

La haute autorité a été saisie par un ouvrier des parcs et ateliers, qui n'a pu être nommé dans le grade supérieur en raison de son âge, malgré sa réussite au concours. La haute autorité estime que la limite d'âge maximale de 38 ans, posée par l'article 3 du décret n° 65-382 du 21 mai 1965 à laquelle sont soumis les candidats aux concours externes d'ouvriers des parcs et ateliers, est discriminatoire au regard de la directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000. Un processus de refonte du statut des ouvriers des parcs et ateliers est en cours. En conséquence, le Collège de la haute autorité recommande notamment au Ministre de l'écologie de s'assurer que les nouveaux ouvriers recrutés ne se voient plus opposer une limite d'âge maximale de 38 ans. En outre, si le décret du 21 mai 1965 était maintenu en vigueur concernant les personnels mis à disposition, la limite d'âge contenue dans son article 3 devrait être abrogée. Il recommande également d'abroger toutes les autres dispositions discriminatoires de ce décret. Il recommande enfin au Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, et au Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, de procéder à la transposition de la Directive 2000/78, en étendant aux agents publics à statut autonome, et notamment aux ouvriers des parcs et ateliers, les dispositifs protecteurs existants issus notamment des articles 6 et suivants de la loi n° 83-634 et de la loi du 27 mai 2008.

Le Collège :

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 la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment son article 11 ;

Vu le décret n° 65-382 du 21 mai 1965 relatif aux ouvriers des parcs et ateliers des ponts et chaussées et des bases aériennes admis au bénéfice de la loi du 21 mars 1928 ;

Vu le décret n° 67-711 du 18 août 1967 fixant les conditions d'application du régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat ;

Vu le décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 relatif au régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat ;

Vu le décret n° 2004-1057 du 5 octobre 2004 relatif à la limite d'âge du personnel relevant du régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment l'article 9 ;

Vu la délibération n° 2007-250 du 1^{er} octobre 2007.

Sur proposition du Président,

Décide :

Par un courrier en date du 12 décembre 2007, la haute autorité a été saisie d'une réclamation de M. X, relative à une décision du 27 février 2007 du Directeur départemental de l'équipement de Y, qu'il considère discriminatoire à raison de son âge.

Le réclamant s'est présenté au concours externe de recrutement d'un ouvrier des parcs et ateliers (OPA), contremaître A (filière atelier), ouvert au titre de l'année 2006. M. X, qui était déjà OPA, ne remplissait pas les conditions pour se présenter au concours de promotion interne ouvert pour pourvoir ce poste (il ne relevait pas du niveau d'emploi requis).

Après avoir été admis sur la liste principale, l'intéressé a été nommé par une décision du 30 novembre 2006 (à compter du 1^{er} décembre 2006). Toutefois, le Directeur départemental de l'équipement de Y a procédé au retrait de cette nomination par la décision contestée du 27 février 2007, au motif que M. X ne remplissait pas les conditions statutaires, notamment d'âge, pour être nommé à un tel poste. Le réclamant, qui avait 47 ans à la date de sa candidature, était trop âgé.

M. X a donc été reclassé dans son précédent grade, compagnon, filière atelier.

En mai 2007, le réclamant a contesté la décision du 27 février 2007 portant retrait de cette nomination devant le tribunal administratif de Z. Il a également sollicité la réparation des préjudices subis, résultant de cette décision.

Une enquête a été menée par la haute autorité auprès du Directeur départemental de l'équipement et du Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire.

La limite d'âge litigieuse est posée par l'article 3 du décret n° 65-382 du 21 mai 1965 relatif aux ouvriers des parcs et ateliers des ponts et chaussées et des bases aériennes, qui dispose que : *« Ne peuvent être recrutés comme ouvriers des parcs et ateliers des ponts et chaussées et des bases aériennes que des candidats nés français ou naturalisés français, titulaires du certificat d'aptitude professionnelle, âgés de dix-huit ans au moins et de trente-huit ans au plus, cette dernière limite d'âge pouvant être majorée d'un temps égal à celui des services militaires et de guerre accomplis par les intéressés. »*

Dans son courrier du 8 octobre 2008, le Directeur départemental a indiqué que la limite d'âge maximale de 38 ans, pour l'accès au corps des ouvriers des parcs et ateliers de l'Etat, est toujours en vigueur en ce qui concerne les seuls candidats aux concours externe d'accès à ce corps et n'est pas maintenue pour les concours internes et professionnels.

