

Audience publique du 15 juillet 2021

Requête en obtention d'un sursis à exécution
introduite par
Monsieur ..., ...,
contre des décisions du ministre de l'Armée et du général, chef d'Etat-major de l'Armée
en matière de recrutement

ORDONNANCE

Vu la requête, inscrite sous le numéro 46207 du rôle et déposée le 7 juillet 2021 au greffe du tribunal administratif par Maître Sébastien COÏ, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., fonctionnaire d'Etat, sous-officier de l'Armée (...), demeurant à L-..., ..., tendant à obtenir le sursis à exécution d'une décision confirmative du 8 juin 2021 prise par le ministre de la Défense suite à un recours gracieux formé le 8 avril 2021, ensemble avec la décision initiale de refus du 3 mars 2021 et la décision du 23 mars 2021 du général, chef d'Etat-major de l'Armée, ayant refusé au requérant une dérogation d'âge et par conséquent, ex-post, le droit de se présenter à l'examen-concours en vue d'accéder à la carrière de l'officier par voie de recrutement direct, un recours en réformation, sinon en annulation dirigé contre la prédite décision ministérielle, inscrit sous le numéro 46205, introduit le même jour, étant pendant devant le tribunal administratif ;

Vu l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les décisions critiquées ;

Vu la note de plaidoiries communiquée le 12 juillet 2021 par la partie gouvernementale;

Maître Sébastien COÏ, pour le requérant, et Madame le délégué du gouvernement Cindy COUTINHO entendus en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 13 juillet 2021.

Monsieur ..., sous-officier au sein de l'Armée grand-ducale, adressa le 1^{er} octobre 2020, une demande officielle au général, chef d'Etat-major de l'Armée, en vue de poser sa candidature comme officier du recrutement direct et ce par rapport à un examen-concours initialement fixé pour le mois de novembre 2020 et finalement décalé au mois de janvier 2021.

En date du 9 novembre 2020, Monsieur ... introduisit une demande en dérogation d'âge auprès du ministre de tutelle vu qu'il aurait 31 ans à la date de l'examen-concours mais surtout à la date où devait débiter le stage prévu par le statut des fonctionnaires d'Etat.

Monsieur ... reçut ensuite les différentes convocations pour se présenter à l'examen-concours du mois de janvier 2021 de sorte qu'il participa à l'examen-concours au mois de janvier 2021, où il se classa premier.

Il se vit ensuite informer oralement du fait qu'il n'obtiendrait pas la dérogation d'âge sollicitée.

En date du 3 mars 2021, le ministre de la Défense adressa finalement à la demande de dérogation d'âge une décision de refus, décision libellée comme suit :

« Je fais suite à votre demande datée au 9 novembre 2020, qui m'est parvenue en date du 26 novembre 2020.

Je tiens d'abord à vous féliciter pour la qualité de votre engagement et pour votre parcours au sein de l'Armée luxembourgeoise.

C'est avec regret que je dois vous informer que je ne peux donner de suite favorable à votre demande de dérogation quant à la condition d'âge prévue à l'article 10 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire.

En effet, la législation actuelle, sur laquelle je dois me baser pour prendre une décision, ne prévoit aucune possibilité de déroger à la condition d'âge pour le recrutement des officiers.

Dans le cadre de la refonte de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, j'entends supprimer les limites d'âge actuellement en vigueur pour le recrutement des carrières militaires et des soldats volontaires.

L'Armée a besoin d'hommes et femmes engagés et expérimentés comme vous. Je ne peux dès lors que vous encourager à poursuivre votre parcours au sein de l'Armée et à poser votre candidature au recrutement direct dans la carrière de l'officier dès que la nouvelle loi sera en vigueur ».

En date du 23 mars 2021, le président de la commission d'examen, général de l'Armée grand-ducale, informa également Monsieur ... que sa candidature ne pourrait pas être retenue du fait qu'il ne remplirait pas la condition d'âge prévue par l'article 10, paragraphe 2, de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire.

