



Décision du Défenseur des droits n° MLD-2013-243

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative au refus d'enregistrement d'une candidature à un concours de la fonction publique fondé sur l'âge du candidat (observations)

Domaine(s) de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations/
Droits des usagers des services publics

Thème : fonctionnement du service public / emploi public / âge

Synthèse :

Saisi par Monsieur S d'une réclamation relative à la décision que le Recteur de l'Académie de P lui a opposé le 22 octobre 2013 tendant à déclarer irrecevable sa candidature au second concours national d'agrégation de droit public, au motif qu'il ne remplissait pas la condition d'être âgé de 40 ans au 1er janvier 2013, le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations devant le tribunal administratif.

Au regard de la nouvelle rédaction de l'article 6 de la loi Le Pors et des objectifs admis par l'article 6 de la directive 2000/78/CE du Conseil de l'Union européenne pour justifier de différences de traitement fondées sur l'âge, le Défenseur des droits émet des réserves quant à la légitimité des objectifs invoqués par l'administration pour déroger au principe de non-discrimination à raison de l'âge, à savoir la préservation des chances de carrière d'une catégorie de fonctionnaires plus âgés et la mise en œuvre d'une politique nationale de diversité des parcours. En tout état de cause, le Défenseur des droits estime que la mesure mise en œuvre pour atteindre ces objectifs est résolument disproportionnée au but recherché.

Décision du Défenseur des droits n° MLD-2013-243

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 et notamment l'article 33 ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la directive 200/78/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 ;

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

Vu le décret statutaire 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 et notamment l'article 49-2 ;

Vu l'arrêté du 10 juillet 2013 fixant les modalités d'inscription en vue de pourvoir des emplois de professeur des universités dans les disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion pour le second concours national d'agrégation de l'enseignement supérieur en droit public pour l'année 2013 ;

Saisi par Monsieur S d'une réclamation relative à la décision que le Recteur de l'Académie de Paris lui a opposé le 22 octobre 2013 tendant à déclarer irrecevable sa candidature au second concours national d'agrégation de droit public, au motif qu'il ne remplissait pas la condition d'être âgé de 40 ans au 1er janvier 2013 ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le juge des référés du Tribunal administratif de Versailles à l'audience du 26 novembre 2013 à 14h30.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**OBSERVATIONS JURIDIQUES DEVANT LE JUGE DES REFERES
DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE VERSAILLES**

• **Rappel des faits et de la procédure**

Par arrêté du 10 juillet 2013, la Ministre de l'Enseignement supérieur a fixé pour l'année 2013 les modalités d'inscription en vue de pourvoir aux emplois de professeur des universités dans les disciplines juridiques par la voie du concours interne d'agrégation de l'enseignement supérieur en droit public (« second concours »).

Aux termes de l'article 2 de cet arrêté, il est nécessaire de remplir quatre conditions, au 1^{er} janvier 2013, pour s'inscrire au second concours :

- Justifier d'au moins 10 années de service dans un établissement d'enseignement supérieur d'un Etat membre de l'Union européenne ;
- Etre titulaire d'un doctorat ;
- Etre maître de conférences ;
- Etre âgé d'au moins 40 ans au 1^{er} janvier 2013.

L'arrêté ne fait sur ce dernier point que reprendre l'article 49-2 du décret statutaire n°84-431 du 6 juin 1984 susvisé.

Dans un premier temps, le Défenseur des droits a choisi, par sa décision n°2013-213 du 10 octobre 2013 (pièce n°1), **de se saisir d'office** du caractère éventuellement discriminatoire de la condition d'âge ainsi posée par l'arrêté du 10 juillet 2013.

Il a alors, conformément aux articles 18 et 20 de la loi n°2011-333 souhaité recueillir par courrier du 10 octobre 2013, toutes les observations que la Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche estimait utiles de porter à sa connaissance sur ce sujet.

