



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Concours interne

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie

Note : 17/20

Direction générale de l'administration et de la fonction publique
Le chef de bureau

Paris, le 20 août 2018.

Note à l'attention du cabinet de
M. le Ministre.

Objet : lutte contre les discriminations dans l'accès aux emplois publics.

Une réunion interministérielle (RIM) se tiendra prochainement au sujet du recrutement des agents publics. Cette RIM est l'occasion d'aborder le sujet des discriminations dans l'accès aux emplois publics, qui a fait l'objet d'un rapport remis au Premier ministre en juillet 2016 (rapport L'Horty).

Cette thématique recouvre à la fois l'entrée dans la fonction publique et l'évolution de la carrière des agents en cas de mobilité ou de mutation. Malgré l'égalité formelle garantie par les concours et les actions de promotion de l'égalité tout au long de la carrière, les discriminations persistent au sein de la fonction publique et l'Etat est régulièrement condamné pour de tels faits.

Le rapport précité préconise l'organisation de nouvelles voies d'accès à la fonction publique pour certains publics spécifiques. Toutefois, d'autres mesures peuvent être envisagées pour lutter contre les discriminations et diversifier le recrutement des agents publics.

Dans ce contexte, la présente note vise à :

- Présenter un état du droit français et européen en matière de lutte contre les discriminations dans l'accès aux emplois publics (I).
- Proposer une position et des actions nouvelles en vue de la prochaine RIM (II).

I / Alors que le droit français a traditionnellement favorisé une approche formelle de l'égalité devant la loi, le droit européen a promu une vision large des discriminations et permis la discrimination positive.

A) L'approche traditionnelle du droit français en matière de discrimination met l'accent sur le principe formel d'égalité devant la loi et encadre strictement les différences de traitement.

1. Le principe d'égalité devant la loi est garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1786 ("la loi (...) doit être la même pour tous"), ainsi que par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 ("elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction").

2. En matière d'accès aux emplois publics, il fonde le refus des discriminations, ainsi que le recrutement de principe par concours. La loi du 13 juillet 1983, aux termes de son article 6, vient préciser qu'"aucune distinction (...) ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques, religieuses ou de leurs origines". Dès lors, un jury de concours posant des questions à un candidat sur son origine et ses pratiques religieuses méconnaît le principe d'égal accès aux emplois publics (CE, 10 avril 2009, M. Abdeljalel B).

Ce principe n'empêche pas, toutefois, l'organisation de différentes voies de recrutement, pour des motifs d'intérêt général et pour répondre aux besoins du service public (DC, 16 janvier 1986, loi portant diverses dispositions d'ordre social).

3. La France est traditionnellement réticente à la discrimination positive et à l'introduction de quotas. Alors que l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme", le Conseil constitutionnel a refusé l'introduction de quotas en matière électorale. Pour permettre des mesures favorables et positives pour les femmes dans le domaine professionnel, l'article 1^{er} de la Constitution a été modifié en 2008 pour indiquer que "la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes (...) aux responsabilités professionnelles". En cas de mesures favorables à une catégorie en situation défavorable, la décision de recrutement devait se fonder sur les capacités professionnelles des intéressés, avant que la priorité leur soit accordée (DC, 24 avril 2013, loi relative aux assistants d'éducation).

4. La France limite fortement les différences de traitement défavorables à une catégorie. Selon une jurisprudence constante (CE, 1989, Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche ; CE, 1998 M^{me} Claire X), aucune distinction ne peut être introduite entre les femmes et les hommes pour l'accès à la fonction publique "hormis celles qui seraient justifiées par la nature des fonctions ou les conditions d'exercice de celles-ci". Dans l'arrêt M^{me} Claire, le Conseil d'Etat a annulé un arrêté pris en application d'un décret qui limitait le nombre de femmes pouvant être nommées commissaires de l'armée de terre.