En date du 8 avril 2021, Monsieur ... fit introduire un recours gracieux à l'encontre de la décision ministérielle du 3 mars 2021 et la décision du président de la commission d'examen du 23 mars 2021, lequel fit l'objet d'une décision ministérielle de refus du 8 juin 2021, libellée comme suit :

« Je fais suite à votre courrier daté au 8 avril 2021, par lequel vous m'informez former un recours gracieux à l'encontre de deux décisions datées des 3 mars 2021 et 23 mars 2021 au nom et pour le compte de Monsieur

C'est avec un certain étonnement que je lis votre courrier alors que vous reprochez à mes services d'avoir traité la demande de votre mandant avec légèreté, reproche que je ne saurais accepter.

Mes services ont traité la demande de dérogation d'âge de votre mandant avec l'attention nécessaire dans le but qu'aucune disposition législative ou réglementaire permettant un éventuel accès de Monsieur ... au poste brigué ne leur échappe.

Or, je suis au regret de vous informer que la législation et réglementation actuelle ne me permet pas d'accorder une dérogation à la condition d'âge prévue pour le recrutement des officiers à l'article 10 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation.

Dès lors, je ne pourrai pas donner de suite positive au recours gracieux formulé dans votre courrier du 8 avril dernier ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif en date du 7 juillet 2021, inscrite sous le numéro 46205 du rôle, Monsieur ... a introduit un recours en réformation, sinon en annulation dirigé contre la décision de refus ministérielle du 8 juin 2021, ensemble les décisions des 3 et 23 mars 2021, précitées, tandis que par requête séparée déposée le même jour, inscrite sous le numéro 46207 du rôle, il sollicite le bénéfice d'un sursis à exécution par rapport à cette décision de refus, jusqu'à ce que le recours au fond soit toisé par la composition collégiale du tribunal administratif.

Le requérant estime que les conditions requises par la loi pour obtenir un sursis à exécution par rapport à la décision ministérielle déferée seraient remplies en l'espèce, à savoir que l'exécution de celle-ci risquerait de lui causer un préjudice grave et irréparable et que par ailleurs, les moyens invoqués contre la décision apparaîtraient comme sérieux, le requérant renvoyant dans ce contexte aux arguments développés dans son recours au fond, lesquels peuvent, en substance, être résumés comme suit :

Il s'empare d'abord d'une violation des articles 11 et 12 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, dans la mesure où dans le cadre de son recours il aurait demandé la communication de l'entièreté de son dossier administratif et notamment la communication de l'ensemble des notes obtenues lors de l'examen-concours du mois de janvier 2021, sans que le ministre n'ait à ce jour donné de suites à cette demande.

Le requérant fait ensuite plaider l'inconventionnalité de l'article 10 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 par rapport à l'article 21 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne et à 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, en soutenant que la limite d'âge inscrite à l'article 10 de la loi du 23 juillet 1952, combiné à l'article 2 du règlement grand-ducal modifié du 30 janvier 2004 portant organisation des examens-concours pour l'admission au stage des fonctions administratives et scientifiques de la carrière supérieure des administrations de l'Etat et des établissements publics, combiné aux articles 1^{er}, paragraphe 1^{er}, a) et 2 paragraphe 1 point c) du règlement grand-ducal du 25 janvier 2011 fixant les conditions de recrutement, de formation et d'avancement des officiers de l'Armée, aux termes desquels le candidat ne doit pas avoir dépassé 29 ans accomplis le jour de son admission au stage pour être admis à l'examen-concours (recrutement direct) comme officier-stagiaire, serait contraire aux textes européennes invoqués, le requérant se prévalant encore à cet égard de plusieurs jurisprudences de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Le requérant, au regard des critères développés par cette jurisprudence, estime qu'en l'espèce la condition d'âge litigieuse ne serait ni essentielle ni déterminante, l'objectif poursuivi étant illégitime sinon le moyen utilisé étant pour le moins disproportionné.

Enfin, il invoque une violation de l'article 10 bis paragraphe 1^{er} de la Constitution, alors que du fait de l'application d'une condition d'âge, il se trouverait traité plus défavorablement qu'une autre personne se trouvant dans une situation similaire, le requérant s'estimant traité différemment par rapport au sous-officier de carrière qui souhaiterait accéder à la carrière d'officier par la voie interne, alors qu'il existerait une passerelle entre la carrière de sous-officier et celle d'officier sans aucune condition d'âge, le requérant s'emparant à ce sujet de l'article 25bis du règlement grand-ducal du 27 février 2011 qui modifie le règlement grand-ducal modifié du 10 août 1972 concernant les conditions de recrutement, de formation et d'avancement des sous-officiers de carrière de l'Armée.

