



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

Moyenne copie

Note : 12/20

Ministère de l'Action et des Comptes publics
Direction générale de l'administration et de la fonction publique
Le chef de bureau

Paris, le 20 août 2018.

Note à l'attention de :

Monsieur le Directeur de cabinet

Objet : Réunion interministérielle (RIM) sur le recrutement des agents publics - lutte contre les discriminations.

Le ministre participera prochainement à une RIM portant sur le recrutement des agents publics. La question de la lutte contre les discriminations sera abordée. Dans la continuité du rapport remis par M. Yannick L'Horty au Premier ministre en juillet 2016, des réflexions ont été engagées sur l'opportunité d'organiser de nouvelles voies d'accès, réservées à des publics spécifiques.

La sensibilité de la question est particulièrement grande, sachant que la fonction publique effectue chaque année près de 500 000 recrutements, pour tous types de contrats et pour toutes durées - les recrutements de titulaires ne représentant qu'une entrée sur quatre. En outre, cette RIM s'inscrit en amont des prochaines négociations sur le statut de la fonction publique, prévues pour cet automne.

Dans cette perspective, la présente note s'attachera à :

- rappeler l'approche traditionnelle du droit français en matière de non-discrimination et mettre en exergue les évolutions intervenues sous l'influence du droit européen (1).
- analyser l'opportunité et la faisabilité des mesures envisagées, avant de vous proposer une position qui pourrait être défendue à la RIM (2)

* * *

① Fondée sur des textes constitutionnels et européens, la non-discrimination a vu son périmètre s'élargir et son effectivité assurée par une jurisprudence particulièrement stricte

1.1. En vertu du principe constitutionnel d'égalité, dont le corollaire est l'interdiction de toute forme de discrimination négative, les différences de traitement ne sont admises que dans un cadre précisément défini par le droit et la jurisprudence.

1.1.1. Corollaire du principe constitutionnel d'égalité, la non-discrimination est garantie par une évaluation concrète des juges constitutionnel et administratifs.

Le principe d'égalité est proclamé dès l'article 1^{er} de la Constitution. Y est affirmée l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a également intégré dans cet article le principe selon lequel la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux (...) responsabilités professionnelles et sociales.

De plus, le bloc de constitutionnalité intègre, conformément à la décision du Conseil constitutionnel DC, 1971, liberté d'association, l'article 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 - qui consacre l'égalité de genre - et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, dont l'article 6 dispose : "tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents"

L'interdiction de toute forme de discrimination négative est le corollaire du principe d'égalité. Le législateur en a tiré les conséquences et étendu le champ d'application. Ainsi, l'article 22 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique, affirme le droit à la formation professionnelle en rappelant qu'il concourt à l'égalité d'accès aux différents grades et emplois, en particulier entre femmes et hommes.

En conséquence, le juge administratif garantit la pleine effectivité de la non-discrimination * :

Il exige ainsi que toute dérogation au principe d'égal accès aux emplois publics soit justifiée par la nature des fonctions considérées ou leurs conditions particulières d'exercice. Dans un arrêt du 11 mai 1998, M^{elle} Claire X, il a considéré que de telles justifications n'avaient pas été apportées pour qu'une femme se trouve exclue des fonctions de commissaire de l'armée de terre.

Ce contrôle normal du juge s'opère non seulement sur les motivations expresses de l'administration que sur celles déduites du processus de sélection = ainsi, des questions posées par un jury sur l'origine et les pratiques professionnelles d'un candidat, alors qu'elles étaient étrangères aux critères permettant d'apprécier l'aptitude du candidat (CE, 2009, M. Abdeljalel)

1.1.2. Toute différence de traitement doit être justifiée par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général, selon des critères objectifs et précisément définis, en lien avec l'objectif poursuivi par la mesure.

Les différences de traitement ne sont pas discriminatoires dès lors qu'elle respectent les conditions sus-mentionnées (cf. DC, n° 86-207)

Elles peuvent dès lors tenir compte des capacités financières des administrés présentant des aptitudes égales (DC, n° 2003-475), mais doivent rester limitées dans leur ampleur (DC, n° 85-204) - de sorte que le recrutement par concours ne soit pas défavorisé au regard d'autres modes de sélection.

* Différents critères de discrimination sont pris en compte par le juge, conformément au droit constitutionnel. Il en est ainsi, par exemple, de la liberté d'opinion (cf CE, 1954, Barrel, arrêt relatif à l'inscription d'un candidat sur une liste d'aptitude au concours de l'ENA).

Le Conseil d'Etat s'est inscrit dans la continuité de cette jurisprudence, de longue date (CE, 1961, Chorques). Il a ainsi récemment mis en exergue une discrimination fondée sur la date de titularisation et non justifiée par des circonstances exceptionnelles (CE 2002, M. Jean-François X)

1.2. La non discrimination a vu son périmètre s'élargir et son effectivité renforcée sous l'influence du droit européen.

L'interdiction des discriminations fondées sur des critères personnels a été énoncée tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union européenne. Les motifs de discriminations cités dans la CESDHLF sont plus diversifiés que ceux mentionnés par le texte constitutionnel français. Ils incluent, par exemple, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou toute autre situation (article 14).

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000), mentionne, quant à elle, le handicap ou l'orientation sexuelle.

Depuis juillet 2016, on notera que le code pénal mentionne également vingt-et un critères de discrimination.

Outre les traités, le droit dérivé doit être intégré au droit national. Or, des novations juridiques en résultent. Ainsi, la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 étend-elle le champ de la non discrimination à l'acquisition d'une expérience pratique du travail. De même, la loi de transposition n° 2008-496 du 27 mai 2008 consacre la notion de discrimination indirecte.