Par courriel du 12 novembre 2013, la Chef du Département « Pilotage et appui aux établissements du Ministère de l'Enseignement supérieur » transmettait aux services du Défenseur des droits le courrier de réponse de la Ministre, alors en instance de signature, en précisant qu'il s'agissait de la position juridique du ministère (pièce n°2).

A ce jour, aucun courrier signé n'est parvenu au Défenseur des droits et, à défaut d'informations contraires, il est permis de penser que le courrier adressé par courriel du 12 novembre dernier, constitue la position de la Ministre sur la condition d'âge ici discutée.

Dans un second temps, le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation individuelle de Monsieur S dont la candidature au concours de l'agrégation interne avait été déclarée irrecevable par décision du Recteur de l'Académie de Paris, en

date du 22 octobre 2013, au motif que l'intéressé ne remplissait pas la condition d'être âgé d'au moins 40 ans au 1^{er} janvier 2013.

Dans sa réclamation, Monsieur S sollicitait du Défenseur des droits qu'il présente des observations dans le cadre du contentieux qu'il a introduit devant le Tribunal administratif de Versailles, conformément à l'article 33 de la loi n°2011-333 précitée.

Tel est l'objet de la présente décision.

- **Concernant l'urgence de la situation.**

Plusieurs éléments caractérisent cette urgence, justifiant ainsi la saisine du juge des référés.

En premier lieu, la légalité de la décision attaquée et des textes qui la fondent ne pourra être examinée au fond que dans plusieurs mois, date à laquelle le réclamant ne pourra plus communiquer ses travaux au jury ni participer aux réunions d'informations à venir, pas plus qu'aux épreuves qui débiteront après février 2014.

En second lieu, il est important d'informer le Tribunal de la disparition programmée du deuxième concours de professeur agrégé des universités au profit d'un autre concours de recrutement, non plus national mais par université. Il semble donc qu'à défaut d'une suspension immédiate de la décision attaquée, le réclamant perde définitivement (et non pour cette année seulement) la chance de participer à ce concours.

Enfin, dans la mesure où la première épreuve ne commencera pas avant février 2014, la suspension de la décision litigieuse reconnaissant un doute sérieux sur la légalité des textes discutés permettrait à l'administration de procéder à un nouvel appel à candidatures afin que les maîtres de conférences remplissant les autres conditions pour s'inscrire au deuxième concours mais ayant moins de quarante ans puissent décider de concourir. Cette organisation permettrait de garantir l'égalité de traitement entre tous les maîtres de conférences en ne laissant pas de côté ceux qui ne s'étaient pas portés candidats en raison de la condition d'âge.

A ce titre, il est à noter que le Conseil d'Etat, dans une ordonnance de référé tout à fait récente du 19 novembre 2013 (n°372834), a enjoint au ministre de l'Education nationale de procéder à titre provisoire à la réouverture des inscriptions aux concours de recrutements des maîtres des établissements des enseignants privés pour l'année 2014. Aussi, le seul fait que les inscriptions au deuxième concours de l'agrégation sont aujourd'hui closes est sans impact sur l'intérêt et la pertinence à suspendre la décision.

- **Analyse juridique de la décision**

Au regard des éléments de justifications transmis au réclamant par le Rectorat et au Défenseur des droits par la Ministre (1), la légitimité de l'objectif assigné à la

condition d'âge par l'administration paraît fragile (2) et la mesure pour y parvenir, résolument disproportionnée au but recherché (3).

De ce fait, la condition d'âge opposée au réclamant constitue une discrimination à raison de l'âge prohibée par le droit interne comme par le droit communautaire.