Toutefois, l'avis de concours externe de 2006 concernant le poste d'ouvrier des parcs et ateliers, niveau contremaître A, filière atelier (auquel a postulé le réclamant), ne mentionnait aucune condition relative à l'âge des candidats. Bien au contraire, cet avis précisait que : *« Les conditions d'âge pour l'accès aux concours de la fonction publique sont supprimées conformément à l'ordonnance 2005-901 du 02/08/2005. »*

Or, l'administration reconnaît les faits mais indique à la haute autorité, que : *« la circonstance que l'avis du concours auquel M. X s'est présenté précisait que « les conditions d'âge pour l'accès aux concours de la fonction publique sont supprimées conformément à l'ordonnance n°2005-901 du 2 août 2005 », si elle était de nature à laisser penser que cette ordonnance*

s'appliquait aux OPA, ne pouvait dispenser l'administration d'appliquer les règles propres à ces emplois. ».

Malgré ces mentions contenues dans l'avis de concours de 2006, l'administration soutient qu'une condition d'âge a été opposée, à juste titre à M. X.

Agents de droit public non titulaires de l'Etat (Tribunal des conflits, 27 mars 1957, Etat c/ Cagliardi), les OPA bénéficient d'un « *quasi-statut* » résultant de trois décrets : le décret du 21 mai 1965 qui régit leurs conditions d'emploi et leur carrière ; le décret du 24 février 1972 relatif aux congés de maladie, de maternité et d'accidents du travail ; et le décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 relatif au régime de pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat qui prévoit l'affiliation des OPA à un régime spécial de retraite, plus avantageux que celui des fonctionnaires.

S'agissant du droit des discriminations, 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, applicable au secteur public, prohibe les discriminations fondées sur l'âge en ce qui concerne les conditions d'accès à l'emploi (articles 1 et 3). Le principe de non-discrimination à raison de l'âge constitue d'ailleurs un principe général du droit communautaire (CJCE, 22 novembre 2005, C-144/04, MANGOLD).

La limite d'âge contestée doit donc être examinée au regard des dispositions de cette directive, dès lors que, ni la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ni 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, ne s'appliquent aux ouvriers des parcs et ateliers de l'Etat.

Ainsi, il convient de rappeler, que conformément à l'article 6 de la directive 2000/78, toute différence de traitement, même législative, se doit de poursuivre un objectif légitime et être appropriée et nécessaire pour l'atteindre, afin d'être considérée comme non discriminatoire.

L'article 6, 1) de la Directive 2000/78 prévoit que ces différences de traitement peuvent notamment comprendre : « *c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur (...) la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. »*

Dans un premier temps, le Directeur départemental a indiqué à la haute autorité que la condition d'âge contestée est maintenue en ce qui concerne les seuls candidats aux concours externes d'accès au corps des OPA (courrier du 8 octobre 2008). Cette limite d'âge ne s'applique pas aux candidats aux concours internes et professionnels d'accès à ce corps, dans la mesure où cela constituerait un frein à la promotion des agents membres de ce corps et que l'article 3 du décret du 21 mai 1965 ne vise que le recrutement et non la promotion.

Cependant, dans ce courrier il n'est notamment pas précisé en quoi la limite d'âge contestée serait justifiée en ce qui concerne les candidats aux concours externes. Dès lors, les conséquences de cette seule distinction (entre concours externe et interne) ne répondent pas aux exigences relatives au caractère approprié et nécessaire résultant notamment de la directive n° 2000/78/CE.

