lois du Sénat, d'une certaine manière, les fonctionnaires qui, du fait de leur date de naissance, ne se voient pas appliquer la limite d'âge à 67 ans en raison de la progressivité de l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, bénéficieront par anticipation de ces dispositions ;

(1) Cet article était, dans la rédaction initiale de la loi, dédié au régime de limite d'âge spécifique applicable aux professeurs de l'enseignement supérieur ; ce régime figure aujourd'hui, notamment, à l'article L. 952-10 du code de l'éducation.

(2) Voir par exemple *supra* le régime permettant une prolongation de l'activité des fonctionnaires n'ayant pas une durée de services liquidables suffisante pour obtenir une pension à taux plein.

l'article précise que cette durée sera mentionnée dans la décision de maintien en emploi ; cependant, conformément aux principes généraux qui régissent les emplois supérieurs, il pourra être mis fin à tout moment au maintien en fonctions ;

— la décision de maintien ne pourra intervenir qu'avec l'accord de l'intéressé, et dans les mêmes formes que la nomination : ces conditions sont déjà celles de la dérogation prévue à l'article 1^{er} de la loi n° 87-1129 du 31 décembre 1987 relative à la situation des fonctionnaires occupant des emplois supérieurs atteignant la limite d'âge dans les trois mois précédant la date d'achèvement du mandat du Président de la République.

Enfin, la rédaction proposée pour l'article 3 de la loi du 13 septembre 1984 précitée tire les conséquences, pour l'intéressé, de son maintien en activité, en prévoyant le report, à la date de cessation de la prolongation d'activité, d'une part, de la radiation des cadres de l'intéressé et, d'autre part, de la liquidation de sa pension.

*
* *

*La Commission **rejette** l'article unique, le projet de loi étant ainsi **rejeté**.*

*
* *

En conséquence, la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République vous demande de rejeter le projet de loi, adopté par le Sénat, relatif au maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement.

TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte adopté par le Sénat	Conclusions de la Commission
<p>Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État</p> <p><i>Art. 25.</i> — Un décret en Conseil d'État détermine, pour chaque administration et service, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement.</p> <p>L'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service.</p> <p>Les nominations aux emplois mentionnés à l'alinéa premier du présent article sont essentiellement révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non-fonctionnaires.</p>	<p>Projet de loi relatif au maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement</p> <p>Article unique</p> <p><i>Après l'article 2 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 est rétabli un article 3 ainsi rédigé :</i></p> <p>« Art. 3. — Les fonctionnaires occupant, lorsqu'ils atteignent la limite d'âge qui leur est applicable, un des emplois supérieurs mentionnés à l'article 25 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État peuvent être, à titre exceptionnel dans l'intérêt du service, et avec leur accord, maintenus dans cet emploi pour une durée maximale de deux ans, par une décision prise dans les mêmes formes que leur nomination. Cette décision fixe la durée du maintien dans les fonctions, auquel il peut être mis fin à tout moment.</p> <p>« La radiation des cadres et la liquidation de la pension des fonctionnaires maintenus dans leur emploi en application du présent article sont différées à la date de cessation de leur prolongation d'activité. »</p>	<p>Projet de loi relatif au maintien en fonctions au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement</p> <p>Article unique</p> <p>Rejeté</p>

AUDITION CONDUITE PAR LE RAPPORTEUR

• **Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP)** du ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État

— M. Thomas Andrieu, adjoint au directeur général