

*La haute autorité a été saisie du rejet opposé à Mme X, concernant sa candidature pour un poste d'officier spécialisé sous contrat, branche Etat-major, en qualité de directrice adjointe des cours et de l'hébergement au sein de la marine nationale, fondé principalement sur son âge. La haute autorité estime que la limite d'âge maximale de 30 ans à laquelle sont soumis les candidats à ce poste, est discriminatoire au regard de la directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 et que la réclamante doit être regardée comme ayant fait l'objet d'une discrimination à raison de ce critère. En conséquence, le collège de la haute autorité recommande la modification des dispositions qui établissent cette limite d'âge. Il recommande également la modification de l'ensemble des limites d'âges qui se révéleraient contraires à la directive 2000/78. En l'absence de telles modifications, le Collège recommande l'adoption d'une dérogation à la directive 2000/78, conformément à son considérant 19 et son article 3§4, qui serait expressément prévue par la loi, dont le champ d'application serait clairement défini et dont la Commission européenne serait tenue informée.*

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, notamment ses articles 1 et 3 ;

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, notamment son article 11 ;

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

Vu la délibération n° 2007-155 du 18 juin 2007 ;  
Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par courrier du 5 février 2008 d'une réclamation de Mme X relative au rejet de sa candidature, pour un poste d'officier spécialisé sous contrat, branche Etat-major, en qualité de directrice adjointe des cours et de l'hébergement au sein de la marine nationale. Il s'agissait d'un contrat à durée déterminée de trois ans.

La réclamante allègue avoir été victime d'une discrimination à raison de l'âge. Elle avait 50 ans à la date de sa candidature.

Par une lettre du 28 janvier 2008, le chef de la section Y du ministère de la défense, a rejeté la candidature de l'intéressée au motif que le poste n'était ouvert « (...) qu'aux personnes âgées de moins de 30 ans à la date du dépôt du dossier de candidature et titulaires d'un diplôme de niveau BAC+4 (acquis). (...) ».

La haute autorité a mené une instruction auprès du ministère de la défense.

Pour justifier la limite d'âge contestée, ce ministère a indiqué, par un courrier du 28 avril 2008, qu'elle tend : « (...) à assurer aux officiers concernés un avancement dans le corps, lequel repose sur un principe de limites d'âge minimale et maximale pour l'accession au grade supérieur », et qu'« en outre, les sujétions inhérentes à l'état militaire (disponibilité et mobilité), quel que soit l'emploi occupé, imposent de maintenir une moyenne d'âge jeune. ».

On peut rappeler que les officiers sous contrat bénéficient de contrats à durée déterminée renouvelables. Il s'agit de contrats initiaux de 3 ans, dont la durée ne peut en principe excéder 8 ans (art. 4 du décret n° 2000-511 du 8 juin 2000 relatif aux officiers sous contrat).

Ainsi, le ministère précise dans un courrier du 30 juin 2008 notamment que « (...) pour la plupart des officiers spécialisés de la branche état-major, la « carrière » s'arrête au bout du deuxième contrat (1<sup>er</sup> contrat : 3 ans ; 2<sup>ème</sup> contrat : 3 ans) (...) » et que le recrutement d'officiers sous-contrat se situe dans « (...) une logique de carrière courte (...) ».

Cette argumentation est reprise dans son courrier du 19 novembre 2008.

Dès lors, pour les officiers spécialisés sous contrat, la probabilité d'intégrer l'armée pour y faire carrière, est assez faible. Au terme de leur contrat, ils retournent généralement à la vie civile (voir par exemple : fiche du ministère de la défense concernant le recrutement d'officiers spécialisés de la marine sous contrat branche Etat-major).

Il convient d'analyser si les justifications ainsi avancées, sont suffisantes au regard du principe de non discrimination.

Le statut général des fonctionnaires, issu de la loi Le Pors, ne s'applique qu'aux fonctionnaires civils. Les militaires bénéficient d'un statut autonome issu en dernier lieu, de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, codifiée dans le code de la défense. En outre, des statuts particuliers régissent certains corps de militaires.

Ainsi, comme le rappelle le ministère de la défense, l'emploi dans la carrière militaire relève du code de la défense, dont l'article L. 4132-3-II renvoie aux statuts particuliers le soin de déterminer notamment les limites d'âges applicables au recrutement des militaires dans les différentes forces armées.

Le recrutement des officiers spécialisés de la marine sous contrat de la branche Etat-major, dont font partie les directeurs adjoint des cours et de l'hébergement au sein de la marine (poste auquel la réclamante a présenté sa candidature), est ouvert aux personnes âgées de plus de 21 ans et de moins de 30 ans au 1<sup>er</sup> janvier de l'année de recrutement.

Les officiers spécialisés de la marine sous contrat de la branche Etat-major sont rattachés au corps des officiers spécialisés de la marine qui est régi par le décret n° 75-1207 du 22 décembre 1975 portant statuts particuliers des corps d'officiers navigants de la marine.

