



Décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-146

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative au refus de procéder à la nomination en tant qu'agent territorial spécialisé des écoles maternelles (ATSEM) stagiaire d'une candidate au motif qu'elle ne disposerait pas, au terme de sa carrière, d'un nombre suffisant d'années de cotisation en raison de son âge (recommandations)

Domaine de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations

Thèmes de la décision :

- domaine de discrimination : Emploi public
- sous-domaine : Recrutement
- critère de discrimination : Age

Synthèse :

Une réclamante employée en tant qu'ATSEM non titulaire dans différentes écoles afin d'effectuer des remplacements ponctuels, a saisi le Défenseur des droits de la décision refusant de procéder à sa nomination en tant que stagiaire. L'enquête diligentée conduit à constater que si le non recrutement de la réclamante, motivé par l'absence de poste vacant permettant sa nomination, apparaît justifié par des éléments objectifs de nature à écarter la discrimination alléguée, en revanche, la politique de recrutement préconisée par la direction des ressources humaines de la commune et visant à écarter les candidats ne pouvant à terme comptabiliser plus de quinze ans de cotisations, donc les candidats les plus âgés, est constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur l'âge, contraire aux dispositions de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, également applicable aux agents non titulaires. Par conséquent, le Défenseur des droits a décidé de recommander au Maire de rappeler la portée de cet article et de prendre toute mesure de nature à prévenir le renouvellement d'une telle situation.



Paris, le 6 août 2013

Décision du Défenseur des droits n° MLD/2013-146

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 loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

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° 92-850 du 28 août 1992 portant statut particulier du cadre d'emplois des agents territoriaux spécialisés des écoles maternelles ;

Saisi du refus de procéder à la nomination de Madame X en tant qu'agent territorial spécialisé des écoles maternelles (ATSEM) stagiaire,

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de formuler les recommandations suivantes au Maire :

- rappeler la portée de l'article 6 de la loi n° 83-634 prohibant les discriminations directes et indirectes fondées sur l'âge ;
- prendre toute mesure de nature à prévenir le renouvellement d'une telle situation ;
- le tenir informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de quatre mois.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

**Recommandations dans le cadre de l'article 25 de
la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**

Par courrier du 12 octobre 2010, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) a été saisie par Mme X, d'une réclamation relative au refus qui lui a été opposé par le maire de la nommer en tant que stagiaire dans le cadre d'emploi des agents territoriaux spécialisés des écoles maternelles (ATSEM).

Elle estime que cette décision, fondée sur son âge, est constitutive d'une discrimination.

Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, « *les procédures ouvertes par [...] la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits* » sous la dénomination Mission Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité.

• **Faits**

En décembre 2007, après avoir travaillé plusieurs années dans le secteur privé, Mme X, alors âgée de 47 ans, a été déclarée admise au concours d'ATSEM et inscrite sur la liste d'aptitude.

En juin 2008, elle a obtenu le certificat d'aptitude professionnelle (CAP) Petite enfance.

Mme X a alors été employée en tant qu'ATSEM non titulaire dans les écoles, effectuant des remplacements ponctuels, en particulier à l'école maternelle A, de septembre 2008 au 31 décembre 2009.

Par courrier du 28 mars 2009, la réclamante a sollicité le maire de la ville, afin de recueillir son avis sur les informations qui lui avaient été communiquées par la Direction des ressources humaines de la municipalité, à savoir « *qu'il fallait un minimum de 15 ans dans la fonction publique avant d'obtenir les droits à la retraite* » et qu'elle « *ne stagiaire et ne titularise pas, en général, les personnes de plus de 40-42 ans* ».

Par courrier du 27 avril 2009, la Direction des ressources humaines a indiqué à Mme X que « (...) *je vous confirme que les agents n'ayant pas cotisé pendant 15 ans à la caisse nationale de retraite, sont dans l'obligation de procéder à un dossier de rétablissement général de la CNAV [Caisse nationale d'assurance vieillesse] et de l'IRCANTEC [Retraite complémentaire obligatoire des agents non titulaires de la fonction publique de l'Etat et des Collectivités territoriales]. Les cotisations de la caisse nationale de retraite sont reversées auprès de la caisse nationale d'assurance vieillesse après le départ en retraite de l'agent et le montant de ces cotisations est payable en une seule fois ou prélevé sur les premiers versements de la retraite au taux minimum de 20% de la pension IRCANTEC. Afin, d'éviter ces reversements, qui sont défavorables aux agents, (car les cotisations CNAV sont plus élevées que les cotisations CNRACL), la Direction des ressources humaines de Courcouronnes préconise de ne pas nommer stagiaire une personne pour laquelle les 15 années de service public ne seront pas atteintes* ».