1. Motivations du Ministère et objectif assigné à la condition d'âge

Pour déclarer irrecevable la candidature de Monsieur S, le rectorat fait valoir, dans son courrier du 22 octobre 2013 adressé au réclamant, qu'il a fait une stricte application des textes en vigueur dans le respect du principe d'égalité entre les candidats (pièce n°3). En d'autres termes, il n'appartiendrait pas au Recteur d'écarter l'application d'un texte réglementaire et le fait de déroger à la règle pour le seul réclamant reviendrait à méconnaître le principe d'égalité entre les candidats

A défaut de justification de la condition d'âge dans le courrier du rectorat, il convient d'analyser les éléments de réponse de la Ministre de l'enseignement supérieur, dans son courrier adressé au Défenseur des droits par courriel du 12 novembre 2013.

La Ministre estime que la condition d'âge minimum ainsi posée pour l'inscription au concours de l'agrégation interne n'est pas contraire à l'article 6 de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui offre « *la possibilité de prévoir des discriminations fondées sur l'âge quand elles sont objectivement et raisonnablement justifiées dans le cadre du droit national, notamment la fixation de conditions d'âge, d'expérience professionnelle pour l'accès à certains avantages liés à l'emploi* ».

De plus, toujours selon la Ministre, les « *possibilités de prévoir des conditions d'âge pour la carrière des fonctionnaires* » sont intégrées dans le droit national, à l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dite « loi Le Pors ».

Pour justifier la condition d'âge de 40 ans minimum, la Ministre avance les justifications suivantes :

Les trois premières conditions exigées des candidats au concours interne de l'agrégation (être maître de conférences, avoir 10 ans d'expérience dans l'enseignement supérieur et être titulaire d'un doctorat) « ***ne suffisent pas à distinguer les viviers de candidats du concours externe de ceux du concours interne*** » (...) « ***Sans la condition d'âge, de nombreux jeunes maîtres de conférences pourraient se présenter au concours interne et réduiraient fortement les chances de leurs aînés*** ». En effet, selon la Ministre, la condition de 10 ans d'ancienneté serait rapidement remplie dans la mesure où tout contrat d'enseignement signé pendant la préparation du doctorat est pris en compte pour le calcul de l'ancienneté (moniteur, attaché temporaire de recherches).

Or, pour la Ministre, « ***l'objectif du concours interne est de préserver les chances de carrière à une catégorie de fonctionnaires qui n'est plus en mesure de subir le "marathon" des trois ou quatre épreuves de l'agrégation externe*** ».

Est ainsi recherché un « **équilibre (...) dans le cadre d'une politique nationale de diversification des parcours** » afin de préserver la carrière des maîtres de conférences aînés.

Il n'est pas certain que l'objectif poursuivi par la Ministre soit légitime (2). En tout état de cause, s'il était considéré comme tel par le Tribunal, le caractère disproportionné des moyens pour y parvenir serait sans nul doute reconnu (3).

2. Discussion sur l'objectif poursuivi

Il convient d'examiner si les objectifs avancés par le ministère (la préservation des chances de carrière d'une catégorie de fonctionnaires plus âgés et la mise en œuvre d'une politique nationale de diversité des parcours) répondent à ceux autorisés en droit interne et en droit communautaire pour permettre une dérogation au principe de non-discrimination à raison de l'âge.

S'agit-il de permettre un meilleur déroulement de carrière aux intéressés ? S'agit-il de favoriser le renouvellement des cadres ? Les explications du ministère, dans le courrier adressé au Défenseur des droits ne permettent pas de l'affirmer.

a. Absence de légitimité de l'objectif au regard de la loi Le Pors

L'article 6 de la loi Le Pors ne permet plus, dans sa rédaction actuelle, de justifier une différence de traitement fondée sur l'âge par un objectif de « renouvellement des cadres » ou de « déroulement de carrière ». En effet, ces objectifs, expressément rendus possibles par la loi dans la version issue de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, ont disparu dans sa version issue de la loi n°2012-954 du 6 août 2012.

