

Délibération n° 2007-248 du 1^{er} octobre 2007

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 et notamment son article 6 ;

Vu la loi n°38-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment les articles 5 et 6 ;

Vu la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, notamment l'article 11 ;

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 le décret n°88-1077 du 30 novembre 1988 portant statuts particuliers des personnels infirmiers de la fonction publique hospitalière, notamment l'article 22,

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

Vu le décret n°2006-224 du 24 février 2006,

Vu la circulaire DHOS /P1 n°2006-261 du 16 juin 2006 relative à la suppression des limites d'âge pour l'accès à la fonction publique hospitalière,

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité a été saisie le 22 novembre 2006 par Madame X d'une réclamation relative au rejet de sa candidature pour un poste d'infirmière titulaire dans le service d'addictologie au sein de l'hôpital Y, décision qu'elle estime discriminatoire à raison de son âge (50 ans).

Par une lettre en date du 26 décembre 2006, la Directrice déléguée à la coordination et au contrôle interne de la Direction générale de l'Assistance publique confirmait à Madame X l'existence d'une limite d'âge, fixée à 45 ans, pour le recrutement des fonctionnaires dans les corps conduisant à des emplois classés dans la catégorie active, tels que les infirmiers, en application de l'alinéa 4 de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires qui dispose que « (...) *des conditions d'âge peuvent être fixées pour le recrutement dans les corps, cadres d'emplois ou emplois conduisant à des emplois classés dans la catégorie active au sens de l'article L24 du code des pensions civiles et militaires de retraites (...)* ».

Le recrutement des fonctionnaires hospitaliers est régi par les principes posés à l'article 5 du titre I du statut général (loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires), selon lequel nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire *« S'il ne possède la nationalité française ; S'il ne jouit de ses droits civiques ; Le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ; S'il ne se trouve en position régulière au regard du code du service national ; S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap »*.

La directive n°2000/78 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 prohibe toute discrimination à raison de l'âge dans l'accès à l'emploi, que ce soit l'emploi dans le secteur public ou le secteur privé (article 3).

L'article 6 de la directive permet, toutefois, aux Etats membres de prévoir des différences de traitement fondées sur l'âge dans certaines hypothèses, parmi lesquelles figurent effectivement *« la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite »* (article 6 c).

L'article 6 alinéa 4 de la loi du 13 juillet 1983, tel que modifié par l'ordonnance n°2005-901 du 2 août 2005, énumère de manière limitative, trois exceptions au principe de non discrimination à raison de l'âge, dont deux concernent l'accès à la fonction publique. Ainsi, *« 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 (...),

des conditions d'âge peuvent être maintenues par décret pour le recrutement par voie de concours dans des corps, cadres d'emplois ou emplois, lorsque l'accès à ceux-ci est subordonné à l'accomplissement d'une période de scolarité préalable d'une durée au moins égale à deux ans ».

La condition d'âge fixée à 45 ans pour le recrutement dans le corps d'infirmiers résulte de l'article 22 du décret n°88-1077 du 30 novembre 1988.

Il a donc été demandé au ministre de la Santé, de la Jeunesse et des Sports de bien vouloir communiquer les éléments qui justifiaient le maintien d'un critère d'âge, pour l'accès au corps des personnels infirmiers, nonobstant le principe de non discrimination prévu par l'ordonnance.

Le ministre a fait valoir, dans une correspondance datée du 29 juin 2007, que *« la loi a permis des exceptions lorsqu'elles s'avèrent justifiées, notamment lorsque l'emploi est classé en catégorie active. C'est notamment le cas pour la profession d'infirmier, dans la mesure où le classement de cet emploi en catégorie active s'explique par des contraintes particulières de service qui lui sont inhérentes, ainsi que par la nature des fonctions impliquant un contact direct et permanent de l'infirmier avec le patient »*.

Les emplois classés dans la catégorie active dans la fonction publique hospitalière, dont fait partie le corps des personnels infirmiers, sont énumérés par un arrêté du 12 février 1969.

Il convient, de rappeler deux points essentiels à savoir : d'une part, que le fonctionnaire atteint par la limite d'âge doit être radié des cadres d'office, qu'il ait ou non acquis un droit à pension, et, d'autre part, que pour prétendre à un droit à pension de la Caisse Nationale de Retraite des Agents des Collectivités Locales, le fonctionnaire doit avoir accompli une durée de service minimum fixée à 15 années.

Au regard des explications données par le ministre, il semblerait donc que la condition d'un âge maximum soit toujours justifiée dès lors qu'il s'agit de recruter des fonctionnaires dans un emploi classé en catégorie active.

Or, dans une circulaire en date du 16 juin 2006 relative à la suppression des limites d'âge pour l'accès à la fonction publique hospitalière (DHOS/P1), le ministre précise que *« depuis l'ordonnance du 2 août 2005, l'accès à certains corps conduisant à des emplois classés en catégorie active n'est plus soumis à une condition d'âge précisément parce que de nouvelles dispositions réglementaires (décret n°2006-224 du 24 février 2006) ont abrogé les limites d'âge opposables »*.

Le décret n°2006-224 précité concerne, notamment, le corps des aides-soignants et les agents des services hospitaliers qualifiés.

Interrogé sur cette différence de traitement entre ces corps de soignants et celui des infirmiers, le ministre n'a apporté aucune justification à la haute autorité.

Pour la haute autorité, aucun élément ne permet de justifier le maintien de la limite d'âge pour le corps des infirmiers du fait de son classement en catégorie active alors qu'elle a été supprimée pour d'autres emplois également classés en catégorie active. Dès lors, elle estime que la limite d'âge maximum fixée pour l'accès au corps des personnels infirmiers ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, au sens de la directive, et constitue une discrimination.

Par conséquent, la haute autorité estime que le maintien de la limite d'âge pour l'accès au corps des infirmiers ne répond pas aux exigences de la directive n°2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 et constitue une discrimination.

Le Collège recommande au ministre de la Santé de poursuivre dans la voie engagée consistant à supprimer la limite d'âge pour l'accès au corps des emplois classés en catégorie active énumérés par l'arrêté du 12 novembre 1969. Il lui demande de bien vouloir lui faire connaître les suites données à la présente recommandation dans un délai de 4 mois.

Le Président

Louis SCHWEITZER