Or, ce décret pose les limites d'âge minimale et maximale pour l'intégration notamment dans le corps des officiers spécialisés de la marine (article 13-1). De même, l'instruction n° 302/DEF/DPMM/SICM/OFF du 20 mai 2005 relative aux modalités de recrutement des

officiers sous contrat, reprend notamment la condition d'âge maximale de 30 ans, pour le recrutement d'officiers spécialisés de la marine sous contrat, branche Etat-major (article 3).

S'agissant du droit des discriminations, le personnel militaire n'étant pas régi par le statut général des fonctionnaires, l'article 6 de la loi Le Pors n° 83-634 du 13 juillet 1983 ne peut leur être appliqué.

Les dispositions 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 ne s'appliquent, s'agissant des agents publics, qu'aux fonctionnaires relevant des dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et aux agents publics non titulaires (voir par exemple : Assemblée Nationale, n° 695, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n°514*, du 6 février 2008 ; Sénat, n°253, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi n°514*, du 2 avril 2008).

En outre, il faut relever que les officiers sous contrat ne sont pas des agents publics non titulaires au sens notamment de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (voir par exemple : CAA de Nantes, 13 mai 2004, n° 01NT01072 ; TA de Versailles, 8 juin 2007, n° 0510920).

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 toute discrimination fondée sur l'âge en ce qui concerne notamment 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).

Toutefois, le considérant 19 de cette directive, prévoit que « (...) *pour que les États membres puissent continuer à maintenir la capacité de leurs forces armées, ils peuvent choisir de ne pas appliquer les dispositions de la présente directive relatives au handicap et à l'âge à tout ou partie de leurs forces armées. Les États membres qui exercent ce choix doivent définir le champ d'application de cette dérogation.* »

De même, l'article 3 § 4 de cette directive rappelle que : « 4. *Les États membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'handicap et l'âge.* ».

Il ressort de la combinaison de ces stipulations, que les Etats membres peuvent prévoir de ne pas appliquer les dispositions de cette directive relatives notamment à l'âge, à tout ou partie de leurs forces armées, afin de maintenir la capacité de ces forces, à la condition qu'ils définissent le champ d'application de cette dérogation. Une telle dérogation doit également être expressément prévue par la loi.

Or, il n'apparaît pas qu'une telle dérogation ait été mise en œuvre par l'Etat français, dans les conditions prévues par les stipulations précitées. Cet élément n'est d'ailleurs pas sérieusement contredit par le ministère de la défense.

En l'absence de mise en œuvre de cette dérogation, il convient de rechercher si les justifications relatives à la condition d'âge contestée, sont conformes à l'article 6 de la directive 2000/78.

Il résulte de cet article 6 que pour être considérée comme non discriminatoire, la limite d'âge doit poursuivre un objectif légitime et être appropriée et nécessaire pour atteindre cet objectif.

En outre, le considérant 18 de la directive 2000/78, prévoit que « *La présente directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées (...) à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services.* »

Pour justifier la limite d'âge maximale de 30 ans, le ministère de la défense fait principalement valoir :

- que les sujétions inhérentes à l'état militaire (disponibilité et mobilité), quel que soit l'emploi occupé, imposent de maintenir une moyenne d'âge jeune ;
- et, qu'il s'agit d'assurer aux officiers un avancement dans le corps, qui repose sur des limites d'âge minimale et maximale, pour l'accession au grade supérieur ; il s'agit de permettre un avancement dans le corps « (...) *dans des créneaux assez homogènes tout au long de la carrière* ».

Si ces deux objectifs peuvent être considérés comme légitimes au regard des stipulations de la directive n° 2000/78/CE, il n'apparaît pas que la limite d'âge de 30 ans soit appropriée et nécessaire pour les atteindre, en ce qui concerne notamment le recrutement de directeurs adjoints des cours et de l'hébergement au sein de la marine.

S'agissant, en premier lieu, de l'objectif lié aux sujétions inhérentes à l'état de militaire, les officiers spécialisés de la marine sous contrat, branche Etat-major, dont font partie les directeurs adjoints des cours et de l'hébergement au sein de la marine nationale, sont recrutés pour occuper des postes faisant appel à des compétences acquises dans l'enseignement supérieur (Cf. Préambule de l'instruction ministérielle n°302/DEF/DPMM/SICM/OFF, du 20 mai 2005, relative aux modalités de recrutement des officiers sous contrat). Ainsi, un diplôme de niveau BAC + 4/5 est généralement requis, ce qui ne laisse qu'un laps de temps relativement court aux candidats pour présenter leur candidature, eu égard à la limite d'âge de trente ans.

Il ressort, en outre, de la fiche de poste transmise à la haute autorité, que les fonctions de ces directeurs sont exercées au sein du centre d'instruction naval (C.I.N.) de Saint-Mandrier, qui assure la formation professionnelle générale et technique du personnel de la marine. Les missions principales qu'auront à exercer ces directeurs sont notamment, la gestion du personnel chargé de l'encadrement des élèves, la responsabilité du suivi de l'entretien du bâtiment d'hébergement des élèves, l'application des directives des responsables de l'enseignement au sein de la direction des cours, le suivi scolaire et disciplinaire des élèves.