Pour mémoire, l'article 6, dans sa rédaction résultant de la loi de 2001, disposait que « **des conditions d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour le recrutement des fonctionnaires, lorsqu'elles visent à permettre le déroulement de leur carrière, 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 leurs corps, cadre d'emplois ou emploi.** »

Désormais, dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2012, l'article 6 de la loi Le Pors prévoit que les distinctions fondées sur l'âge ne peuvent être permises à l'égard des fonctionnaires que dans deux buts exclusifs :

- Pour leur recrutement, dans des emplois dits « actifs » au sens de l'article L .24 du code des pensions civiles et militaires de retraite ;
- Pour leur carrière, lorsqu'il existe des **exigences professionnelles requises par les missions** que les fonctionnaires vont assurer.

Force est de constater que ne figure plus dans la loi Le Pors l'objectif du déroulement de carrière au sein duquel le juge administratif intégrait la notion de renouvellement

des cadres ou encore de politique de recrutement visant à équilibrer la pyramide des âges. C'est sans doute en raison de cette disparition que, dans des décisions récentes, les Cours administratives d'appel de Nantes¹ et Paris² se sont fondées, non pas sur l'article 6 de la loi Le Pors mais sur l'article 6 de la directive 2000/78/CE pour justifier des limites d'âges maximum (et non minimales comme dans le cas d'espèce) au-delà desquelles les fonctionnaires ne peuvent plus se maintenir en activité, en considérant qu'elles poursuivaient un objectif légitime, celui du renouvellement des cadres ou l'équilibre de la pyramide des âges.

Il résulte de ce qui précède qu'en l'absence d'exigences professionnelles requises par les missions des professeurs des Universités autres que les diplômés et les titres, la différence de traitement opérée entre candidats à l'agrégation interne en fonction de leur âge est dépourvue d'objectif légitime et partant, ne peut trouver à se justifier au regard du droit interne.

b. Fragilité de la légitimité de l'objectif au regard de la directive

Sauf à démontrer que les objectifs – peu explicites – du ministère (la préservation de la carrière des maîtres de conférences aînés et l'équilibre poursuivi dans le cadre d'une politique nationale de diversification des parcours) peuvent être interprétés comme relevant d'une politique de l'emploi, un tel objectif ne pourrait être que difficilement qualifié de conforme aux exigences de l'article 6 de la directive 2000/78/CE.

Toutefois, en examinant la notion de « politique nationale de diversification des parcours » avancée par le Ministère, le Tribunal pourrait considérer comme légal un tel objectif en l'apparentant à une politique de l'emploi au sens large du terme.

En effet, il est vrai que la Cour de Justice de l'Union européenne opère un contrôle léger sur les **objectifs** avancés par les Etats membres pour justifier des mesures apparemment discriminatoires (CJUE, 19 novembre 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07). En dehors des considérations liées à l'aptitude physique nécessaire à certaines professions, tous les objectifs liés à la politique de l'emploi ont été jugés légitimes. Il peut s'agir de la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle ou encore d'emploi et de travail des jeunes, des travailleurs âgés et de ceux ayant des personnes à charge en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection.

Toutefois, à supposer même que la Ministre apporte des précisions sur ce que recouvre cette notion de diversification des parcours et que l'objectif soit finalement considéré comme légitime, le contrôle de la Cour devient en tout état de cause extrêmement rigoureux sur les **moyens** mis en œuvre par les Etats pour parvenir à cet objectif.

¹ CAA Nantes, 10 février 2012, n°10NT02197

² CAA Paris, 17 janvier 2012, n°10PA01428

3. Discussion sur la proportionnalité des mesures mises en œuvre pour parvenir à cet objectif

Concernant l'examen de ces moyens, la Cour exige en effet que **la mesure soit proportionnée à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire cohérente et nécessaire** à sa réalisation (CJUE, 18 juin 2009, *Hütter*, aff. C-88/08).

