

Paris, le 4 juillet 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-122

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 Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000 ;

Vu le code de l'éducation ;

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

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° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences ;

Vu l'avis du Collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisi d'une réclamation concernant les difficultés rencontrées par M. X, professeur certifié hors classe de sciences physiques et habilité à diriger des recherches, qui s'est porté candidat en mars 2016 au poste de maître de conférences n° 461 en histoire et philosophie de la physique et des mathématiques proposé par l'université Y, et qui se plaint de discrimination en lien avec son âge (62 ans à la date de sa candidature) dans le refus qui lui a été opposé d'être auditionné dans le cadre de ce recrutement ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe :

- de recommander au Président de l'université Y d'indemniser les préjudices matériels et moraux subis par M. X, après que ce dernier ait adressé une demande indemnitaire préalable à l'université ;

- de recommander au Président de l'université Y d'adresser une note de service aux membres des comités de sélection des candidats chargés de donner un avis sur les candidatures pour des postes notamment de maître de conférence au sein de l'université, en leur rappelant que « *tous les Citoyens étant égaux (face à la loi) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » (article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789) ;

- de transmettre sa décision à la Ministre compétente afin qu'elle en tire toutes les conséquences qui lui paraîtraient utiles pour éviter qu'à l'avenir la situation mise en exergue dans ce dossier ne se reproduise au sein d'un établissement de l'enseignement supérieur ;

- Le Défenseur demande également à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de quatre mois.

Jacques TOUBON

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

▪ **Rappel des faits et de la procédure :**

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation concernant les difficultés rencontrées par M. X, professeur certifié hors classe de sciences physiques et habilité à diriger des recherches, qui s'est porté candidat en mars 2016 au poste de maître de conférences n° 461 en histoire et philosophie de la physique et des mathématiques proposé par l'université Y, qui se plaint de discrimination en lien avec son âge (62 ans à la date de sa candidature) dans le refus qui lui a été opposé d'être auditionné dans le cadre de ce recrutement.

Les appréciations portées par les membres du jury (dont l'identité n'a pas été jointe aux commentaires émis) chargés d'examiner la candidature de l'intéressé, ont fait, en effet, explicitement référence à son âge en se prononçant, non moins explicitement pour au moins deux d'entre eux, sur l'obstacle que ce dernier paraissait constituer pour son recrutement ou son audition.

D'autres motifs tirés de l'expérience du réclamant et de l'adéquation de son profil avec le poste ont également fondé la décision contestée.

Par un courrier du 25 octobre 2016, une instruction a été menée par le Défenseur des droits auprès du Président de l'université Y, qui y a répondu par courrier du 23 novembre 2016. Le 14 février 2017, un courrier récapitulatif a été adressé par le Défenseur des droits au Président de l'université, qui y a répondu par courrier du 27 avril 2017.

▪ **Analyse juridique :**

- Cadre juridique :

S'il est vrai, comme le rappelle le Président de l'université au Défenseur des droits, que le jury est souverain dans ses appréciations sur les mérites des candidats, il n'en demeure pas moins qu'un tel pouvoir ne saurait conduire le jury à se fonder sur des appréciations discriminatoires pour départager les candidats (CE, 10 avril 2009, n°311888).

Par ailleurs, il convient de rappeler que l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 prévoit, que « *tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans aucune distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

En outre, le principe de non-discrimination fondé sur l'âge constitue un principe général du droit communautaire (CJCE, affaire C-144/04, du 22 novembre 2005, *Mangold*), qui déploie son plein effet en droit interne.

Aussi, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, prohibe en son article 21, les discriminations fondées sur l'âge, tout comme la Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dite directive « emploi », transposée en droit interne, notamment, par 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.