Or, il n'est nullement démontré que le fait d'avoir plus de trente ans serait incompatible avec l'exercice de telles fonctions, ou même que le candidat de plus de trente ans ne serait pas en mesure de faire face aux sujétions inhérentes à l'état de militaire.

Si une condition d'âge peut davantage se justifier s'agissant notamment du recrutement des militaires qui interviennent régulièrement sur le terrain, cela ne paraît pas être le cas pour des

postes dont les fonctions sont principalement exercées au sein notamment d'écoles de formation ou de bureaux.

Concernant, en second lieu, l'objectif tiré de la volonté d'assurer aux officiers un avancement dans le corps, rappelons que la direction des affaires juridiques du ministère de la défense a indiqué que « (...) pour la plupart des officiers spécialisés de la branche état-major, la « carrière » s'arrête au bout du deuxième contrat (1<sup>er</sup> contrat : 3 ans ; 2<sup>ème</sup> contrat : 3 ans) (...) » et que le recrutement d'officiers sous contrat se situe dans « (...) une logique de carrière courte (...) ».

Ainsi, pour les officiers spécialisés sous contrat, la probabilité d'intégrer l'armée pour y faire carrière, est assez faible. Leur contrat ne peut en principe excéder 8 ans et à son terme, ils retournent généralement à la vie civile. Une limite d'âge de trente ans est donc opposée à des personnels qui, dans la majorité des cas, ne feront pas carrière dans l'armée.

Dès lors, l'objectif tenant à l'avancement dans le corps apparaît pour le moins en contradiction avec l'argumentation du ministère tirée de ce que le recrutement d'officiers sous-contrat se situe dans une logique de carrière courte.

Ce ministère indique, en outre, que : « (...) s'ils se montrent particulièrement brillants, et toujours en relation avec les besoins de la marine, ils peuvent se positionner dans une logique de « progression de carrière » et voir ainsi leur contrat renouvelé au-delà du deuxième grade, pour servir, par le jeu des contrats successifs, jusqu'à une durée maximale de vingt années. (...) ». Il n'en demeure pas moins que, l'officier sous contrat n'a aucun droit au renouvellement de son contrat, alors même que ce contrat aurait été renouvelé à plusieurs reprises (CE, 30 décembre 2002, n° 238518).

Par ailleurs, si le ministère de la défense précise que : « (...) la marine offre aussi des possibilités de recrutement dans le civil au-delà de 30 ans en tant qu'officiers commissionnés sous contrat (...) », une telle faculté ne concerne pas le recrutement de directeur adjoint des cours et de l'hébergement au sein de la marine nationale, qui est en cause en l'espèce. En outre, et comme le rappelle le ministère de la défense, des limites d'âge sont également opposées à de tels officiers commissionnés sous contrat, qui ne peuvent dépasser la limite d'âge des militaires de carrière du grade correspondant.

Enfin, on peut observer que les autres motifs qui pourraient être invoqués par l'administration pour justifier la limite d'âge contestée, seraient inopérants. En effet, cette limite d'âge n'a pas pour objectif de permettre aux agents de compter un temps de service suffisant pour bénéficier d'une retraite, la réclamante pourrait en effet bénéficier d'une retraite au titre du régime général. Cette limite d'âge ne semble pas non plus répondre, par exemple, à une politique d'emploi à destination des jeunes.

Il résulte de tout ce qui précède qu'à défaut d'être raisonnable et proportionnée, la limite d'âge litigieuse qui interdit de manière générale l'emploi de personnes âgées de plus de trente ans, s'agissant notamment du recrutement d'officiers spécialisés de la marine sous contrat branche Etat-major, constitue une discrimination prohibée par la directive 2000/78.

Concernant la situation de Mme X, si le ministère de la défense fait valoir dans son courrier du 19 novembre 2008, qu'elle ne remplissait pas la condition de diplôme exigée pour pouvoir présenter sa candidature au poste convoité, il n'en demeure pas moins que sa candidature a

d'abord été écartée en raison de son âge. La réclamante doit ainsi être regardée comme ayant fait l'objet d'une discrimination fondée sur ce critère.

En conséquence, le Collège de la haute autorité recommande, au Ministre de la défense, en application de l'article 11 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004, de modifier les dispositions en l'espèce litigieuses (décret n° 75-1207, article 13-1, et instruction n° 302 du 20 mai 2005, article 3).

Il est également recommandé de modifier l'ensemble des limites d'âge qui se révéleraient contraires à la directive 2000/78.

En l'absence de telles modifications, le Collège recommande l'adoption d'une dérogation à la directive 2000/78, conformément à son considérant 19 et son article 3§4, qui serait expressément prévue par la loi, dont le champ d'application serait clairement défini et dont la Commission européenne serait tenue informée.

Enfin, la haute autorité devra être informée des mesures prises conformément à l'ensemble de ses recommandations, dans un délai de quatre mois, à compter de la notification de la présente délibération.

Le Président

Louis SCHWEITZER