Bien plus, la Cour de Justice a fait de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge un principe général du droit de l'Union dans son arrêt *Mangold* du 22 novembre 2005 (aff. C1144/04), réitéré en 2010 dans l'arrêt *Kücükdeveci* précité et en a déduit **qu'il appartenait aux juridictions nationales de garantir son plein effet en laissant au besoin inappliquée une disposition de droit interne qui serait contraire à ce principe**. Ce mécanisme a été rappelé par le rapporteur public Aurélia Vincent-Dominguez dans ses conclusions sous l'arrêt *M. D.* de la Cour administrative d'appel de Marseille du 17 juillet 2012 (req.10MA04633).

Dans ce cadre, il appartient au ministère de démontrer en quoi refuser l'accès au concours interne à Monsieur S, maître de conférences de 39 ans (40 ans aujourd'hui) et répondant à la condition d'ancienneté et d'expérience, contribue à mettre en œuvre « *une politique nationale de diversification des parcours* ».

Or, **alors que plusieurs éléments conduisent à penser que cette mesure n'est ni cohérente, ni appropriée – et manque par conséquent de proportionnalité – au regard des objectifs énoncés par le ministère (a), aucun élément avancé par celui-ci n'est de nature à démontrer que cette mesure poursuit en réalité un objectif étranger à la discrimination (b).**

a. Éléments conduisant à penser que cette mesure manque de proportionnalité

En premier lieu, il apparaît que l'âge vient s'ajouter à d'autres conditions exigées du candidat, intrinsèques au caractère « interne » du concours, à savoir des conditions de diplômes et de titres, des conditions d'expérience. **Cela signifie qu'à expérience, titres et diplômes identiques, l'âge va à lui seul déterminer l'accès ou non au concours. Cette affirmation est d'autant plus vraie qu'aucune dérogation n'existe, quelle que soit la situation personnelle du candidat.**

Or, dans l'arrêt *Mangold* précité, la Cour censure la législation interne « *en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application (...) sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés et doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi* ».

Pour la Cour, le respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché (voir, en ce sens, arrêt du 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, *Rec. p. I-2891, point 39*). En

l'absence d'une telle conciliation, une telle législation nationale ne saurait être justifiée au titre de l'article 6 de la directive 2000/78.

En 2005, le Conseil d'Etat a eu lui aussi l'occasion de censurer, sur le fondement de la directive 2000/78, un dispositif subordonnant l'accès à un emploi de professeur contractuel à la condition d'être âgé de plus de 35 ans (CE, 8 décembre 2010, n°326742) :

*« Considérant que **les dispositions contestées du décret litigieux réservent un traitement moins favorable aux personnes qui n'ont pas atteint le seuil d'âge de 35 ans par rapport à celles qui dépassent cet âge** ; que, d'une part, l'application de ce critère peut conduire à traiter de façon différente des personnes qui présentent les titres et les qualifications professionnelles requis par la réglementation et remplissent par ailleurs les conditions d'aptitude physique, la différence de traitement se fondant exclusivement sur le critère de l'âge respectif de ces personnes ; que, ce faisant, le décret attaqué instaure une discrimination directe fondée sur l'âge au sens du b) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive du 27 novembre 2000, qui était transposée à la date de la décision attaquée ».*

Or, s'agissant du concours interne de l'agrégation, les candidats doivent justifier, lors de leur inscription de diplômes, de titres et d'une expérience professionnelle longue de dix années de service dans un établissement d'enseignement supérieur, ce qui est légitime pour un concours interne. En revanche, la condition d'âge n'apparaît pas *nécessaire* et ne repose sur aucune justification objective ; elle présente, de ce fait, un caractère discriminatoire évident à l'égard des « jeunes » maîtres de conférences - âgés de moins de 40 ans au 1^{er} janvier de l'année d'ouverture du concours - qui ne peuvent se présenter au second concours même lorsqu'ils ont l'expérience requise.