Dans ce contexte, il invite les juges du fond à adresser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

Monsieur ... estime encore que l'exécution immédiate des décisions déferées l'exposerait à un risque de préjudice grave et définitif.

Il expose avoir postulé à l'examen-concours en vue d'accéder à la carrière d'officier par voie de recrutement direct justement parce que le poste ouvert à cet effet se situerait auprès du service de ... de l'Armée, c'est-à-dire dans le service où il travaille actuellement en qualité de sous-officier, tandis que les tâches que devra accomplir le futur officier dans ce service correspondraient à celles remplies actuellement par lui.

Il affirme encore que ne pas lui accorder le sursis à exécution dirigé contre les trois décisions précitées (refus de dérogation d'âge et refus ex-post de candidature à l'examen-concours) reviendrait à l'empêcher définitivement non seulement d'accéder à la carrière d'officier mais encore à pouvoir exercer, sous ce nouveau statut, ses compétences au sein du service de ... de l'Armée. A cet égard, il explique que suite aux décisions en question, le poste d'officier auprès du service de ... aurait été attribué au candidat arrivé second à l'examen-concours, lequel toutefois, par souci de camaraderie, aurait refusé ledit poste, de sorte que celui-ci aurait été offert aux candidats sous-officiers par voie de carrière ouverte en date du 30 mars 2021.

Le requérant souligne encore que les épreuves psychotechniques afférentes se seraient déjà déroulées courant du mois de juin 2021 tandis que les épreuves théoriques et sportives ainsi que l'entretien avec la commission d'examen se seraient déroulés et/ou se dérouleraient entre le 5 juillet 2021 et le 16 juillet 2021. Ainsi, si le poste d'officier auprès du service de ..., ouvert actuellement aux sous-officiers, devait être attribué suite à l'appel à candidature du 30 mars 2021, il n'aurait plus la possibilité d'accéder à ce poste en qualité d'officier, de sorte que son préjudice serait alors difficilement voire impossible à réparer par équivalent.

Le délégué du gouvernement soulève à titre liminaire l'irrecevabilité du recours sous analyse, et ce au motif que le requérant aurait présenté son recours en réformation sinon en annulation et le recours en sursis à exécution dirigé contre les mêmes décisions dans un seul acte déposé au greffe, de sorte à violer l'article 11 (3) de la loi de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Il estime ensuite que les conditions légalement prévues pour ordonner un sursis à exécution ne seraient pas remplies en l'espèce en contestant tant l'existence d'un préjudice grave et définitif que le sérieux des moyens invoqués.

En vertu de l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ci-après dénommée la « *loi du 21 juin 1999* », un sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

Le sursis est rejeté si l'affaire est en état d'être plaidée et décidée à brève échéance.

L'affaire au fond ayant été introduite le 7 juillet 2021 et compte tenu des délais légaux d'instruction fixés par la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée, elle ne saurait être considérée comme pouvant être plaidée à brève échéance.

Si le moyen d'irrecevabilité tel que soulevé par la partie gouvernementale est à rejeter, alors que le requérant a bien déposé un recours au fond, enrôlé sous le n°46205 et un recours en sursis, enrôlé sous le n° 46207, même si ce dernier reprend le texte du recours au fond, la requête sous analyse pose toutefois une autre question de compétence, respectivement d'(ir)recevabilité, question abordée contradictoirement à l'audience après avoir été plus particulièrement soulevée conformément à l'article 30 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

En effet, force est en l'espèce au soussigné de constater que la requête sous analyse tend formellement, et ce tant à travers ses moyens qu'à travers son dispositif, à l'obtention d'un sursis par rapport aux décisions ayant rejeté la demande de dispense d'âge ainsi que la candidature du requérant, ce dernier ayant d'ailleurs exclusivement indiqué en tant que base légale de sa requête l'article 11 de la loi du 21 juin 1999, visant l'hypothèse du seul sursis à exécution.

