



---

## Décision du Défenseur des droits MLD-2014-182

---

### RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

**Décision relative aux mesures défavorables subies par une assistante maternelle employée par une collectivité, ainsi qu'aux mesures de représailles, caractérisées par le licenciement de la réclamante, qui ont suivies l'intervention du Défenseur des droits (Observations).**

**Domaine(s) de compétence de l'Institution :** Lutte contre les discriminations

**Thème :**

**Domaine de discrimination :** Fonction publique

**Sous-domaine :** Carrière

**Critère de discrimination :** Orientation sexuelle

**Synthèse :**

Une réclamante, assistante maternelle employée par une collectivité, a saisi le Défenseur des droits des mesures défavorables prises à son encontre suite à son changement de situation familiale, à savoir sa relation avec une personne de même sexe. L'enquête menée par le Défenseur des droits a permis de démontrer que, suite à ce changement de situation personnelle, la réclamante a fait l'objet d'un traitement particulièrement défavorable, le retrait anticipé des enfants dont elle avait la charge. Un simple changement de situation familiale n'entraîne pas le retrait des enfants qui étaient placés jusqu'alors auprès de l'assistante familiale, au risque de porter une atteinte disproportionnée tant aux droits des enfants qu'à ceux de l'assistante maternelle. La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance insiste sur la nécessité de garantir une continuité dans l'accueil de l'enfant pour ne pas porter atteinte à ses intérêts. A cet égard, le fait de changer l'enfant de famille, alors qu'il y a vécu pendant 8 ans, constitue une atteinte disproportionnée à ses intérêts. De plus, l'absence d'enfants à garder a pour conséquence, à l'égard de la réclamante, une suspension du versement de son salaire pendant les quatre premiers mois. Enfin, le fait que le statut de célibataire de la réclamante n'a pas donné lieu au même traitement que l'annonce de sa vie en couple avec une femme confirme le caractère discriminatoire de la décision de retrait anticipé des enfants. Au surplus, il apparaît que l'intervention du Défenseur des droits a précipité la décision de la collectivité de licencier la réclamante, ce qui est constitutif de représailles. C'est en effet après l'envoi du premier courrier d'instruction par le Défenseur des droits que

la décision de licenciement de la réclamante a été prise. La collectivité n'apporte pas la preuve de l'absence d'enfants à confier à la réclamante, qui est pourtant une condition essentielle pour justifier le licenciement d'une assistante maternelle. Surtout, le caractère de représailles est confirmé par le fait que la réclamante a déjà connu une période similaire, sans garder d'enfants, et cela n'avait pas donné lieu à son licenciement. Dès lors, la réclamante a été victime d'une discrimination en lien avec son orientation sexuelle au sens, notamment, de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et de l'article 2 de 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.

En conséquence, le Défenseur des droits décide de présenter des observations devant la juridiction administrative saisie par la réclamante.



Paris, le 26 novembre 2014

---

## Décision du Défenseur des droits MLD-2014-182

---

### 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° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance ;

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 l'avis du Collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisi par Madame X, assistante maternelle auprès du Conseil général de Y, d'une réclamation relative à son licenciement, qu'elle estime discriminatoire à raison de son orientation sexuelle ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON

**Observations devant le Tribunal administratif de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**

Le Défenseur des droits a été saisi, le 5 décembre 2013, de la réclamation de Madame X, par l'intermédiaire d'un délégué, M. D, relative à une discrimination dans l'exercice de ses fonctions d'assistante familiale, qu'elle estime en lien avec son orientation sexuelle.

***I. Rappel des faits et de la procédure***

Madame X est employée par le conseil général de Y depuis 2002 en qualité d'assistante maternelle. Elle est rattachée aux services de l'enfance du pôle E.

Son agrément d'assistante familiale, délivré en 2002, lui permet d'accueillir à son domicile jusqu'à trois mineurs ou jeunes majeurs de manière permanente.

En février 2012, elle informe les services de la direction « enfance-famille-santé » du conseil général de sa séparation avec son conjoint.

En mai 2012, les services de l'aide sociale à l'enfance convoquent Madame X, après avoir été informés de la relation amoureuse qu'elle entretient avec Madame A, elle-même agent du Département.

La direction « enfance-famille-santé » décide alors de réexaminer les possibilités d'accueil de Madame X, au regard de l'évolution de sa situation familiale.