Ainsi, l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, également applicable à l'emploi public, prévoit que : « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur (...) l'âge (...) est interdite en matière d'accès à l'emploi (...). / Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

Dans le même sens l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose qu' : « *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur âge (...)* ». Ce même article prévoyant que : « *(...) des conditions d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour le recrutement des fonctionnaires dans les corps, cadres d'emplois ou emplois conduisant à des emplois classés dans la catégorie active au sens de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, d'autre part, pour la carrière des fonctionnaires lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer dans leur corps, cadre d'emplois ou emploi. (...)* »

Aussi, en application de la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique, du 17 décembre 2013, les employeurs publics, représentant les trois fonctions publiques, se sont engagés à lutter contre toutes les formes de discriminations dans l'emploi public s'agissant, notamment, du recrutement.

En outre, il convient de rappeler qu'il suffit d'un motif discriminatoire, pour que l'ensemble de la décision litigieuse soit contaminée et cela sans égard au fait de savoir si d'autres motifs non discriminatoires ont également pu être pris en considération (CEDH, E.B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02)

Dans le même sens, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la discrimination est constituée, dès lors qu'il est établi que le critère discriminatoire a été un élément pris en compte, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision : il suffit que ce critère ait participé à la mesure d'exclusion (Cass. crim. 15 janvier 2008 n°07-82.380 ; Cass. crim. 14 juin 2000, n°99-81.108).

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a considéré, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, « *que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure (discriminatoire) de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348 ; CE, 7 juillet 2010, n° 322636 ; CE, 10 janvier 2011, n° 325268).

Un tel dispositif, proche de celui de l'aménagement de la charge de la preuve posé, notamment, à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la situation contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Il convient de souligner que dans le cadre des affaires dont il est saisi, le Défenseur des droits est conduit à appliquer le principe de l'aménagement de la charge de la preuve ainsi qu'à se prononcer au cas par cas sur le caractère discriminatoire ou non de la limite d'âge contestée.

Il est ainsi conduit à vérifier si les pratiques de l'employeur répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante qui serait proportionnée à un objectif légitime, a fortiori lorsqu'elles ne sont fondées sur aucun texte.

- Application en l'espèce :

En l'espèce, il convient, tout d'abord, de rappeler que l'administration souligne que *« l'université ne conteste pas que les rapporteurs, membres du comité de sélection, se sont intéressés à l'âge des candidats au poste. / Or, à la lecture des rapports sur la candidature de M. X, il est incontestable que les avis défavorables à son audition sont motivés par le manque d'expérience dans l'enseignement, remettant en cause l'adéquation de son profil avec le poste. / Seule l'étude des mérites professionnels, question centrale du recrutement comme le rappellent les rapporteurs (...), a justifié le refus d'auditionner le candidat et écarte l'existence d'un motif discriminatoire. (...) La discussion sur son âge n'a pas influencé le sens de la décision prise »*.

Ainsi, même s'il est vrai que d'autres motifs que l'âge ont également fondé le rejet de la candidature de M. X (son expérience et l'adéquation de son profil avec le poste), il ressort des éléments de l'enquête que le critère de l'âge a bien été pris en compte par le jury dans sa décision de ne pas l'auditionner, sans toutefois que cela soit prévu par les textes.

En effet, l'administration indique de manière contradictoire que *« l'université ne conteste pas que les rapporteurs, membres du comité de sélection, se sont intéressés à l'âge des candidats au poste »* tout en soulignant que *« la discussion sur son âge n'a pas influencé le sens de la décision prise »*.

En outre, il convient de relever, qu'en l'espèce, l'âge de l'ensemble des candidats a été pris en compte par le jury pour les départager. L'université reconnaît d'ailleurs elle-même dans ses écritures qu'*« à la lecture des rapports concernant les candidats auditionnés par le comité de sélection, force est de constater que l'âge de chacun d'eux est relevé »*.

C'est ainsi que, l'âge des 8 candidats sélectionnés pour les auditions, était compris entre 29 et 37 ans.