Les décisions de refus ainsi déferées constituent toutefois des décisions négatives qui ne sont pas susceptibles d'un effet suspensif. En effet, une décision administrative négative qui ne modifie pas une situation de fait ou de droit antérieure ne saurait en effet faire l'objet d'une mesure de sursis à exécution¹, la suspension d'un refus n'étant pas de nature à conférer un droit positif au demandeur, même si elle est en revanche susceptible de faire l'objet d'une mesure de sauvegarde : la possibilité d'accorder une mesure de sauvegarde n'a pas été instaurée par le législateur en tant que mesure autonome, mais uniquement afin de pallier au fait que la seule mesure provisoire initialement prévue, à savoir le sursis à exécution, ne pouvait pas être accordée par rapport à une décision administrative négative², telle qu'un refus, qui ne modifie pas une situation de droit ou de fait antérieure et, comme telle, ne saurait faire l'objet de conclusions à fin de sursis à exécution, de sorte que dans un tel cas de figure, le justiciable ne disposait d'aucune procédure pour éviter un préjudice grave qui lui est causé par une décision administrative négative.

¹ Trib. adm. prés. 14 janvier 2000, n° 11735, Pas. adm. 2020, V° Procédure contentieuse, n° 553, et autres références y citées.

² Trib. adm. prés. 9 février 2018, n° 40729 et 40736, Pas. adm. 2020, V° Procédure contentieuse, n° 721.

Ainsi, en l'espèce, la suspension des décisions refusant au requérant la dispense d'âge et sa candidature ne serait pas de nature à autoriser le requérant à effectivement participer - *ex post* - à l'examen et à accéder à la carrière d'officier, puisque ce faisant, il ne disposerait toujours pas, positivement, d'une dérogation ou d'une admission.

Ces décisions auraient en revanche été susceptibles de faire théoriquement l'objet d'une mesure de sauvegarde, encore qu'en l'espèce il soit difficilement concevable que le juge du provisoire permette à titre provisoire au requérant à accéder à la carrière d'officier.

L'objet de la demande, consistant dans le résultat que le plaideur entend obtenir, est toutefois celui circonscrit dans le dispositif de la requête introductive d'instance, étant donné que les termes juridiques employés par un professionnel de la postulation sont à appliquer à la lettre, ce plus précisément concernant la nature du recours introduit, ainsi que son objet, tel que cerné à travers la requête introductive d'instance, le juge n'étant pas habilité à faire droit à des demandes qui n'y sont pas formulées sous peine de méconnaître l'interdiction de statuer *ultra petita*.

Le recours en obtention d'un sursis à exécution encourt dès lors l'irrecevabilité.

A titre tout à fait superfétatoire, en ce qui concerne plus particulièrement l'examen de la deuxième condition énoncée par l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 pour justifier une mesure de sursis à exécution, à savoir que les moyens présentés par la partie requérante à l'appui de son recours au fond soient suffisamment sérieux, il y a lieu de rappeler que concernant les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la demande, le juge appelé à en apprécier le caractère sérieux ne saurait les analyser et discuter à fond, sous peine de porter préjudice au principal et de se retrouver, à tort, dans le rôle du juge du fond. Il doit se borner à se livrer à un examen sommaire du mérite des moyens présentés, et accorder le sursis, respectivement la mesure de sauvegarde lorsqu'il paraît, en l'état de l'instruction, de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la réformation de la décision critiquée, étant rappelé que comme le sursis d'exécution, respectivement l'institution d'une mesure de sauvegarde doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'ils constituent une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère.

L'exigence tirée du caractère sérieux des moyens invoqués appelle le juge administratif à examiner et à apprécier, au vu des pièces du dossier et compte tenu du stade de l'instruction, les chances de succès du recours au fond. Pour que la condition soit respectée, le juge doit arriver à la conclusion que le recours au fond présente de sérieuses chances de succès.

Ainsi, le juge des référés est appelé, d'une part, à procéder à une appréciation de l'instant au vu des éléments qui lui ont été soumis par les parties à l'instance, cette appréciation étant susceptible de changer par la suite en fonction de l'instruction de l'affaire et, d'autre part, non pas à se prononcer sur le bien-fondé des moyens, mais à vérifier, après une analyse nécessairement sommaire des moyens et des arguments présentés, si un des moyens soulevés par le demandeur apparaît comme étant de nature à justifier avec une probabilité suffisante l'annulation ou la réformation de la décision critiquée, étant rappelé que comme le sursis d'exécution doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'il constitue une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère.