Bien que son agrément d'assistante maternelle ne soit pas remis en cause, les deux enfants dont elle avait la garde jusqu'alors lui sont retirés au mois d'août 2012. Il s'agit de M, 12 ans, et de S, 21 mois.

Entre août 2012 et juillet 2013, Madame X ne se voit confier aucun enfant par le conseil général.

Son autorisation d'accueillir des enfants étant confirmée, en juillet 2013, elle participe au dispositif d'urgence mis en place par les services départementaux pour la période estivale en accueillant deux enfants d'une même fratrie, B et R, jusqu'à la fin du mois d'octobre 2013.

Madame X ne conserve pas la garde de B et R puisque ces derniers ne relèvent pas du pôle de Montélimar auprès duquel elle est rattachée administrativement.

Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2013, aucun enfant n'est placé chez Madame X.

C'est dans ce contexte que l'intéressée a saisi le Défenseur des droits, lequel a diligenté une enquête auprès du conseil général de Y, par courrier en date du 6 février 2014.

Ce dernier a fait part de ses observations dans un courrier reçu le 15 avril 2014 expliquant avoir agi dans l'intérêt des enfants en les écartant du foyer de Madame X.

Dans l'intervalle, le 4 avril 2014, Madame X est licenciée au motif que les services de l'aide sociale à l'enfance du département n'ont plus d'enfants à lui confier depuis plus de 4 mois.

Madame X a introduit un recours en annulation contre cette décision auprès du tribunal administratif de Z, le 30 mai 2014.

Par courrier en date du 8 septembre 2014, le conseil général de Y fait valoir que le licenciement de la réclamante ne constitue pas une mesure de représailles à son encontre, après sa saisine du Défenseur des droits.

Toutefois, force est de constater que les éléments recueillis au cours de l'enquête menée par le Défenseur des droits ne permettent pas de lever les présomptions de discrimination à l'encontre de Madame X.

## **II. Analyse juridique**

Aux termes de la loi n° 92-642 du 12 juillet 1992 relative aux assistants maternels et assistantes maternelles, la qualité d'agent non titulaire de la fonction publique territoriale est reconnue aux assistants maternels employés par des personnes morales de droit public, leur permettant ainsi de bénéficier des mêmes droits et obligations que les fonctionnaires en matière de lutte contre les discriminations.

A cet égard, ils peuvent se prévaloir des dispositions de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires aux termes desquels « *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) leur orientation ou identité sexuelle (...)* ».

De même, l'article 2 de 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 dispose, que « *2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur (...) l'orientation ou identité sexuelle (...) est interdite en matière (...) d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle* ».

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a jugé, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, qu'« *il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, 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* » (CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298348).

L'enquête menée par les services du Défenseur des droits permet de démontrer que, suite à son changement de situation personnelle, Madame X a fait l'objet d'un traitement particulièrement défavorable, à savoir le retrait anticipé des enfants dont elle avait la charge (1), ce qui est constitutif d'une discrimination. Au surplus, l'intervention du Défenseur des droits a précipité la décision de l'administration de licencier Madame X, ce qui constitue une mesure de représailles (2).

## **1 - S'agissant du retrait anticipé des enfants dont la réclamante avait la charge**

Pour justifier sa décision de retrait anticipé des enfants (M et S), le conseil général de Y invoque successivement plusieurs arguments.

Dans un premier temps, le conseil général estime que Madame X a manqué à ses obligations par l'« *absence d'information produite aux services du Département quant à sa nouvelle situation personnelle* ». Il fait valoir que « *le changement de situation familiale doit être déclaré au Département afin que l'adaptation de la nouvelle composition familiale aux besoins de l'enfant accueilli soit évaluée* » (courrier du 15 avril 2014).

En effet, l'article R 421-38 du code de l'action sociale et des familles (CASF) impose aux assistants maternels et assistants familiaux agréés d'informer « *sans délai le président du conseil général de toute modification des informations figurant dans le formulaire de demande d'agrément mentionné à l'article L. 421-3 et relatives à leur situation familiale, aux personnes vivant à leur domicile et aux autres agréments dont ils disposent* ». ».

Or, l'enquête a montré que Madame X n'a pas cherché à se soustraire à son obligation d'information puisque, lors de sa convocation en mai 2012, elle n'avait à déclarer que son statut de célibataire, étant depuis peu séparée de son conjoint. En effet, sa compagne, Madame A n'a rejoint le domicile de Madame X que postérieurement, en août 2012, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par le conseil général.