Sur ce point, le droit français a été rejoint par le droit européen, ce dernier étant toutefois plus strict en ce qui concerne les discriminations à raison du sexe. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, une différence de traitement est discriminatoire si elle n'a pas de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire qu'elle poursuit un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport de proportionnalité entre but recherché et moyens employés (CEDH, 2 décembre 2014, Emel Boyraz c/Turquie). Les conditions permettant une différence de traitement sont désormais prévues par l'alinéa 2 du 2^o) de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 : une exigence professionnelle essentielle et déterminante ; un objectif légitime ; une exigence proportionnée (conditions cumulatives).

B) Le droit européen a permis l'élargissement des critères de discrimination et la mise en œuvre de mesures de discrimination positive.

1. Le droit européen a conduit, avec une directive de 2005, à l'harmonisation des critères de discrimination et de la définition des différents types de discrimination. Cette directive a été transposée en France par la loi du 27 mai 2008. 21 critères ont été édictés par la directive communautaire. Depuis 2016, la France compte 22 critères de discrimination.

De plus, la directive définit deux types de discrimination. D'une part, la discrimination directe est constituée par un traitement moins favorable d'une personne en raison d'un des critères. D'autre part, une discrimination indirecte est constituée par une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence mais qui peut entraîner un désavantage en raison d'un des critères : elle justifie, par exemple, l'existence de temps supplémentaire pour les candidats à des concours qui sont en situation de handicap.

2. Le droit européen reconnaît la possibilité de mettre en œuvre des mesures de discrimination positive, notamment en faveur des femmes. L'article 23 de la charte des droits fondamentaux de l'UE dispose, en son alinéa 2, que "le principe d'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté". Cette possibilité a été reprise dans la loi de 2008, qui dispose que des mesures en faveur des femmes peuvent être prises en raison de la promotion de l'égalité femmes-hommes. Ainsi, la loi Sauvadet du 12 mars 2012 a prévu des quotas pour les emplois de cadres dirigeants de la fonction publique, avec un mécanisme de sanction par ministère (minimum de 40% de l'un ou l'autre sexe).

3. Enfin, le juge communautaire a limité la voie du concours comme voie par principe non-discriminante, tel que le droit français le promeut. Dans l'affaire M^{me} Burbaud c/Ministère de l'emploi et de la solidarité (CJUE, 9 septembre 2003), la CJUE a considéré que l'obligation faite à une ressortissante d'un autre Etat-membre de l'UE de passer le concours d'entrée de l'ENSP, alors qu'elle était déjà qualifiée, constituait une restriction non-nécessaire et donc discriminatoire. Ainsi, il revient à la France de lui proposer une autre voie de recrutement que le concours.

II / Le renforcement des voies d'accès spécifiques existantes et des actions de lutte contre les discriminations pendant la carrière doit être privilégié.
--

A) Face à la persistance des discriminations dans l'accès aux emplois publics, le renforcement des voies spécifiques existantes est préférable à la création de nouvelles voies.

1. Les discriminations persistent au sein de la fonction publique. Ces dernières sont particulièrement marquées vis-à-vis des personnes issues des milieux défavorisés et des personnes d'origine immigrée, qui sont sous-représentées au sein de la fonction publique. Les enfants de fonctionnaires et de cadres, à l'inverse, sont sur-représentés. Ainsi, le système de concours, s'il a la vertu de faire la promotion du mérite républicain, porte également des risques de discrimination indirecte. Par ailleurs, en matière de déroulement de carrière, des discriminations sont également observées contre certains publics, notamment les femmes qui restent minoritaires parmi les hauts cadres.

2. La création de voies d'accès spécifiques nouvelles ne semble pas pertinente. Tout d'abord, il existe déjà de nombreuses voies d'accès à la fonction publique, et, dans un souci de lisibilité, en ajouter de nouvelles pour des publics spécifiques ne semble pas permettre une clarification des voies disponibles. Ensuite, l'efficacité des voies spécifiques dans la progression de la diversité au sein de la fonction publique n'est pas avérée. De plus, cette mesure poserait un problème d'acceptabilité vis-à-vis des partenaires sociaux, dans un contexte compliqué où de nombreux chantiers sont déjà ouverts.