Dans un second temps, les administrations mises en cause ont indiqué que la limite d'âge contestée répond à l'objectif légitime tiré de la « *nécessité d'une période d'emploi*

raisonnable avant la retraite » (art 6 1. c) de la directive 2000/78) (courriers des 25 et 26 novembre 2008). Il est également fait référence à l'article 4 de cette directive relatif aux différences de traitement justifiées par une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

L'administration indique qu'il s'agit « *de permettre aux agents d'avoir un déroulement de carrière suffisant* », et « *d'assurer un équilibre de la pyramide d'âge des agents pour répondre notamment aux contraintes particulières liées à l'existence de travaux pénibles* », « *il s'agit de tenir compte de la spécificité des tâches de cette catégorie de personnel* ». Elle explique que les OPA « *sont susceptibles d'être admis à la retraite plus tôt que les agents d'autres corps, ce qui réduit d'autant les possibilités de déroulement de carrière* ».

Il s'agirait donc, d'une part, de permettre aux OPA de compter un temps de service suffisant pour bénéficier d'une retraite, et, d'autre part, de leur assurer un déroulement de carrière aussi favorable que possible compte tenu des exigences professionnelles.

Si des objectifs légitimes paraissent ainsi être mis en avant, le caractère approprié et nécessaire de la limite d'âge de 38 ans, n'apparaît pas justifié.

Les OPA n'acquièrent de droit à pension que s'ils justifient de 15 années de services civils et militaires effectifs. L'article 3-1° du décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 indique que le droit à pension des agents (dont OPA) « *est acquis (...) après quinze années accomplies de services civils et militaires effectifs* ».

Leur pension est liquidée à 60 ans, ou à 55 ans si l'agent a accompli quinze ans de service dans les cas de pénibilité du travail (il s'agit d'emplois comportant des risques particuliers d'insalubrité) (article 22 du décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004). La liste des emplois comportant de tels risques figure dans l'annexe au décret n°67-711 du 18 août 1967 fixant les conditions d'application du régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat.

Toutefois, il convient de mentionner que si l'ouverture des droits à la retraite est fixée à 60 et 55 ans, il n'en demeure pas moins que les limites d'âge au-delà desquelles les OPA sont radiés des cadres, sont de 65 ans, ou de 60 ans pour les ouvriers ayant effectivement accompli 15 ans de services dans des emplois comportant des risques particuliers d'insalubrité (article 1 du décret n°2004-1057 du 5 octobre 2004 relatif à la limite d'âge du personnel relevant du régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'Etat). Autrement dit, s'ils le souhaitent ces agents peuvent prolonger leur activité jusqu'à 60 ou 65 ans, âge auquel leur pension sera liquidée d'office.

Si l'administration insiste sur la possibilité de liquider la pension à 55 ans, il convient de rappeler qu'il n'y a que la moitié environ des OPA qui effectuent des travaux pénibles (rapport n° 188 (2008-2009) de M. Jean-Pierre VIAL, fait au nom de la commission des lois du Sénat).

Ainsi, pour les OPA qui n'effectuent pas de travaux pénibles, si la limite d'âge querellée était justifiée par la nécessité de sauvegarder leurs droits à pension, elle devrait au moins correspondre à la différence entre la durée minimum de cotisation, 15 années, et l'âge maximum fixé pour le départ à la retraite, 65 ans, et devrait ainsi être établie à l'âge de 50 ans.

S'agissant des OPA qui effectuent des travaux pénibles, si la limite d'âge querellée était également justifiée par la nécessité de sauvegarder leurs droits à pension, elle devrait correspondre à la différence entre la durée minimum de cotisation, 15 années, et l'âge maximum fixé pour le départ à la retraite, 60 ans, et devrait ainsi être établie à l'âge de 45 ans.

En outre, et s'agissant du cas particulier de M. X, il ne ressort pas des pièces du dossier que ce dernier ait occupé un emploi comportant des risques particuliers d'insalubrité justifiant l'ouverture des droits à pension à 55 ans. Cet élément n'est d'ailleurs ni allégué, ni établi, par les administrations mises en cause.

Ensuite, on peut préciser que les OPA ayant exercé moins de 15 ans en cette qualité, peuvent relever du régime général de la Sécurité sociale (CNAV) pour leur retraite de base. Ainsi, pouvant bénéficier d'une retraite au titre du régime général, la limite d'âge qui leur est opposée paraît d'autant moins justifiée.