L'exigence tirée du caractère sérieux des moyens invoqués appelle le juge administratif à examiner et à apprécier, au vu des pièces du dossier et compte tenu du stade de l'instruction, les chances de succès du recours au fond. Pour que la condition soit respectée, le juge doit arriver à la conclusion que le recours au fond présente de sérieuses chances de succès. Il s'ensuit que, face à une situation où le caractère sérieux des moyens soulevés au fond n'apparaît pas comme étant évident à première lecture, le juge du référé ne peut pas admettre que les moyens en question sont suffisamment sérieux pour justifier une mesure provisoire : en d'autres termes, les moyens doivent offrir une apparence de droit suffisante ou un degré de vraisemblance tel que l'on peut nourrir des doutes importants quant à la légalité de l'acte³.

Le juge du référé appréciera partant si un moyen est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de la décision litigieuse, et ce eu égard à son office. Il prendra donc en compte la situation juridique en s'en tenant à l'évidence et sans trancher des questions de droit qui ne l'ont pas encore été. L'évidence se définit communément comme la « *qualité de ce qui emporte l'assentiment immédiat de l'esprit en s'imposant à lui de façon claire et distincte* »⁴. Elle est caractérisée par son immédiateté, par ce qu'elle ne nécessite aucune démonstration ni aucun raisonnement préalable pour être regardée comme vraie⁵ : l'évidence est partant une qualité dont est paré le fait ou le raisonnement qui, portant en lui révélation de son existence ou de son bien-fondé, vaut preuve de lui-même et dispense d'autre preuve ou d'autre démonstration⁶.

Le juge du référé ne peut ainsi en aucun cas tirer d'enseignements et encore moins de conclusions définitives lorsqu'il analyse la condition du caractère sérieux car il ne devra procéder uniquement qu'à un « *premier examen* » sans anticiper sur l'appréciation, sur le contrôle qu'effectuera le juge du fond. Cet examen se veut sommaire et basé sur les seuls éléments en possession de ce juge ou qui peuvent lui être apportés lors de l'audience. Il doit, en quelque sorte, seulement s'en référer à son intuition provenant de la lecture du dossier, tout en gardant à l'esprit que le juge du fond pourra toujours revenir sur la mesure prononcée en effectuant un contrôle approfondi du dossier.

Ainsi, un moyen est sérieux lorsqu'il laisse présager, aux termes d'une analyse sommaire, une probable réformation ou annulation : un moyen sérieux fait pressentir une annulation ou réformation, tandis que l'examen du caractère sérieux d'un tel moyen se caractérise par son caractère *prima facie*.

Ce caractère de sérieux peut résulter d'une situation de fait ou de droit manifeste (un élément matériel important a été ignoré, une disposition légale n'a été manifestement pas appliquée) ou encore d'une jurisprudence à tout le moins solidement établie ; le caractère sérieux dépend dès lors également fondamentalement de la qualité de la démonstration des droits menacés : le simple fait de transcrire l'argumentation développée devant les juges du fond, respectivement de s'y référer peut, face à des matières ou questions complexes, s'avérer de ce point de vue insuffisant.

³ Trib. adm (prés.) 14 avril 2016, n° 37733, Pas. adm. 2020, V° Procédure contentieuse, n° 592, et les autres références y citées.

⁴ Trésor de la langue française.

⁵ Le Littré la définit ainsi comme « *notion si parfaite d'une vérité qu'elle n'a pas besoin d'autre preuve* ».

⁶ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 8^e éd., 2000.

C'est pourquoi le juge du provisoire doit prendre en considération les solutions jurisprudentielles bien établies, étant donné que lorsque de telles solutions existent, l'issue du litige - que ce soit dans le sens du succès du recours ou de son échec - n'est plus affectée d'un aléa.