Par ailleurs, la faisabilité juridique d'une telle mesure n'est pas certaine, dans la mesure où la condition de nécessité, ainsi que celle de proportionnalité, requises par le droit européen mais aussi le droit français, ne sont pas remplies.

3. Le renforcement des voies spécifiques actuelles est donc à privilégier. D'une part, dans le cadre de la préparation des concours, les cursus spécifiques doivent être renforcés. Il s'agit notamment des classes préparatoires intégrées, dont le développement est nécessaire (nombre d'élèves, implantations géographiques). Pour les élèves issus des quartiers défavorisés, la préparation pourrait être allongée à 2 ans. Par ailleurs, les conditions d'accès au troisième concours pourraient être assouplies, pour permettre à de nouveaux publics de s'y présenter. Enfin, les contrats PACTE, qui permettent d'accueillir au sein de la fonction publique des jeunes souhaitant préparer un concours, et bénéficiant d'un accompagnement renforcé, doivent être évalués et, le cas échéant, multipliés.

D'autre part, les voies d'accès hors concours doivent également être développées. L'élargissement de l'emploi contractuel, au-delà des postes de direction, doit être envisagé. En contrepartie, le dispositif de titularisation (dit Sauvadet) pourrait être renouvelé jusqu'en 2022.

Ces propositions nécessitent la modification des lois de 1983 et 1986, et un dialogue avec les partenaires sociaux de la fonction publique.

B) Au-delà des voies de recrutement, des mesures de lutte contre les discriminations doivent être mises en œuvre pour favoriser l'accès aux emplois publics en cours de carrière.

1. Améliorer l'application du droit. Une circulaire devrait venir rappeler à l'ensemble des ministères l'état du droit, national et européen en matière de discrimination dans l'accès aux emplois publics. Elle devrait être accompagnée d'outils, comme des grilles d'entretiens de recrutement, un recueil de bonnes pratiques et un bilan social-type renforcé sur les indicateurs en la matière.

2. Mobiliser les managers publics et renforcer le dialogue social. La formation de tous les services RH doit être renforcée, grâce à un module unique, national, facilement appropriable ; sur le modèle de ce que prévoit la circulaire du 9 mars 2018 à propos des violences sexistes et sexuelles. La formation initiale et continue des agents doit également se développer : Un partenariat avec des organismes de formation pourrait être envisagé. La circulaire précitée pourrait prévoir le déploiement de ces formations, en premier lieu auprès des membres des Comités de l'administration régionale et des CODIR des administrations centrales, puis au sein des comités techniques.

3. Prévenir les discriminations dans l'évolution de carrière. L'accord du 8 mars 2013 sur l'égalité professionnelle femmes-hommes dans la fonction publique a prévu plusieurs mesures qui pourraient être généralisées à l'ensemble des publics susceptibles de subir une discrimination : entretiens réguliers, réseaux, etc. les référents diversité doivent être davantage mobilisés pour constituer un véritable réseau, capable de constituer des viviers. Chaque ministère doit poursuivre la démarche de labellisation égalité/diversité, et rendre compte des progrès réalisés dans ce cadre, dans le bilan social par exemple. Enfin, le rappel des droits et de l'interdiction de discriminer pourrait être l'objet d'une campagne d'information des agents, par voie d'affichage dans les locaux publics.

4. Cette thématique pourrait faire l'objet d'un point annuel devant le Conseil commun de la fonction publique.

Proposition de position en vue de la RIM :

1. Rappeler que le droit français comme européen interdisent les discriminations, à raison de 22 critères, directes comme indirectes, et que les différences de traitement sont strictement encadrées et contrôlées par le juge.

2. Indiquer que la création de voies spécifiques de recrutement nouvelles n'est pas pertinente, en droit comme en opportunité. Aussi, la DGAFP privilégie le renforcement des voies spécifiques actuelles, comme les préparations intégrées ou l'emploi contractuel.

3. Proposer que des actions spécifiques soient menées pour favoriser l'accès aux emplois publics tout au long de la carrière, par une meilleure application du droit, la mobilisation des managers publics et des actions d'information et de prévention auprès des agents publics.