

## Délibération n°2010-130 du 31 mai 2010

### **Délibération relative au refus opposé à un fonctionnaire pour accéder à une promotion au motif qu'il ne remplit la condition d'âge minimum fixée par les textes statutaires**

#### **Age - Emploi secteur public – Promotion-**

*Le réclamant, fonctionnaire territorial, s'est vu refuser l'accès à une promotion au motif qu'il ne remplit pas la condition d'âge fixée à 40 ans par l'article 5 du décret n°95-33 du 10 janvier 1995 portant statut particulier du cadre d'emplois des assistants territoriaux de conservation du patrimoine et des bibliothèques. Le Collège recommande la modification de ces dispositions afin qu'elles soient exemptes de tout caractère discriminatoire.*

Le Collège :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 et notamment son préambule ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et notamment son article 6;

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

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

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° 95-33 du 10 janvier 1995 portant statut particulier du cadre d'emplois des assistants territoriaux de conservation du patrimoine et des bibliothèques;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition de la Présidente,

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 16 avril 2009 par Mme P, députée du Rhône, d'une réclamation concernant la situation de M. Ali Said S, agent territorial du patrimoine, dont la demande d'accès à une promotion a été rejetée par la ville de Villeurbanne le 9 octobre 2009 au motif qu'il ne remplit pas la condition d'âge prévue par l'article 5 du décret n°95-33 du 10 janvier 1995 portant statut particulier du cadre d'emploi des assistants territoriaux de conservation du patrimoine et des bibliothèques.

L'article 5 du décret 95-33 du 10 janvier 1995 prévoit qu'il faut être âgé d'au moins 40 ans pour accéder au grade d'assistant territorial et avoir effectué 10 ans de services effectifs dans un emploi d'une collectivité territoriale.

M. S était âgé de 36 ans à la date de sa demande et justifiait de 16 ans de services effectifs au sein de la fonction publique territoriale.

Le réclamant fait valoir que les dispositions de l'article 5 du décret 95-33 du 10 janvier 1995 sont discriminatoires, dès lors qu'elles prévoient une condition d'âge minimum fixé à 40 ans, pour qu'un agent territorial du patrimoine puisse être inscrit sur les listes d'aptitude et ainsi bénéficier d'un avancement.

Par courriers du 4 novembre 2009, la haute autorité a demandé à la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), ainsi qu'au maire de la ville de VILLEURBANNE de présenter leurs observations quand au caractère discriminatoire de l'article 5 du décret précité.

Malgré une relance adressée en février 2010, la DGAFP n'a pas répondu à la haute autorité.

Par courrier du 24 novembre 2009, le maire de Villeurbanne a indiqué à la haute autorité qu' *« en l'état actuel de la réglementation, le non respect de ce texte, et des conditions posées en terme d'âge, aboutirait à rendre illégal l'acte de promotion qui n'en tiendrait pas compte, et ceci, alors même que l'exigence professionnelle liée à ce nouveau cadre d'emploi ne justifie pas de la prise en compte de ce critère. Nous n'avons donc pas d'autre choix que d'appliquer ce critère »* Le maire précise que, sensibilisé au principe de non discrimination, il souhaiterait *« une évolution de ces dispositions statutaires sur ce point et une mise en conformité du texte au regard de la loi du 27 mai 2008 »*.

L'article 5 du décret n° 95-33 du 10 janvier 1995 portant statut particulier du cadre d'emplois des assistants territoriaux de conservation du patrimoine et des bibliothèques prévoit que : *« Peuvent être inscrits sur la liste d'aptitude prévue au 2° de l'article 3 ci-dessus, correspondant à la spécialité dans laquelle ils ont fait acte de candidature, les fonctionnaires territoriaux qui, **âgés de quarante ans au moins**, justifient de dix ans de services effectifs en position d'activité ou de détachement dans un emploi d'une collectivité territoriale, dont cinq au moins en qualité de fonctionnaire territorial d'un cadre d'emplois à caractère culturel ou d'un emploi de catégorie C de même nature. »*

Selon l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dite loi « Le Pors », *« Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs (...) âge »*.