Ne présente en revanche pas un caractère sérieux suffisant, un moyen soulevant un simple doute quant à l'issue du recours, un moyen basé sur une jurisprudence fluctuante ou minoritaire ou lorsqu'il n'existe pas de jurisprudence qui permettrait de répondre aisément aux questions devant être tranchées en l'espèce par le jugement à rendre ultérieurement sur le fond, surtout lorsqu'il s'agit de questions de principe inédites qui ne sauraient être tranchées, pour la première fois, par le juge des référés, mais requièrent un examen approfondi dans le cadre de la procédure principale : le juge du référé est réellement le juge de l'évidence car il est cantonné à une position, sur ce problème, d'archiviste se contentant de reprendre à son compte une position adoptée par une autre juridiction⁷.

Si la solution du problème conduit le juge des référés à une appréciation juridique motivée qui fait la part entre la thèse de l'un et celle de l'autre, il excède ses pouvoirs dans la mesure où il est obligé de discuter juridiquement pour écarter l'une de ces thèses qui est donc forcément sérieuse. Lorsque le juge des référés, pour repousser une contestation, est obligé de bâtir un raisonnement juridique que ne dénierait pas un juge du fond, il va au-delà de ses pouvoirs⁸.

Or, en l'espèce, aucun des moyens tels qu'avancés devant les juges du fond et figurant dans le recours en réformation, sinon en annulation ne présentent en l'état d'instruction du dossier le sérieux nécessaire pour justifier la suspension sollicitée.

Ainsi, en ce qui concerne l'invocation d'une violation des articles 11 et 12 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, il convient d'emblée de relever qu'à première vue, seul l'article 11 vise la communication du dossier administratif personnel d'un administré déterminé (« *Tout administré a droit à la communication intégrale du dossier relatif à sa situation administrative, chaque fois que celle-ci est atteinte, ou susceptible de l'être, par une décision administrative prise ou en voie de l'être. Il peut demander, à cette occasion, le retrait de son dossier de toute pièce étrangère à l'objet du dossier, si elle est de nature à lui causer un préjudice. La décision prise par l'Administration sur sa demande est susceptible de recours devant la juridiction compétente* », tandis que l'article 12 vise indistinctement les tiers concernés et les destinataires directs d'une décision⁹, à savoir *a priori* également l'hypothèse du requérant.

Or, si les dispositions des articles 11 et 12 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 ont en commun qu'elles imposent à l'administration une obligation de communication à première demande, selon les juges du fond, du moins selon une jurisprudence majoritaire de ceux-ci, la non-communication intégrale des éléments du dossier administratif ne constitue pas nécessairement et automatiquement une cause d'annulation de la décision déferée, puisqu'un

⁷ J. Piasecki, L'office du juge administratif des référés : Entre mutations et continuité jurisprudentielle. Droit, Université du Sud Toulon Var, 2008, n° 337, p.197.

⁸ Y. Strickler, Le juge des référés, juge du provisoire, thèse, Strasbourg, 1993, p. 96 et 97.

⁹ Trib. adm. 19 janvier 2009, n° 24931 et 24933, confirmé sur ce point par arrêt du 11 juin 2009, n° 25463C et 25465C, ainsi que les autres jurisprudences y citées, Pas. adm. 2020, V° Procédure administrative non contentieuse, n° 133.

refus de communiquer le dossier administratif est de nature à affecter la légalité d'une décision administrative dans la seule hypothèse d'une lésion vérifiée des droits de la défense¹⁰.

En l'espèce, la non-communication des points obtenus par Monsieur ... lors de l'examen-concours du mois de janvier 2021 semble à première vue dépourvue de toute incidence en l'espèce, la question divisant les parties n'étant pas celle de la réussite ou non de Monsieur ... à cet examen, respectivement de son classement, mais de son admission même du fait de son âge à cet examen, question par rapport à laquelle, tel que soulevé par la partie gouvernementale, les points obtenus ne paraissent pas devoir être considérés comme un élément d'information pertinent à communiquer.

Ce moyen ne présente dès lors pas le sérieux requis.

En ce qui concerne la violation alléguée du droit communautaire par l'article 10 de la loi modifiée du 23 juillet 1952, et plus particulièrement de l'article 21 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne et de 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, il convient de constater que l'article 6 de la prédite directive, et notamment son paragraphe 1^{er} dispose que « *Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, 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 en résulte à première vue, en d'autres termes, qu'une règle ou une politique qui soumet les travailleurs à un traitement moins favorable en raison de leur âge ne constituera pas une discrimination si a) elle est conçue pour atteindre un « *objectif légitime* » et b) elle est « *appropriée et nécessaire* » pour atteindre cet objectif particulier, même si elle constitue une discrimination directe - le texte de l'article 6, paragraphe 1, donnant des exemples de ces différences de traitement justifiées.