Après que son contrat soit arrivé à échéance (31 décembre 2009), la réclamante a adressé à la mairie une candidature à un poste d'ATSEM stagiaire, indiquant qu'à partir de décembre 2010, elle ne pourrait plus prétendre à une telle nomination, son inscription sur la liste d'aptitude n'étant valable que trois ans (courrier du 15 janvier 2010).

Par courrier 4 février 2010, le maire a indiqué à Mme GALLEN : « (...) *vous avez assuré les fonctions d'ATSEM dans le cadre d'un remplacement de congés de maternité jusqu'au 31*

décembre 2009. Vous sollicitez une nomination stagiaire dans le cadre d'emploi d'ATSEM, or l'ensemble des postes est intégralement pourvu. Les vacances d'emploi font l'objet d'une diffusion prioritaire en interne (document : « la DRH vous informe ») et ensuite sur le site de la ville. Il vous appartient de faire acte de candidature dès lors qu'une vacance de poste sera diffusée. (...) ».

Mme X n'a pas souhaité donner suite.

Après y avoir été invité par le Défenseur des droits, le maire a communiqué ses observations accompagnées d'éléments chiffrés montrant l'absence de postes d'ATSEM titulaires à pourvoir en 2010.

• Discussion

Aux termes de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, également applicable aux agents non titulaires de la fonction publique, « (...) aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur âge (...). De même, des conditions d'âge peuvent être fixées, d'une part, pour 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](#), 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 leur corps, cadre d'emplois ou emploi ».

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 2009 (n° 298348), les agents publics s'estimant victimes d'une discrimination bénéficient d'un allègement de la charge de la preuve. S'il leur appartient de présenter les éléments permettant d'en présumer l'existence, il incombe au mis en cause de produire les informations permettant d'établir que les faits contestés sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, il ressort de l'enquête que le non recrutement de Mme X, motivé par l'absence de poste vacant permettant sa nomination, apparaît justifié par des éléments objectifs de nature à écarter la discrimination alléguée.

Toutefois, avant même que Mme X ait fait acte de candidature sur un poste d'ATSEM stagiaire, elle a été informée oralement par la direction des ressources humaines de la collectivité du fait que celle-ci ne recrutait pas, sur de tels postes, les candidats de « plus de 40-42 ans » ne pouvant bénéficier, au terme de leur carrière, d'une ancienneté dans la fonction publique supérieure à quinze ans ¹.

Ces éléments ont été confirmés par écrit par la Direction des ressources humaines qui « préconise de ne pas nommer stagiaire une personne pour laquelle les 15 années de service public ne seront pas atteintes » (courrier du 27 avril 2009).

Or, il apparaît qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne conditionne le recrutement d'un agent public à l'existence de quinze années minimum de cotisations à la caisse nationale de retraite, tel que le préconise la direction des ressources humaines de la collectivité.

De surcroît, si comme le soutient le maire de la commune, la direction des ressources humaines s'est bornée à prodiguer un « conseil » à la réclamante en l'éclairant sur la situation à laquelle elle risquait de se trouver confrontée, il convient de souligner que le choix d'entrer dans la fonction publique malgré une durée de cotisation insuffisante n'appartient qu'à l'intéressé.

¹ Ce régime a été modifié par la loi n° 2010-1330 du novembre 2010 portant réforme des retraites.

Il y a également lieu de constater que, compte tenu de la manière dont elle est formulée, la préconisation de la direction des ressources humaines s'apparente moins à un « conseil » adressé à la réclamante, qu'à une véritable recommandation à l'intention du maire reflétant l'existence d'une pratique courante au sein de cette collectivité.

En dernier lieu, force est de constater que si le maire affirme avoir déjà procédé à la nomination d'agents stagiaires âgés de 52 et 54 ans, celui-ci n'établit pas que cette mesure a pu bénéficier à des candidats ne pouvant pas bénéficier, au terme de leur carrière dans la fonction publique, d'une ancienneté supérieure à quinze ans.

Etant entendu que cette recommandation est de nature à porter préjudice aux candidats les plus âgés, le Défenseur des droits estime que la politique de recrutement d'ATSEM stagiaires préconisée par la direction des ressources humaines et visant à écarter les candidats ne pouvant à terme comptabiliser plus de quinze ans de cotisations, donc les candidats les plus âgés, est constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur l'âge.

En conséquence, le Défenseur des droits rappelle la portée de l'article 6 de la loi n° 83-634 prohibant les discriminations directes et indirectes fondées sur l'âge et invite le maire de la collectivité à prendre toute mesure de nature à prévenir le renouvellement d'une telle situation.