

Paris, le 21 décembre 2016

Décision du Défenseur des droits n°MLD 2016-138

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 la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;

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 ;

Vu le décret n°91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet ;

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

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité,

Saisi par Monsieur X qui estime avoir subi une discrimination à raison de sa nationalité et de son âge dès lors que sa candidature à l'un des « jobs étudiants » proposé par la ville de Y a été rejetée,

Décide de recommander au maire de Y de modifier le dossier de recrutement remis aux candidats à un poste d'agent contractuel pour mettre fin aux pratiques discriminatoires constatées et d'en informer les agents placés sous sa responsabilité notamment ceux chargés de l'accueil du public ;

Le Défenseur des droits demande au maire de Y de rendre compte des suites données à la recommandation ci-dessus dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Monsieur X a saisi le Défenseur des droits concernant le rejet de sa candidature à l'un des « jobs étudiants » proposés par la ville de Y.

Le dossier de candidature 2015/2016 de la mairie mentionne en effet, parmi les conditions à remplir, celles d'être âgé(e) de 18 à 25 ans, de nationalité française ou ressortissant des États membres de la CE (Communauté européenne).

Or Monsieur X est né en octobre 1990 et de nationalité tunisienne. Le dépôt de sa candidature ayant été refusé au motif qu'il ne satisfaisait pas aux critères précités, il s'estime ainsi victime d'une discrimination à l'emploi en raison de sa nationalité mais également de son âge.

Le dossier de candidature, joint à la réclamation, établissant la réalité des faits, le Défenseur des droits a, par courrier en date du 19 février 2016, adressé une note récapitulative au maire de Y, indiquant qu'il pourrait conclure à l'existence de pratiques discriminatoires prohibées par la loi.

En réponse, par courrier du 22 mars 2016, le maire de Y fait valoir que l'allégation de discrimination à raison de l'âge ne pouvait prospérer compte tenu de la légitimité de l'objectif poursuivi par la ville, tenant aux avantages procurés aux étudiants, tant en termes de ressources que d'expérience professionnelle. S'agissant de la condition de nationalité, il considère comme étant non discriminant au regard de la loi le fait de réserver des emplois publics aux seules personnes de nationalité française ou appartenant à un des États membres de l'Union européenne.

1. Le recrutement sur un « job étudiant »

La plupart des profils de poste proposés en tant que « jobs étudiants » paraissent répondre à un besoin permanent de la collectivité, s'agissant notamment d'emplois d'agent d'accueil et de gardiennage (gymnase), d'agent d'accueil et de surveillance de salle (musée), d'agent de bibliothèque (médiathèque), d'agent d'accueil et de placement (théâtre municipal).

Or, aux termes de l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires « *Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont [...] occupés par des fonctionnaires* ».

Ainsi, aux termes des articles 3 à 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, une collectivité territoriale de la taille de Y ne peut recruter des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents que dans certains cas limitativement énumérés, comme faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité ou assurer le remplacement momentané d'agents autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé régulièrement accordé.

C'est ainsi que le maire de Y justifie le recours aux étudiants, ce qui ressort d'ailleurs de l'arrêté ayant précédemment recruté Monsieur X, du 1^{er} novembre 2014 au 31 octobre 2015 inclus, en qualité « d'Auxiliaire étudiant », dans la limite de 250 heures pour la durée du contrat.

Or, aux termes de la loi du 26 janvier 1984 précitée et du décret du 20 mars 1991 susvisé, la population de la ville de Y ne permet pas le recrutement d'agents à temps non complet sur les fonctions considérées ; par ailleurs, les critères fixés par la jurisprudence ne semblent pas permettre de justifier le recrutement d'étudiants par un « statut » de vacataire dès lors que celui-ci est caractérisé par le juge par la spécificité (le vacataire est recruté pour exécuter un acte déterminé), la discontinuité dans le temps (l'emploi ne correspond pas à un besoin permanent) et une rémunération attachée à l'acte. Si l'une de ces conditions fait défaut, l'intéressé n'est pas considéré comme vacataire mais comme agent non titulaire.

Toutefois, au-delà d'interrogations sur la licéité de tels recrutements, le dossier de candidature disponible en mairie subordonne l'accès à ces emplois à des conditions d'âge et de nationalité sur lesquelles il convient de s'interroger sur le point de savoir si elles présentent un caractère discriminatoire au regard des textes en vigueur.

2. Les critères de recrutement

Le dossier de candidature aux emplois dits « jobs étudiants » fixe des conditions d'âge et de nationalité et même, indirectement, de résidence.

S'agissant du critère de l'âge, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 précitée applicable également aux agents non titulaires, prohibe ainsi les distinctions entre fonctionnaires en fonction de l'âge, sans pour autant interdire l'établissement de conditions d'âge pour leur recrutement, à condition qu'elles reposent sur des critères les justifiant, notamment lorsqu'il s'agit d'emplois classés dans la catégorie active au sens de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite.

En l'espèce, le fait de réserver des emplois de la collectivité à des étudiants explique certes la condition d'âge, mais cette réserve doit pouvoir s'expliquer juridiquement.

