

Paris, le 19 juin 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-118

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 directive n° 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 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ;

Vu la loi n° 75-3 du 3 janvier 1975 portant diverses améliorations et simplifications en matière de pensions ou allocations des conjoints survivants, des mères de famille et des personnes âgées ;

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° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature ;

Le Défenseur des droits a été saisi de plusieurs réclamations relatives aux limites d'âge existant pour l'ensemble des concours d'accès à l'École Nationale de la Magistrature judiciaire (ENM) ou pour une intégration directe dans la magistrature judiciaire sans concours ;

Après avoir consulté le collège compétent en matière de lutte contre les discriminations ;

Décide, en vue de régler les situations exposées dans la note ci-jointe, de recommander à la ministre compétente :

- d'engager des travaux en vue de la suppression des limites d'âge existant pour tous les concours d'accès à l'ENM et des autres limites d'âge concernant l'intégration directe sans concours ;

- demande à être tenu informé des mesures prises conformément à sa recommandation dans un délai de cinq mois.

Jacques TOUBON

<p align="center">Recommandation en application de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011</p>

▪ **Réclamations et procédure :**

Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de M. A relative à la limite d'âge prévue pour les candidats au 3^{ème} concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature (ENM). Il a également été saisi par Mme B qui se plaint de la limite d'âge fixée pour pouvoir se présenter au 2^{ème} concours d'accès à l'ENM. Un troisième réclamant, M. C, se plaint de toutes les limites d'âge existant pour l'accès à l'ensemble des concours de la magistrature judiciaire.

Ces réclamants estiment que ces limites d'âge sont discriminatoires.

Sont ainsi concernées les limites d'âge suivantes (posées par les articles 17, 21 et 32-1 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École Nationale de la Magistrature) :

- pour le 1^{er} concours (« concours étudiant ») : être âgé de 31 ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours ;
- pour le 2^{ème} concours (fonctionnaires, militaires et agents publics) : être âgé de 48 ans et 5 mois au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours ;
- pour le 3^{ème} concours (personnes issues du secteur privé) : être âgé de 40 ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours.

Il existe aussi des concours complémentaires d'accès à l'ENM pour lesquels il faut être âgé de 50 ans au moins (1^{er} grade) et de 35 ans au moins (2nd grade) au 1^{er} janvier de l'année du concours (article 21-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

Le statut de la magistrature permet également d'intégrer directement dans le corps judiciaire des personnes que leur expérience professionnelle qualifie particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires, sous réserve qu'ils remplissent notamment certaines limites d'âge :

-soit en tant qu'auditeur de justice : les candidats doivent alors être âgés de 31 ans au moins et de 40 ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours (article 33 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École Nationale de la Magistrature) ;

-soit directement au 2nd : les candidats doivent être âgés de 35 ans au moins au 1^{er} janvier de l'année du concours (article 22 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature). Pour l'accès au 1^{er} grade par cette voie, il n'y a pas de limite d'âge mais une condition de 15 ans au moins d'exercice professionnel qualifiant particulièrement le candidat pour exercer des fonctions judiciaires.

À l'exception du 1^{er} concours, toutes les voies d'accès à la magistrature judiciaire impliquent que les candidats satisfassent des conditions liées à l'acquisition d'années d'expérience professionnelle antérieures (allant de 4 à 15 ans selon les cas).

C'est dans ce cadre qu'une instruction a été menée par plusieurs courriers, dont l'un en date du 30 novembre 2017 portant note récapitulative, adressés par le Défenseur des droits au ministère compétent, qui y a répondu par courriers reçus les 15 mai 2014, 20 février 2015 et 11 juin 2019.

Les justifications apportées par le ministère sont les suivantes :

- le Conseil d'Etat a, par une ordonnance de référé du 31 mai 2013 (n°368919), considéré que les limites d'âge pour se présenter au concours d'accès à l'ENM s'imposent de manière impérative, et qu'il ne pouvait, en l'espèce, y être dérogé en raison de la situation de famille de la requérante ;

- les différentes limites d'âge relatives aux modalités d'accès à la magistrature judiciaire visent à orienter les candidats vers la filière de recrutement la mieux adaptée à leur expérience professionnelle. Ainsi, une personne désireuse d'exercer la profession de magistrat se verra proposer, selon son parcours et son âge, différentes voies de recrutement par l'intermédiaire du concours ou de l'intégration directe ;

- « *l'efficacité des modes de recrutement est étroitement liée à l'articulation entre les différentes limites d'âge qui permettent d'assurer un équilibre entre ces voies et éviter leur mise en concurrence* », et aussi faciliter « *une gestion prévisionnelle, destinée à apporter aux juridictions les moyens indispensables à leur fonctionnement, tout en enrichissant le corps judiciaire de la diversité des expériences antérieures des magistrats ainsi recrutés* ».

▪ **Discussion :**

1-Les dispositions applicables :

Les magistrats sont exclus du champ d'application de la loi la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires défini à l'article 2. Par conséquent, l'article 6 de ce texte, qui interdit les discriminations à l'encontre des fonctionnaires et agents publics, ne s'applique pas aux magistrats.