La jurisprudence communautaire a par exemple admis par rapport à un règlement allemand qui empêchait les personnes âgées de plus de 30 ans de s'adresser au service de lutte contre les incendies qu'une telle limite d'âge permettait aux personnes recrutées par les services de lutte contre les incendies d'exécuter ces tâches pendant une période prolongée avant d'être affectées à des tâches moins exigeantes physiquement.

La Cour de Justice de l'Union européenne¹¹ a admis qu'une limite d'âge dans ces circonstances pouvait être objectivement justifiée en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE, se référant en particulier au considérant 18 de cette directive, qui prévoit que ses dispositions n'imposent pas aux services d'urgence de recruter ou de retenir des personnes qui ne peuvent exercer les diverses fonctions qu'ils peuvent être appelés à exercer dans leur travail. Pour la Cour, une capacité physique élevée était une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour les postes concernés, et l'imposition d'une limite d'âge maximale constituait un « *substitut* » adéquat et efficace pour le niveau requis d'aptitude physique.

¹⁰ Trib. adm. 29 octobre 2009, n° 24429, Pas. adm. 2020, V° Procédure administrative non contentieuse, n° 140.

¹¹ CJUE, (grande chambre) du 12 janvier 2010, *Wolf contre Stadt Frankfurt am Main*, C-229/08.

La Cour de Justice de l'Union européenne a encore admis que des limites d'âge peuvent être justifiées au motif qu'elles constituent de « *exigences professionnelles essentielles* » conformément aux dispositions de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE.

Ainsi, dans une affaire concernant des lois espagnoles permettant de fixer un âge maximum (généralement 30 ans) pour l'accès aux forces de police¹², la Cour de Justice de l'Union européenne a estimé qu'un tel âge maximal de recrutement pourrait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante s'il peut être démontré que « *les caractéristiques sont nécessairement liées à un groupe d'âge déterminé et ne se rencontrent pas chez les personnes au-delà d'un certain âge* ». Dans une autre affaire¹³, la Cour de Justice de l'Union européenne a encore admis une législation prévoyant que les candidats à des postes de policiers qui doivent exercer toutes les fonctions opérationnelles pertinentes doivent avoir moins de 35 ans, au motif que d'autres moyens pour évaluer leurs capacités ne sont pas disponibles et qu'il y a des signes de déclin physique après 35 ans.

Enfin, la jurisprudence administrative luxembourgeoise¹⁴ a admis que, si l'article 2 de la directive 2000/78/CE pose le principe général de l'interdiction des discriminations directes et indirectes fondées sur l'âge de la personne concernée, l'article 6 confère aux États membres le droit de déroger à ce principe en prévoyant certaines différences de traitement fondées sur l'âge, lesquelles ne sont pas considérées comme une discrimination au sens de l'article 2 lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime et l'une de ces dérogations admises est la fixation d'un âge maximum pour le recrutement pour autant que cette exigence puisse être justifiée par la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite, une justification pouvant également consister en la finalité d'éviter certains problèmes de gestion des ressources humaines, notamment des problèmes d'hierarchie lorsque des fonctionnaires âgés en début de carrière se trouvent en lien de subordination par rapport à un fonctionnaire nettement plus jeune ayant une ancienneté de service bien supérieure.

En l'espèce, il résulte des explications de la partie gouvernementale que la limite d'âge opposée actuellement au requérant se justifiait au vu de problèmes de recrutement rencontrés par l'Armée, où de nombreux sous-officiers arrivés en fin de carrière pour raison d'âge postulaient encore pour accéder brièvement à la carrière d'officiers : il s'ensuit à première vue que la limite d'âge telle que figurant à l'article 10 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 ne heurte pas les dispositions de la directive 2000/78/CE, telle qu'éclairées par la jurisprudence.