Toutefois, ce principe connaît des exceptions qui sont prévues à l'alinéa 3 de ce même article en ce qui concerne 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.

De même, *« des conditions d'âge peuvent être fixées, (...) 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'emploi ou emploi. »*

En outre, ces dispositions sont confortées par 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, applicable aux fonctionnaires, qui prévoit que : « 2° *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur (...) l'âge, (...) est interdite en matière (...) d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail (...). 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.* »

Le Collège de la haute autorité a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le caractère discriminatoire du critère de l'âge en matière de promotion au sein de la fonction publique. En effet, par plusieurs délibérations, notamment n° 2009-32, n° 2008-285 et n° 2008-226, le Collège a recommandé de supprimer cette condition d'âge lorsqu'elle n'est pas justifiée.

En l'espèce, il apparaît que le refus opposé à la candidature de Monsieur S présente un caractère discriminatoire en ce que cette décision est elle-même fondée sur des dispositions illégales.

En premier lieu, le cadre d'emploi des assistants territoriaux de conservation du patrimoine et des bibliothèques ne constitue pas un emploi classé dans la catégorie active au sens de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite et n'entre pas dans les exceptions prévues à l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983.

En second lieu, le critère de l'âge fixé par les dispositions de l'article 5 du décret n°95-33 du 10 janvier 1995 est sans lien avec les exigences professionnelles requises pour exercer les fonctions d'assistant territorial de conservation du patrimoine et des bibliothèques.

En effet, le statut des assistants territoriaux de conservation du patrimoine et des bibliothèques définit par le décret n° 95-33 du 10 janvier 1995 prévoit en son article 2, que « *Les membres du cadre d'emplois sont affectés, en fonction de leur formation, dans un service ou établissement correspondant à l'une des spécialités suivantes de la conservation : 1. Musée ; 2. Bibliothèque ; 3. Archives ; 4. Documentation. Les assistants de conservation assurent les travaux courants dans les établissements ou services où ils sont affectés. Ils sont également chargés du contrôle de la bonne exécution des travaux confiés aux fonctionnaires appartenant aux cadres d'emplois de catégorie C ainsi que de leur encadrement. Lorsqu'ils sont affectés dans les bibliothèques, ils sont chargés de la promotion de la lecture publique. Dans chacune de leur spécialité, ils contribuent au développement d'actions culturelles et éducatives.* »

Ainsi, tant les dispositions statutaires que les observations du maire dans son courrier du 24 novembre 2009, montrent qu'il n'existe aucune exigence professionnelle liée à ce cadre d'emploi qui justifierait la prise en compte de ce critère.

La Direction générale de la fonction publique, quand à elle, ne produit aucun élément pour justifier le maintien d'une condition d'âge.

Par suite, la condition d'âge de 40 ans pour accéder au grade d'assistant territorial de conservation du patrimoine et des bibliothèques (catégorie B), n'apparaît pas poursuivre un but légitime et proportionné et présente, de ce fait, un caractère discriminatoire.

En outre, on constate que les dispositions attaquées du décret de 1995 sont antérieures à la loi LE PORS, suite à sa modification de 2005, qui a supprimé les conditions d'âge pour accéder à la fonction publique. En l'absence d'un toilettage des textes statutaires au regard du principe de non discrimination, il appartient aux employeurs publics, et notamment comme en l'espèce, aux collectivités territoriales, de veiller à ne pas opposer une condition d'âge aux candidats à un avancement, alors que cette condition d'âge ne trouve plus à s'appliquer.

Le Collège :

Recommande au Ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique de modifier, dans un délai de 3 mois, les dispositions de l'article 5 du décret n° 95-33 du 10 janvier 1995 afin qu'elles soient exemptes de tout caractère discriminatoire, et dans l'attente de cette modification que la condition d'âge ne soit pas opposée aux candidats à une promotion.

Demande de transmettre la présente délibération au Premier ministre.

*La Présidente*

*Jeannette BOUGRAB*