Ce traitement défavorable à leur égard est d'autant moins compréhensible que paradoxalement, il désavantage les candidats les plus méritants, ayant accédé aux fonctions de maîtres de conférence plus précocement et qui, du même coup, bénéficient d'une expérience plus longue.

En second lieu, les hypothèses dans lesquelles la juridiction administrative a déjà eu l'occasion de valider des différences de traitement à raison de l'âge (sur le fondement de l'ancienne rédaction de l'article de la loi Le Pors permettant de poursuivre l'objectif lié au déroulement des carrières, ou bien sur le fondement de l'article 6 de la directive 2000/78/CE) ne sont pas de nature à modifier l'analyse qui vient d'être faite. Pas plus que les décisions de la CJUE validant de telles distinctions ne le sont.

Par un arrêt en date du 1^{er} mars 2006 (n°268130), le Conseil d'Etat a validé une limite d'âge fixée à 35 ans au-delà de laquelle l'inscription au concours interne de l'ENA n'était pas possible en estimant que, d'une part, elle répondait à un objectif légitime destiné à permettre le déroulement ultérieur de la carrière des intéressés et, d'autre part, que la fixation de cette limite d'âge à 35 ans était proportionnée à l'objectif poursuivi.

Cette jurisprudence n'est pas transposable au cas d'espèce.

D'abord parce qu'il s'agit d'une limite d'âge supérieure destinée à permettre à ceux qui intègrent les corps via le concours interne de l'ENA d'avoir le temps de faire carrière.

Ensuite parce que cette décision se fonde sur l'ancienne rédaction de l'article 6 de la loi Le Pors alors rédigé de manière à pouvoir légitimer l'objectif du « déroulement de carrière » que la rédaction actuelle ne prévoit plus.

Enfin, parce qu'à la lumière des conclusions du Commissaire du gouvernement Terry OLSON sous l'arrêt, il apparaît à quel point la limite d'âge était vue en réalité comme peu pertinente malgré la décision de rejet de la requête : « *Peut-on dire que la mesure contestée soit vraiment justifiée par l'objectif d'assurer aux agents en cause un déroulement de carrière ? Il est permis d'en douter.* » Le Commissaire du gouvernement explique ensuite que la seule raison pour laquelle il ne propose pas l'annulation du décret est que le gouvernement a laissé cette disposition en vigueur très peu de temps, moins de deux ans, et que « *dès lors, prononcer l'annulation du décret attaqué alors qu'il est appliqué pour un laps de temps si court n'aurait guère de sens* ». Une telle solution ne pourrait, bien évidemment, être transposée au cas d'espèce dans lequel est discutée la légalité d'un arrêté se fondant sur un décret vieux de près de 30 ans.

Par ailleurs, dans la plupart des cas soumis à l'examen du juge administratif ou de la Cour de Justice, les limites d'âge contestées visent certes à répartir les possibilités d'emploi entre générations au sein d'une profession ou dans un corps mais consistent surtout à autoriser, au-delà d'un certain âge, la sortie du marché du travail ou la mise à la retraite et ce, dans certaines conditions.

Ainsi, la Cour de Justice estime-t-elle qu' « *il n'apparaît pas déraisonnable pour les autorités d'un Etat membre d'estimer que l'application d'une limite d'âge, laquelle conduit à la sortie du marché du travail des praticiens dentistes plus âgés, puisse permettre de favoriser l'emploi des professionnels plus jeunes* ». **Mais la Cour précise immédiatement que cette limite d'âge doit être abandonnée dès que les circonstances de faits changent**, c'est-à-dire pour le cas qui lui était soumis, lorsque le nombre de dentistes conventionnés n'est plus excédentaire par rapport au nombre de patients et que la présence de jeunes dentistes est dès lors possible, indépendamment de la présence de dentiste âgés de plus de 68 ans sur le marché du travail (CJUE, 12 janvier 2010, aff. C-341/08, *Petersen*).

