



Paris, le 20 février 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-36

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par Monsieur X, médecin généraliste en Polynésie française, qui estime avoir fait l'objet d'une discrimination dès lors que la limite d'âge fixée par l'article 6 de la délibération n° 96-136 de l'Assemblée de la Polynésie française du 21 novembre 1996, selon laquelle « *tout candidat à un poste de praticien hospitalier dans un établissement public hospitalier doit (...) être âgé de moins de 50 ans à la date de clôture de dépôt de candidature* », a conduit au rejet de sa candidature au concours externe sur titre de médecins et de praticiens hospitaliers de la fonction publique de la Polynésie française.

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de recommander au ministère de la santé, de la protection sociale généralisée et de la fonction publique de la Polynésie française de supprimer la condition d'âge pour l'accès au concours de praticien hospitalier de la fonction publique polynésienne.

Demande à être tenu informé des suites réservées à ses recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

Monsieur X est médecin généraliste, spécialisé dans la médecine d'urgence.

Le 24 septembre 2012, le ministère de l'économie, des finances, du travail et de l'emploi de la Polynésie française a lancé un avis de concours en vue du recrutement de praticiens hospitaliers et du recrutement de 35 médecins de catégorie A relevant de la fonction publique de la Polynésie française.

Le 29 octobre 2012, Monsieur X a déposé son dossier de candidature en vue de s'inscrire à ces deux concours.

Toutefois, l'inscription aux concours lui aurait été refusée au motif que, âgé de 51 ans lors du dépôt de sa candidature, il dépassait l'âge légal maximum fixé à 50 ans.

En effet, la délibération de l'Assemblée de la Polynésie française n° 95-217 APF du 14 décembre 1995 relative aux conditions générales de recrutement des agents de la fonction publique du territoire de la Polynésie française prévoit, en son article 15, que « *l'âge limite supérieur pour le recrutement par concours externe des fonctionnaires des cadres d'emploi classés en catégorie A, B, C et D est fixée à 45 ans à moins que les statuts particuliers ne prévoient une limite d'âge supérieure* ».

Aux termes de l'article 6 de la délibération n° 96-136 APF du 21 novembre 1996 portant statut particulier du cadre des praticiens hospitaliers territoriaux de la fonction publique de la Polynésie française « *tout candidat à un poste de praticien hospitalier territorial dans un établissement public hospitalier doit (...) être âgé de moins de 50 ans à la date de clôture de dépôt des candidatures* ».

Par deux courriers du 24 juillet 2013 et du 28 novembre 2013, le Défenseur des droits a sollicité les observations du ministère de la santé, de la protection sociale généralisée et de la fonction publique de la Polynésie française.

Ce dernier y a répondu, le 2 avril 2014, en faisant valoir que la limite d'âge est justifiée par « *la nécessité d'assurer aux fonctionnaires une durée minimale de carrière afin de bénéficier, d'une part, d'une pension de retraite, d'autre part, des déroulements de carrière aménagés par chaque statut particulier* ».

Alors que le Défenseur des droits a invité l'administration polynésienne à présenter ses ultimes observations, celle-ci n'a apporté aucune explication complémentaire susceptible de renverser la présomption de discrimination.

ANALYSE JURIDIQUE

Au préalable, il convient de rappeler que la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations est applicable en Polynésie française, conformément à l'article 10 de cette loi.

L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 dispose que : « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de (...) son âge (...), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».

Cette loi, applicable au secteur public, prohibe ainsi toute discrimination fondée sur l'âge en ce qui concerne notamment les conditions d'emploi, de travail et de licenciement.

Le Conseil d'Etat a jugé que, dès lors qu'un agent public présente des faits susceptibles de faire présumer l'existence d'une discrimination, il incombe à l'administration de démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à toute discrimination (Conseil d'Etat, 30 octobre 2009, n° 298348).

En l'espèce, l'analyse des arguments avancés par l'administration ne permet pas de confirmer la nécessité de maintenir une limitation d'âge fixée à 50 ans pour accéder aux concours de la fonction publique.

D'une part, l'ouverture des droits à pension de retraite ne serait pas compromise par la suppression de la limite d'âge fixée à 50 ans telle qu'elle est contestée en l'espèce.

En effet, les fonctionnaires de la Polynésie française acquièrent leur droit à pension de retraite à partir de deux ans de service, à condition d'avoir atteint l'âge d'ouverture des droits.