Il résulte ainsi de tout ce qui précède qu'à défaut d'être raisonnable et proportionnée, la limite d'âge de trente-huit ans posée par l'article 3 du décret n° 65-382 du 21 mai 1965 pour le recrutement des ouvriers des parcs et ateliers des ponts et chaussées et des bases aériennes, constitue une discrimination prohibée notamment au regard de la directive 2000/78.

Ainsi, la décision retirant la nomination de M. X dans le grade supérieur du 27 février 2007 est discriminatoire.

D'ailleurs, il doit être rappelé que le Collège de la haute autorité a déjà eu à se prononcer sur un cas similaire où la même limite d'âge maximale applicable aux OPA était critiquée. Il a ainsi adopté la délibération n° 2007-250 du 1^{er} octobre 2007, dans laquelle il a conclu à son caractère discriminatoire.

En outre, la haute autorité relève que dans son courrier du 26 novembre 2008, le secrétariat général du ministère de l'écologie a précisé qu'il demanderait à ses services : « *d'engager une réflexion sur les conditions dans lesquelles cette limite d'âge pourrait être à l'avenir supprimée ou assouplie sans inconvénient excessif ni pour les besoins du service, ni pour les agents concernés compte tenu de la nécessité de garantir l'existence d'une période d'emploi suffisante avant l'âge de départ à la retraite. Cette réflexion pourra le cas échéant trouver sa traduction dans les textes à l'occasion de la refonte du statut des OPA qui doit être conduite dans le cadre du transfert des parcs de l'équipement aux collectivités territoriales (projet de loi délibéré en Conseil des ministres le 7 octobre 2008)* ».

C'est ainsi que le 7 octobre 2008, M. Jean-Louis BORLOO, Ministre de l'écologie a présenté au conseil des ministres un projet de loi relatif au transfert aux départements des parcs de l'équipement et à l'évolution de la situation des OPA.

Dans sa dernière version, à la date de l'adoption de la présente délibération, le projet prévoit que c'est le dispositif de droit commun en matière de transferts de service qui a été retenu : il s'agit de la mise à disposition de plein droit, sans limitation de durée, des OPA transférés auprès des départements, assortie d'une faculté d'intégration dans la fonction publique territoriale (s'ils en font la demande). Ils sont alors intégrés dans un cadre d'emplois existant de la fonction publique territoriale (articles 10 et 11 du projet). Un décret en Conseil d'Etat devra fixer les conditions d'intégration dans la fonction publique territoriale.

Après le transfert des OPA des parcs aux départements, il serait envisagé que les nouveaux recrutements s'effectuent sur la base des dispositions statutaires régissant les fonctionnaires territoriaux.

Ainsi, les OPA qui choisissent l'intégration dans un cadre d'emplois de la fonction publique territoriale, ou les ouvriers recrutés après les transferts des parcs, bénéficieraient des dispositions statutaires régissant les fonctionnaires territoriaux et donc de toutes les garanties qui leurs sont applicables, notamment en matière de protection contre les discriminations (par exemple : articles 6 et suivants de la loi n° 83-634).

Dès lors, conformément à l'article 11 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, le Collège de la haute autorité recommande, au Ministre de l'écologie de s'assurer que les nouveaux ouvriers recrutés ne se voient plus opposer une limite d'âge maximale de 38 ans.

En outre, si le décret du 21 mai 1965 était maintenu en vigueur concernant les personnels mis à disposition, la limite d'âge contenue dans son article 3 devrait être abrogée. Le Collège recommande également d'abroger toutes les autres dispositions discriminatoires de ce décret et en particulier la condition de nationalité contenue dans son article 3 alors qu'il ne s'agit pas d'emplois conduisant à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Il recommande aussi au Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, et au Ministre d'Etat, Ministre l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, de procéder à la transposition de la Directive 2000/78, en étendant aux agents publics à statut autonome, et notamment aux OPA, les dispositifs protecteurs existants issus notamment des articles 6 et suivants de la loi n° 83-634 et de la loi du 27 mai 2008.

La haute autorité devra être informée des mesures prises conformément à ses recommandations, et donc notamment de l'évolution du processus législatif, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente délibération.

Le Président

Louis SCHWEITZER