Ainsi, un recrutement ne peut être enserré dans une limite d'âge que si celle-ci est légitime, c'est-à-dire justifiée (CJUE, Mangold, 22 novembre 2005, aff. V-144/04). Aux termes de l'article 1er de 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, un tel critère doit être objectivement justifié par un but légitime et les moyens pour réaliser ce but doivent être nécessaires et appropriés.

La légitimité de l'objectif consistant à recourir à des étudiants pour pourvoir les postes proposés, et de ce fait de n'offrir de tels emplois qu'à des personnes entre 18 et 25 ans apparaît discutable dès lors que d'autres personnes ne remplissant pas ce critère d'âge pourraient aussi bien occuper les mêmes fonctions et être tout autant intéressés à bénéficier des contrats proposés.

À supposer même que l'objectif puisse être considéré comme légitime en tant que le mode d'organisation tiendrait compte des disponibilités effectives des étudiants (périodes, jours, horaires à indiquer dans le dossier de candidature), la restriction quant à l'âge ne serait toutefois toujours pas pertinente dès lors que des étudiants ne répondant plus au critère fixé pourraient, là encore, tout aussi bien occuper les fonctions concernées.

Ainsi, les raisons pour lesquelles les postes proposés par la ville de Y exigeraient d'écarter les candidats âgés de plus de 25 ans n'apparaissent pas.

Aussi, le critère d'âge fixé dans ce dossier de recrutement constitue une pratique discriminatoire prohibée par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 précitée.

S'agissant de la condition de nationalité, si les dispositions des articles 225-1 et 225-2 du code pénal qualifient de discrimination le refus de recrutement fondé sur la nationalité, l'article 225-3 de ce code prévoit une dérogation s'agissant du recrutement statutaire de la fonction publique.

De plus, tant dans 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 dans sa rédaction applicable à la date des faits, que dans la loi n°83-634 du 13 juillet 1983, la nationalité ne figure pas au nombre des critères prohibés de discrimination.

Cependant, si le statut général des fonctionnaires soumet légalement le recrutement de ceux-ci à une condition de nationalité, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit d'agents non titulaires dont les seules obligations, aux termes de l'article 2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, sont ainsi rédigées :

« Article 2 :

Aucun agent non titulaire ne peut être recruté :

a) Si, étant de nationalité française, les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ;

b) Si, étant de nationalité française, il a fait l'objet, dans un État autre que la France, d'une condamnation incompatible avec l'exercice des fonctions ;

c) Si, étant de nationalité étrangère ou apatride, il a subi, en France ou dans un État autre que la France, une condamnation incompatible avec l'exercice des fonctions.

Si l'article 2-1 du même décret opère une restriction s'agissant des agents contractuels de nationalité étrangère ou apatrides, celle-ci est limitée aux « *emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique.* ».

Or, force est de constater qu'au regard des missions visées, les emplois proposés par la collectivité ne sont pas concernés par la restriction posée à l'article 2-1 du décret du 15 février 1988 précité.

En réponse aux observations présentées par le Défenseur des droits, le maire de Y fait valoir que la restriction portée sur le dossier de candidature constitue un parallèle avec les conditions fixées par le statut général des fonctionnaires pour le recrutement de fonctionnaires et qu'il s'appuie, au demeurant sur un principe de protection des nationaux et des communautaires en « *faisant bénéficiaire [ces derniers] d'une sorte de droit de préférence par rapport aux personnes de nationalité étrangère* ».

Or, cette pratique illégale en ce qu'elle contrevient aux dispositions précitées, constitue à tout le moins une différence de traitement fondée sur la nationalité.

Il convient au demeurant de souligner que ces conditions semblent avoir été introduites à partir de 2015, Monsieur X ayant été recruté comme il a été dit du 1^{er} novembre 2014 au 31 octobre 2015 comme « Auxiliaire étudiant », ce qui laisse supposer que la condition de nationalité ne prévalait pas lors de cet exercice.

Il convient d'ajouter que, récemment, par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, le législateur a souhaité renforcer le dispositif juridique de lutte contre les discriminations en matière civile, en ajoutant notamment le critère de la nationalité dans la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précitée.

Enfin, sur la notion de résidence, le Défenseur des droits appelle aussi l'attention du maire de Y sur le fait de réserver également la possibilité d'accéder à ces emplois aux étudiants « inscrits dans un établissement de formation d'études supérieures du roannais ».

Si ce critère ne s'apparente pas directement à celui du lieu de résidence tel que prohibé, notamment, dans la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, il conviendrait de veiller à ne pas écarter, fût-ce tacitement, les candidatures émanant d'étudiants non-résidents de l'agglomération roannaise.

Compte tenu de tout ce qui précède, le Défenseur des droits recommande au Maire de Y de modifier le dossier de recrutement remis aux candidats à un poste d'agent contractuel pour mettre fin aux pratiques discriminatoires constatées et d'en informer les agents placés sous sa responsabilité notamment ceux chargés de l'accueil du public.

Le Défenseur des droits demande au maire de Y de rendre compte des suites données à la recommandation ci-dessus dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Copie de la présente décision sera communiquée à l'Association des Maires de France.

Jacques TOUBON