Au surplus, les fonctionnaires polynésiens sont affectés par le dispositif de recul de la limite d'âge pour le départ à la retraite, leur permettant ainsi de bénéficier d'une carrière plus longue.

Au regard de ces considérations, le maintien d'une limite d'âge dans l'accès à un concours, fixé à 50 ans, paraît excessif.

D'autre part, l'admission au concours de praticien hospitalier au-delà de 50 ans ne compromettrait pas le déroulement de carrière de l'intéressé.

Il ressort de la délibération n° 96-136 du 21 novembre 1996 précitée que des conditions favorables sont d'ores et déjà mises en place pour favoriser un avancement de carrière rapide aux praticiens hospitaliers.

Ainsi, la titularisation dans le grade intervient en prenant en considération l'ancienneté des praticiens hospitaliers, en fonction de leurs activités antérieures. La reprise d'ancienneté favorise ainsi un avancement d'échelon plus rapide.

Dès lors, les considérations liées aux nécessités d'assurer aux fonctionnaires une durée minimale de carrière afin de bénéficier d'une pension de retraite et d'un déroulement de carrière suffisant ne permettraient plus, désormais, de justifier les limites d'âge imposées pour l'accès aux concours de la fonction publique.

L'exposé des motifs de la proposition de loi tendant à la suppression des limites d'âge pour les concours de la fonction publique, qui a été reprise dans le cadre de l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'Etat, soulignait que :

« L'existence de limites d'âge pour se présenter aux concours d'accès à la fonction publique a toujours tenu compte des possibilités de déroulement de carrière et d'ancienneté de service nécessaire pour pouvoir bénéficier de droit à pension. Or aujourd'hui, d'autres considérations, notamment le souci de permettre à chacun, quel que soit son âge ou sa situation particulière, de trouver un emploi correspondant à ses qualifications, éventuellement dans le cadre d'une réorientation professionnelle, peuvent légitimement conduire à s'interroger sur l'opportunité de maintenir ces limites d'âge. L'allongement de l'âge de la retraite doit être un élément à prendre en compte dans les mesures d'assouplissement voire de suppression des conditions d'âge d'accès aux concours. C'est pourquoi, la présente proposition de loi a pour objet de ne limiter la condition d'âge comme condition d'accès à la fonction publique qu'au seul cas où cette condition est impérativement nécessaire compte tenu des missions qu'est appelé à assurer le fonctionnaire ».

D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle les limites d'âge pour l'accès aux concours de la fonction publique sur le territoire métropolitain français ont été supprimées, notamment suite à l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'Etat.

La loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique a d'ailleurs généralisé cette suppression des limites d'âge aux cas dans lesquels la réussite au concours serait suivie d'une période de scolarité de deux ans ou plus.

En outre, aucune limite d'âge ne figure à l'article R. 6152-302 du code de la santé publique qui pose les conditions requises pour présenter le concours national de praticien des établissements de santé.

Bien que les lois précitées ne s'appliquent pas sur le territoire de la Polynésie française, elles permettent de souligner l'évolution du droit tendant à supprimer les limites d'âge pour l'accès aux concours de la fonction publique.

Dès lors, les justifications apportées par l'administration polynésienne, fondées sur la garantie accordée au fonctionnaire de bénéficier d'une pension de retraite et d'un déroulement de carrière suffisant, ne paraissent plus compatibles avec les exigences liées au respect du principe de non-discrimination en raison de l'âge.

L'administration de la Polynésie française ne démontre pas davantage que les spécificités liées à son territoire justifieraient une exception à l'application du principe de non-discrimination en raison de l'âge.

Certes, des exceptions demeurent pour les emplois qui présenteraient un risque particulier, ou qui peuvent susciter des fatigues exceptionnelles, à savoir sapeur-pompier, personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, agent de la police nationale ou de la gendarmerie, contrôleur aérien.

Toutefois, ces exceptions ne sauraient être invoquées à l'égard des praticiens hospitaliers, dont il n'est pas démontré que les fonctions feraient naître un risque particulier pour les agents.

En conséquence, conformément au principe d'aménagement de la charge de la preuve, le Défenseur des droits considère, sur la base des éléments analysés dans la présente note, que Monsieur X a été victime de discrimination en raison de son âge, la décision l'écartant du concours étant elle-même fondée sur une réglementation discriminatoire.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits recommande au ministère de la santé, de la protection sociale généralisée et de la fonction publique de la Polynésie française de supprimer la condition d'âge pour l'accès au concours de praticien hospitalier de la fonction publique polynésienne.

Jacques TOUBON