Autrement dit, la limite d'âge ne saurait être légitimée définitivement au regard de l'objectif de la répartition des âges ou de la diversification des parcours **et doit pouvoir être justifiée, à tout moment, au regard d'éléments concrets et chiffrés, à défaut de quoi elle devient discriminatoire et le juge interne se doit de l'écartier.**

Enfin, s'agissant toujours de la proportionnalité de la mesure, de sa cohérence et de sa nécessité, il convient de se demander si d'autres mesures, moins excessives et potentiellement discriminatoires, ne pouvaient pas être mises en œuvre pour parvenir au même objectif.

En l'occurrence, s'il s'agit de veiller à préserver les chances de carrière des maîtres de conférences plus anciens, sans mettre de barrière exclusivement fondée sur l'âge et défavoriser de ce simple fait les maîtres de conférences les plus méritants, le gouvernement aurait pu exiger des candidats une expérience spécifique *en tant que maître de conférences* d'une certaine durée, en plus de l'expérience d'enseignement à quelque titre que ce soit. Une telle condition aurait fait tomber tous les inconvénients mentionnés par le ministère dans son courrier de réponse au Défenseur des droits, notamment celui découlant du fait que de « jeunes » maîtres de conférences (au sens de « nouveaux » et non de « moins âgés ») ne se présentent aux deux concours. Cette exigence aurait eu le mérite de ne pas être discriminatoire, tout en préservant les bénéfices recherchés des concours internes.

Ce n'est pas le choix qui a été opéré par la Ministre de l'Enseignement supérieur même si les termes conclusifs de son courrier au Défenseur des droits laissent deviner que cette condition pourrait être abandonnée dans l'avenir : « *dans le cadre de l'actualisation en cours du décret du 6 juin 1984, il sera tenu compte de [vos] réflexions à l'occasion des modifications envisagées concernant les concours d'agrégation* ». En cela, la Ministre semble partager la conviction selon laquelle la condition d'âge pourrait manquer de pertinence, ce qui ressortait déjà des débats existant depuis plusieurs années sur l'absence d'opportunité de la conserver (Rapport Sudre de septembre 2011 et projet de réforme de l'article 49-2 du décret de 1984 par le gouvernement Fillon).

b. Aucun élément de nature à démontrer que cette mesure poursuit en réalité un objectif étranger à la discrimination n'est avancé

Au regard du dispositif adapté de la charge de la preuve défini par le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Perreux* du 30 octobre 2009 (n°298348), « *s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure 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 ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ».

Dans le cas d'espèce, les éléments précédemment mentionnés sont de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination alors que la Ministre n'établit pas que la disposition litigieuse de l'arrêté attaqué repose sur des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.

A ce titre, il sera observé que **la Ministre, dans son courrier adressé au Défenseur des droits, n'explique pas en quoi cette condition d'âge aurait permis de rééquilibrer la courbe des âges dans le corps des professeurs agrégés ou bien aurait permis à davantage de maîtres de conférences « anciens » de réussir le concours interne de l'agrégation.**

A défaut d'explications et de justifications suffisantes, il apparaît que cette exigence a pour seul effet d'exclure les candidats potentiels à raison de leur âge.

En conséquence, le Défenseur des droits considère que la décision opposée à Monsieur S, prise sur le fondement de l'arrêté du 10 juillet 2013 fixant les modalités d'inscription en vue de pourvoir des emplois de professeur des universités dans les disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion pour le second concours national d'agrégation de l'enseignement supérieur en droit public pour l'année 2013 présente un caractère discriminatoire à raison de l'âge.

Par suite, il apparaît que les circonstances précédemment rappelées, qui caractérisent la situation d'urgence et le sérieux du moyen tiré de ce que la décision en cause constitue une discrimination, justifient, en l'état de l'instruction, que celle-ci fasse l'objet d'une suspension au titre de l'article L.521-1 du code de la justice administrative.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite présenter devant le juge des référés du Tribunal administratif de Versailles.