Toutefois, les magistrats judiciaires bénéficient de la protection découlant du principe constitutionnel d'égal accès aux fonctions et emplois publics posé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon lequel : « *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* ».

La directive n° 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 prohibe toute discrimination fondée sur l'âge en ce qui concerne notamment les conditions d'emploi et de travail dans le secteur public (articles 1, 2 et 3), dont fait partie le service public de la justice.

S'agissant de la possibilité d'invoquer une directive à l'encontre d'une loi organique, il convient de rappeler que, dans son arrêt 15 juillet 1964, Costa c. Enel (aff. 6-64), la CJCE a posé le principe de primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux, quelle que soit leur nature. La Cour a, en effet, décidé dans cette affaire : « *que le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* ».

Dans son arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft (aff.11-70), la CJCE a considéré que le droit né des traités communautaires ne pouvait se voir opposer par les cours nationales des règles de droit interne, quelle que soit leur nature.

Enfin, dans son arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal (aff. 106-77), la CJCE a jugé qu'il revient au juge national d'assurer le plein effet des règles de droit communautaire et elle a précisé que, dans l'hypothèse d'un conflit entre les droits communautaire et national, les juges internes devaient immédiatement appliquer le premier sans attendre que la loi nationale en cause ait été déclarée inapplicable par la cour interne compétente ou modifiée par le législateur national.

Par suite, en l'espèce, il convient de faire prévaloir les dispositions de la directive n° 2000/78 précitée sur la loi organique relative au statut des magistrats judiciaires.

L'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que le statut des magistrats de l'ordre judiciaire relève d'une loi organique. Ainsi, c'est l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature qui régit leur situation. La loi organique n'a pas été amendée par la transposition de la directive n° 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 et ne comporte aucune disposition tendant à assurer la protection des magistrats contre les discriminations.

En outre, s'agissant de l'invocabilité d'une directive à l'encontre de dispositions réglementaires, le Conseil d'Etat a rappelé dans son arrêt Perreux, d'Assemblée, du 30 octobre 2009 (n° 298348), qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives.

En l'espèce, comme cela a été rappelé, les limites d'âges contestées résultent de dispositions réglementaires (décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature) et de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Or de tel textes ne doivent pas méconnaître le principe de non-discrimination à raison de l'âge tel qu'il est posé notamment par la directive n° 2000-78.

2-La portée du principe de non-discrimination en raison de l'âge :

Le principe de non-discrimination à raison de l'âge constitue un principe général du droit de l'Union européenne (CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C-144/04 et CJCE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci, aff. C-555/07).

Toutefois, il peut être dérogé à ce principe sous certaines conditions.

L'article 6§1 de la directive prévoit que, pour être considérée comme non-discriminatoire, la limite d'âge doit être objectivement et raisonnablement justifiées, poursuivre un objectif légitime lié notamment à la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite et être appropriée et nécessaire pour atteindre cet objectif.

L'adoption de la directive n° 2000/78/CE a conduit à un mouvement général de suppression des limites d'âge dans l'accès à l'emploi public.

La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations est venue modifier l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui prohibe depuis cette date les distinctions fondées sur l'âge, sauf à ce que ces dernières « visent à permettre le déroulement de leur carrière (...) ou 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. »

Poursuivant cette orientation, l'article 27 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, qui n'est pas applicable aux magistrats judiciaires, a supprimé le cinquième alinéa de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 permettant le maintien de certaines limites d'âge dans la fonction publique. En conséquence, les limites d'âge fixées par les statuts particuliers pour l'accès à la fonction publique française ont été supprimées, par exemple, pour l'accès à l'École Nationale d'Administration (ENA) qui permet aux candidats d'intégrer les grands corps de l'État.

Le contrôle exercé par le juge sur les exceptions au principe de non-discrimination en lien avec l'âge est très poussé. C'est ainsi que la Cour de Justice de l'Union Européenne considère qu'une disposition du droit de l'Union Européenne qui permet aux États membres de prévoir une exception au principe de non-discrimination fondé sur l'âge doit faire l'objet d'une interprétation restrictive (CJUE, 26 septembre 2013, Dansk Jurist, C-546/11, § 41).

Le Conseil d'Etat a jugé, quant à lui, que l'âge minimal de 35 ans pour le recrutement de professeurs contractuels était contraire à la directive 2000/78 précitée, après avoir relevé que l'administration n'apportait aucun élément permettant de justifier des dérogations au principe de non-discrimination (CE, 8 décembre 2010, n° 326742).