En ce qui concerne M. X, comme cela a été rappelé, les appréciations portées par les membres du jury chargé d'examiner la candidature de l'intéressé étaient notamment les suivantes :

- pour l'un d'eux : *« Je crains que le fort investissement demandé pour enseigner dans la formation pluridisciplinaire en Licence et l'énergie qu'il faudra déployer pour se concerter avec les collègues dans ce type d'enseignement soient trop lourds pour quelques-uns en fin de carrière (le candidat est âgé de 62 ans) »* ;

- pour l'autre, *« (...) l'argument de l'âge nous semble malheureusement ici un facteur d'opposition décisif au recrutement de ce candidat (...) »* ;

- le comité de sélection des candidats a, pour sa part, souligné que : *« en supposant que ce candidat soit parfaitement disposé à s'adapter aux modalités d'enseignement de la Sciences et Humanités, le temps que lui prendrait cette adaptation le conduirait au seuil de la retraite. / Pour ces raisons, le comité est défavorable à son audition »*.

Or, comme cela a été mentionné, la discrimination est constituée, dès lors qu'il est établi que le critère discriminatoire a été un élément pris en compte, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision : il suffit que ce critère ait participé à la mesure d'exclusion.

Il convient dès lors de vérifier si, pour les fonctions de maître de conférences n° 461 en histoire et philosophie de la physique et des mathématiques auprès de l'université Y, l'âge et plus précisément, le fait de ne pas être trop âgé constituait une exigence professionnelle essentielle et déterminante, les exceptions prévues par l'article 6 précité de la loi du 13 juillet 1983 n'étant en l'espèce pas applicables.

Dans une espèce similaire, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), à laquelle a succédé le Défenseur des droits, avait considéré que la condition d'âge, non prévue par les textes, sur laquelle s'était fondée le jury de sélection des candidats à un concours de directeur de recherches, était discriminatoire et que cette condition ne constituait pas une exigence essentielle et déterminante autorisée (délibération n° 2010-117 du 3 mai 2010). Elle avait en conséquence décidé de présenter des observations devant le Conseil d'État, qui avait considéré, en application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve : *« qu'à l'appui de ses allégations selon lesquelles elle a été victime d'une discrimination à raison de son âge (62 ans), Mme A produit quatre témoignages précis et concordants de membres de cette section, dont trois membres du jury d'admissibilité qui avait siégé le 7 avril 2008, faisant état de ce qu'un cadre supérieur de cet établissement public avait mentionné, à l'occasion d'une réunion de la section 36 tenue entre la délibération du jury d'admissibilité et celle du jury d'admission, une décision de la direction générale de l'établissement de ne pas promouvoir les personnes de plus de 58 ans dans ce grade et ayant indiqué qu'une modification du classement devrait intervenir concernant Mme A, en raison de son âge ; qu'en réponse au supplément d'instruction ordonné par le Conseil d'État, le (...) n'a produit aucun élément permettant d'établir que le jury d'admission n'aurait pas pris en compte une orientation donnée par la direction du (...) relative à l'âge des candidats et se serait seulement fondé sur les capacités, aptitudes et mérites respectifs des candidats ; que, dans ces conditions, la délibération attaquée ne peut qu'être regardée comme reposant sur des critères entachés de discrimination ; »* (CE, 7 juillet 2010, n° 322636).

En outre, l'enquête menée par le Défenseur des droits dans une autre affaire avait conduit à considérer que le réclamant, qui postulait sur un poste de professeur des universités, avait été victime d'une discrimination prohibée en raison de son âge (55 ans), sans justification objective suffisante qui aurait, par exemple, été tirée des mérites professionnels de l'agent ou d'un objectif qui aurait pu être considéré comme légitime car en lien avec un domaine scientifique particulier qu'aurait souhaité privilégier l'université (décision du Défenseur des droits n° MLD-2014-102 du 29 juillet 2014). Suite à l'intervention du Défenseur des droits, le réclamant avait d'ailleurs été nommé sur le poste souhaité.