Dès lors, au stade actuel de l'instruction de l'affaire au fond et sur base d'une analyse nécessairement sommaire, force est de constater que si les critiques du requérant n'apparaissent certes pas être insensées, notamment au vu de la volonté actuellement affichée par le ministre de renoncer dans le cadre d'une réforme à venir à la condition d'âge liée à l'accès à l'examen concours en vue d'accéder à la carrière d'officier par voie de recrutement direct, il convient néanmoins de constater que la discussion menée par le requérant par rapport à cette condition appelle une appréciation à mener à l'aune des critères et conditions développés ci-avant, réclamant en tout état de cause une analyse plus poussée et une discussion au fond, à laquelle le juge du provisoire ne saurait pas procéder.

¹² CJUE, 13 novembre 2014, *Perez c. Ayuntamiento de Oviedo*, C-416/13.

¹³ CJUE, 15 novembre 2016, *Gorka Salaberria Sorondo c. Academia Vasca de Policia y Emergencias*, C-258/15.

¹⁴ Trib. adm. 11 juillet 2005, n° 19188.

Enfin, en ce qui concerne le dernier moyen du requérant, basé sur l'article 10bis paragraphe 1^{er} de la Constitution, aux termes duquel les Luxembourgeois sont égaux devant la loi, le requérant estimant qu'il serait traité différemment par rapport au sous-officier de carrière qui souhaiterait accéder à la carrière d'officier par la voie interne, il résulte des explications de la partie gouvernementale qu'il conviendrait de distinguer entre l'accès à la carrière d'officier par voie de recrutement direct et l'accès à cette carrière par voie de « carrière ouverte », s'agissant de deux procédures différentes, soumises à des conditions différentes.

Ainsi, notamment, dans le cadre de la procédure de recrutement alternative pour accéder à la carrière d'officier, par voie de « carrière ouverte », les dispositions afférentes exigeraient une expérience d'au moins 10 ans.

Or, il est de jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle que le principe constitutionnel d'égalité permet qu'il y soit dérogé et que des différenciations peuvent être instaurées à condition que, si certaines catégories de personnes sont soumises à des régimes différents, la différence instituée procède de disparités objectives et qu'elle soit rationnellement justifiée et proportionnée à son but¹⁵.

Par ailleurs, le principe constitutionnel d'égalité devant la loi édicté par l'article 10bis (1) de la Constitution appelle une analyse à deux degrés : dans un premier stade, il y a lieu, de façon préalable, de vérifier la comparabilité des deux catégories de personnes par rapport auxquelles le principe est invoqué. Ce n'est que si cette comparabilité est vérifiée que, dans un deuxième stade, la juridiction saisie analyse si la différenciation qui existe par hypothèse entre ces deux catégories de personnes est objectivement justifiée ou non¹⁶ : en l'espèce, il appert que si certes les deux régimes visent tous deux l'accession au corps des officiers de l'armée grand-ducale, la situation de départ des candidats au recrutement direct est toutefois différente de celle des candidats désirant accéder au corps des officiers par voie interne.

Ce dernier moyen ne présente dès lors pas non plus à ce stade et au terme d'un examen nécessairement sommaire le sérieux nécessaire.

Aussi, en sus de l'irrecevabilité retenu ci-avant, le soussigné, sur base d'un examen nécessairement sommaire des différentes questions, arrive à la conclusion provisoire que les moyens tels qu'avancés par le requérant ne présentent pas le sérieux nécessaire pour justifier la mesure sollicitée : il est partant à débouter de sa demande en institution d'une mesure provisoire.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 1.500 euros formulée par le requérant laisse également d'être fondée, les conditions légales afférentes n'étant pas remplies en cause.

Par ces motifs,

le soussigné, président du tribunal administratif, statuant contradictoirement et en audience publique;

rejette la requête en obtention d'un sursis à exécution ;

¹⁵ Cour adm. 18 février 2016, n° 35374C, Pas. adm. 2020, Lois et règlements, n° 7, et autres références y citées.

¹⁶ Cour adm. 5 mai 2009, n° 24618C, Pas. adm. 2020, Lois et règlements, n° 10, et autres références y citées.

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure telle que formulée par le requérant ;

laisse les frais et dépens à charge du requérant.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 15 juillet 2021, par Marc Sünnen, président du tribunal administratif, en présence du greffier en chef Xavier Drebenstedt.

s. Xavier Drebenstedt

s. Marc Sünnen

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 15 juillet 2021
Le greffier du tribunal administratif