Par ailleurs, dans une autre affaire, le Conseil d'Etat a considéré que le décret régissant le second concours d'agrégation de droit public qui prévoyait que les candidats devaient être âgés d'au moins 40 ans au 1^{er} janvier de l'année d'ouverture du concours, instaurait une discrimination directe fondée sur l'âge dès lors que cette limite ne constituait pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante (CE, 26 janvier 2015, n° 373746) en retenant que *« si le ministre chargé de l'enseignement supérieur fait valoir que cette discrimination se justifie par la nécessité de limiter le nombre de candidats au second concours afin de préserver les perspectives de promotion des maîtres de conférence les plus âgés, il ne ressort pas des pièces du dossier que, eu égard aux conditions de titre et d'ancienneté déjà exigées (...) pour pouvoir postuler au second concours d'agrégation, l'admission à concourir des candidats répondant à ces conditions mais n'ayant pas atteint l'âge de quarante ans serait, en raison du nombre ou du profil de ces candidats, de nature à empêcher la promotion des maîtres de conférence plus âgés »*.

3-Des limites d'âge pour l'accès à l'ENM discriminatoires :

En l'espèce, les limites d'âge contestées pour les concours d'accès à l'ENM sont fixées par le décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature (articles 17, 21, 32-1 et 33). S'agissant de l'intégration directe sans concours et du concours complémentaire, elles sont prévues par l'ordonnance du 22 décembre 1958 (articles 21-1 et 22).

Comme il a été dit, le ministère justifie le maintien des limites d'âge contestées par les objectifs :

- d'assurer une harmonie d'ensemble entre les différents modes de recrutements des magistrats judiciaires ;
- d'assurer l'efficacité entre les différents modes de recrutements et un équilibre entre ces voies et éviter leur mise en concurrence ;

- d'orienter les candidats vers la filière de recrutement la mieux adaptée à l'expérience professionnelle des candidats ;

- et de faciliter une gestion prévisionnelle, destinée à apporter aux juridictions les moyens indispensables à leur fonctionnement, tout en enrichissant le corps judiciaire de la diversité des expériences antérieures des magistrats recrutés.

Le Conseil d'Etat a considéré que le bon déroulement de la carrière constituait un objectif légitime (CE, 11 avril 2019, n° 417531). Dans cette affaire, le réclamant demandait l'annulation du décret du Président de la République du 17 juillet 2017 nommant deux maître des requêtes au Conseil d'Etat et rejetant sa candidature, ce qu'il considérait comme discriminatoire en raison de l'âge, dans la mesure où, dans un courrier de février 2017, adressé par la Secrétaire générale du Conseil d'Etat à l'ensemble des premiers conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, il était indiqué que parmi les critères susceptibles d'être pris en compte pour les nominations envisagées figurait « *un âge permettant au candidat un déroulement de carrière satisfaisant au Conseil d'Etat* ».

Le Conseil d'Etat a, toutefois, considéré que ni l'alinéa 2 de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983, ni le principe de non-discrimination résultant de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *ne font obstacle à ce que, pour apprécier la qualité des candidats au grade de maître des requêtes, notamment au regard de l'objectif d'un déroulement de carrière suffisamment long au Conseil d'Etat aux grades successifs de maître des requêtes et de conseiller d'état, l'âge soit susceptible d'être pris en compte* ».

En l'espèce, les objectifs invoqués par le ministère peuvent être regardés comme légitimes au sens des dispositions précitées dans la mesure, notamment, où la recherche de cohérence et d'harmonie entre les différents modes de recrutements ne peut qu'être saluée.

Toutefois, le ministère n'apporte pas de justification sur le caractère proportionné des limites d'âge par rapport aux objectifs poursuivis pour chacun des concours. Ainsi, il n'est pas établi que les limites d'âge contestées soient absolument nécessaires et appropriées pour atteindre les objectifs précités.

Par ailleurs, le ministère, qui n'a produit que des justifications très générales et dénuées de précision, ne fournit aucun élément de nature à expliquer la nécessité des limites d'âge pour garantir la cohérence et l'efficacité du système ou à la gestion prévisionnelle des agents recrutés, pas plus qu'il n'indique qu'il s'agit d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes

Par conséquent, compte tenu notamment de l'existence, sauf pour le premier concours, de conditions liées aux années d'expériences professionnelles requises, de l'absence de précisions dans les justifications transmises par le ministère, du fait que toute exception au principe de non-discrimination à raison de l'âge doit faire l'objet d'une interprétation stricte et de ce que le législateur tend à supprimer progressivement toutes les limites d'âge pour l'accès aux emplois publics en France, celles fixées pour l'accès à la magistrature judiciaire n'apparaissent pas nécessaires et appropriées pour atteindre les objectifs invoqués par le ministère.

Il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent qu'en l'absence de justifications suffisantes émanant du ministère et en application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve, le Défenseur des droits considère que les limites d'âge existant pour l'ensemble des concours d'accès à l'ENM ou pour une intégration directe dans la magistrature judiciaire sans concours sont discriminatoires.

C'est pourquoi il recommande à la ministre compétente, d'engager des travaux en vue de la suppression des limites d'âge existant pour tous les concours d'accès à l'ENM et des autres limites d'âge concernant l'intégration directe sans concours dans la magistrature judiciaire, et demande à être tenu informé des mesures prises suite à sa recommandation dans un délai de cinq mois.

Jacques TOUBON