En l'espèce, la condition d'âge qui a été retenue ne peut être regardée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, le critère de l'âge n'apparaissant pas, par exemple, comme permettant d'atteindre dans des meilleures conditions un projet scientifique particulier.

En outre, il n'appartenait pas au jury de sélection des candidats de s'appesantir sur des considérations RH tirées des années restantes à servir jusqu'à la retraite, alors au demeurant que l'intéressé avait un bon dossier, ce qui a d'ailleurs été souligné par les membres du jury de sélection des candidats.

Ainsi, il ressort du premier rapport du jury que M. X *« démontre une indéniable richesse culturelle et une volonté affichée de dépasser le cloisonnement disciplinaire. / Cette volonté est rendue évidente par les thèmes mêmes de ses recherches qui mêlent aujourd'hui physique classique, quantique et relativiste, logique, théorie de l'information, philosophie, histoire des sciences et de la philosophie, sciences cognitives et psychologie. Le tout sous-tendu par le projet fascinant et plus qu'ambitieux de donner : d'une part une nouvelle interprétation physico-logico-métaphysique à la flèche du temps ; d'autre part une*

modélisation de certains mécanismes de la conscience humaine en termes de concepts propres à la mécanique quantique (...). Ces travaux ont mené à une publication d'articles et d'ouvrages relativement foisonnante sur les 15 dernières années (publication de deux thèses...). / L'impressionnante connaissance des domaines abordés ainsi que les qualités de courage, de persévérance mais aussi de clarté d'esprit et de synthèse qu'ont requis ce travail de recherche sont soulignées par tous les membres du jury d'HDR. »

Dans l'autre rapport, il est rappelé que : « *Le candidat a un excellent dossier qui est parfaitement adapté au profil demandé. Pour la recherche, ses multi-formations en logique, philosophie, physique et ses deux thèses de doctorat + l'HDR lui donnent une grande ouverture et compétence sur les thèmes abordés par le laboratoire C. »*

Les deux rapports sont donc élogieux, même s'il est vrai qu'ils contiennent des réserves sur l'expérience de l'enseignement de l'intéressé alors, au demeurant, que ce dernier disposait d'une expérience de 30 ans en milieu universitaire.

Par conséquent, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent, qu'en application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve, M. X a été victime d'une discrimination en lien avec son âge en méconnaissance notamment de l'article 6 de la loi précitée du 13 juillet 1983 et de l'article 2 de la loi susvisée du 27 mai 2008 dans le refus qui lui a été opposé par l'université Y de l'auditionner dans le cadre de sa candidature en mars 2016 au poste de maître de conférences n° 461 en histoire et philosophie de la physique et des mathématiques.

Or, conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif tel une discrimination a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis (par exemple, Cass. Soc, 23 novembre 2005, n° 03-40 826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225) permettant de la replacer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le comportement dommageable n'était pas intervenu.

En l'espèce, outre un préjudice moral certain, le refus d'auditionner M. X dans le cadre de la procédure précitée a conduit à une perte de chance sérieuse pour lui d'être nommé sur le poste de maître de conférences n° 461 ce qui a porté atteinte au bon déroulement de sa carrière. Ses préjudices doivent dès lors être intégralement réparés.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits décide :

- de recommander au Président de l'université Y d'indemniser en numéraire ou par équivalent les préjudices matériels et moraux subis par M. X, après que ce dernier ait adressé une demande indemnitaire préalable à l'université ;

- de recommander au Président de l'université Y d'adresser une note de service aux membres des comités de sélection des candidats chargés de donner un avis sur les candidatures pour des postes notamment de maître de conférence au sein de l'université, en leur rappelant que « *tous les Citoyens étant égaux (face à la loi) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » (article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789) ;

- de transmettre sa décision à la Ministre compétente afin qu'elle en tire toutes les conséquences qui lui paraîtraient utiles pour éviter qu'à l'avenir la situation mise en exergue dans ce dossier, ne se reproduise au sein d'un établissement de l'enseignement supérieur.

Jacques TOUBON