Par ailleurs, les différences de traitement sont appréciées de façon restrictives et "in concreto" par les juges européens.

Ainsi, la CEDH exige une justification objective et raisonnable à toute différence dans le traitement de personnes se trouvant dans des situations comparables. Celle-ci doit être non seulement fondée sur un but légitime mais proportionnée au but recherché (CEDH, 2014, Emel Boyraz c/Turquie) La Cour souligne que la marge d'appréciation laissée aux Etats est "étroite" en cas de différence de traitement fondée sur le sexe, la mesure choisie devant être adaptée et nécessaire dans les circonstances de l'espèce.

La Cour de justice de l'Union européenne s'assure également que la différence de traitement, justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, est strictement nécessaire à l'objectif poursuivi - au regard, par exemple, du principe de libre circulation des travailleurs (CJUE, 2003, Mme Burbaud)

Ce cadre juridique restrictif s'applique à des discriminations négatives. Cependant, il est susceptible de fonder des recours contentieux contre des politiques de discrimination positive.

② Lors de la prochaine RIM, les risques afférents à l'organisation de nouvelles voies d'accès à la fonction publique devront être exposées, parallèlement à d'autres propositions visant à garantir l'effectivité de la non-discrimination.

2.1. L'organisation de nouvelles voies d'accès à la fonction publique nécessiterait un strict encadrement juridique, au regard d'un risque élevé de contentieux

Les nouvelles voies d'accès envisageables sont de différents types. Pour les titularisations, il peut s'agir de concours internes réservés à des agents contractuels, tels que ceux instaurés par la loi Sauvadet. Des dispenses de concours, au profit d'un recrutement sur dossier, peuvent également être envisagées.

Des quotas peuvent également être instaurés, notamment pour les recrutements d'agents publics contractuels. D'ores et déjà, l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés implique le recrutement de travailleurs handicapés à hauteur de 6% de l'ensemble des fonctionnaires. A défaut, une contribution financière est versée au FIPHEP.

Le développement de nouvelles voies d'accès spécifiques poserait tout d'abord un problème d'acceptabilité sociale. En effet, les publics non concernés par ces dispositions pourraient estimer que de telles mesures manquent d'équité.

Juridiquement, leur faisabilité n'est pas certaine.

En premier lieu, les critères de discrimination à privilégier ne sont pas évidents à déterminer. D'après le rapport L'HORTY, des inégalités d'ordre géographique sont observées dans l'accès à la fonction publique. Or, une discrimination au profit des candidats issus de la province serait, par nature, disproportionnée.

Dès lors, pour éviter tout risque contentieux, des conditions strictes devraient être fixées à l'adoption de telles mesures.

Tout d'abord, les critères fondant cette différence de traitement devraient être objectifs et précis. Les publics concernés devraient appartenir à des minorités - sans quoi les modalités ordinaires de recrutement seraient bouleversées. Cela étant, les publics ciblés devraient être conçus indépendamment de la nationalité d'appartenance, au regard du droit de l'Union européenne.

De plus, les voies d'accès ainsi conçues ne devraient pas écarter le critère de l'aptitude - au risque sinon d'être encore frappées d'inconstitutionnalité

Par ailleurs, au regard de l'article 34 de la Constitution, seule la loi pourrait établir ces nouveaux principes relatifs aux garanties fondamentales de la fonction publique. L'adhésion de la majorité parlementaire sera donc nécessaire.

2.2. Si l'organisation de nouvelles voies d'accès à la fonction publique peut être envisagée de façon restrictive pour des publics spécifiques, des mesures complémentaires sont à considérer pour lutter contre les discriminations.

L'organisation de nouvelles voies d'accès ne pourra être envisagé qu'à l'issue d'un processus de consultation préalable favorable. Celui-ci implique le Conseil national de la fonction publique et les organisations syndicales représentatives des trois fonctions publiques.

Si cette option était retenue, l'étude d'impact préalable au projet de loi - le cas échéant - assurera la rigueur des critères retenus et de leur opportunité, au regard des mesures déjà existantes.

Si une telle évolution ne peut être écartée a priori, il paraîtrait toutefois opportun de privilégier, dans un premier temps, d'autres mesures de non-discrimination.

Des mesures complémentaires à droit constant, pourraient être envisagées au stade du recrutement et mises en exergue hors de la RIM. Elles pourraient concerner :

→ l'accessibilité des concours : A ce titre, le soutien du gouvernement à des préparations aux concours de la fonction public pourrait être renforcé. A ce titre, considérant les préparations proposées par le secteur privé, des critères sociaux pourraient être pris en compte.

: En outre, le contenu des concours pourrait être repensé de façon à valoriser des capacités personnelles telles que la capacité à rechercher et exploiter l'information utile.

→ l'objectivité des jurys : Une formation des membres des jurys peut être utile afin de les aider à identifier leurs biais de jugement *.

En outre, un guide pourrait être conçu pour l'ensemble de la fonction publique : il illustrerait ainsi le cadre juridique en matière de non discrimination.

En outre, le développement de la formation professionnelle est aussi, en soi, un moyen de donner une nouvelle chance à des publics initialement défavorisés ou discriminés.

* Des campagnes de testing peuvent également être envisagées, sachant toutefois qu'une action préventive paraît préférable. Les discriminations observées et soulignées dans le rapport de M. L'HORTY apparaissent plus fortes dans la fonction publique hospitalière et territoriale, un effort particulier devra être déployé dans leur direction. A cet égard, en territorial, les préfets auront un rôle particulier à jouer aux fins de sensibilisation des élus locaux.