Or, force est de constater que la décision de retrait anticipé des enfants placés chez Madame X est intervenue en juillet 2012 avant même que la vie commune de ces deux agents soit devenue effective.

En outre, un changement de situation familiale, s'il doit être déclaré aux services départementaux, n'a pas nécessairement pour conséquence le retrait des enfants confiés jusqu'alors à l'assistante maternelle.

Dans les faits, le changement de situation familiale se traduit par la convocation des membres de la cellule familiale, pour un entretien, afin que les services du département évaluent le profil du nouveau membre. L'entretien s'appuie, notamment, sur l'étude du casier judiciaire de ce dernier.

Le conseil général confirme qu'« *effectivement, sur le principe et en pratique, les services du Placement familial privilégient de manière systématique l'intérêt supérieur de (ou des) enfant(s) accueilli(s)* », en les maintenant dans la même famille d'accueil (courrier du 8 septembre 2014), ce qui n'a pourtant pas été le cas en l'espèce.

En pratique, les hypothèses de retrait anticipé des enfants placés chez une assistante maternelle sont très limitées.

Le retrait anticipé des enfants est une obligation en cas de suspension de l'agrément de l'assistante maternelle. Ainsi, aux termes de l'article L 421-6 du CASF, « *si les conditions de l'agrément cessent d'être remplies, le président du conseil général peut, après avis d'une commission consultative paritaire départementale, modifier le contenu de l'agrément ou procéder à son retrait. En cas d'urgence, le président du conseil général peut suspendre l'agrément. Tant que l'agrément reste suspendu, aucun enfant ne peut être confié. Toute décision de retrait de l'agrément, de suspension de l'agrément ou de modification de son contenu doit être dûment motivée et transmise sans délai aux intéressés* ».

Le retrait des enfants peut aussi intervenir lorsque l'assistante maternelle manque aux obligations qui découlent de son agrément ou du contrat de travail conclu avec le conseil général.

C'est ainsi que l'accueil des enfants peut être suspendu en cas de suspicion de danger grave ou imminent pour la santé et la sécurité des enfants accueillis, tel qu'une suspicion de maltraitance ou d'abus sexuels. A l'occasion d'un arrêt du 28 juin 2012, le juge administratif a confirmé la décision de retrait anticipé des enfants au motif que des assistantes sociales ont révélé, suite à plusieurs visites chez l'assistante maternelle mise en cause, « *un comportement empreint d'un manque d'affection, de négligence quant à la propreté, l'éducation et l'alimentation des enfants qui lui étaient confiés, (...) d'attitudes vexatoires et de méthodes d'éducation inappropriées à l'égard d'un des enfants accueillis* » (CAA Lyon, 28 juin 2012, n° 11LY013601).

Enfin, le retrait des enfants peut être décidé en cas de non-respect, par l'assistant familial, des obligations qui découlent du contrat d'accueil annexé au contrat de travail, prévu par l'article L 421-16 du CASF, conclu entre l'assistant familial et son employeur pour chaque mineur accueilli, telles que l'obligation de présenter les enfants à des visites régulières chez ses parents.

En l'espèce, aucune de ces différentes hypothèses de retrait anticipé des enfants ne se sont réalisées.

Dans un second temps, le conseil général justifie sa décision par le risque de confusion engendré pour les enfants à la charge de Madame X du fait de son changement de situation personnelle.

En effet, la nouvelle compagne de Madame X, Madame A, a été, pendant 7 ans (jusqu'en 2011), la référente en charge du suivi éducatif de M, une des enfants placées chez Madame X. À ce titre, Madame A se rendait régulièrement au domicile de Madame X afin de contrôler les conditions d'accueil et de l'éducation assurées à M.

A cet égard, la préoccupation du conseil général de garantir l'impartialité des référents éducatifs est légitime et le Défenseur des droits ne saurait en contester l'intérêt.

Pour autant, on peut s'interroger sur le point de savoir si le retrait anticipé des enfants ne porte pas une atteinte disproportionnée tant aux droits des enfants qu'à ceux de l'assistante maternelle en cause.

S'agissant des enfants, la loi n° 2007- 293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance insiste sur la nécessité de garantir une continuité dans l'accueil de l'enfant pour ne pas porter atteinte à ses intérêts.

En l'espèce, une décision du 2 juillet 2012 a acté le retrait des deux enfants placés chez Madame X, M et S, lesquels étaient respectivement placés chez la réclamante depuis 2004 et 2011.

Certes, la présence permanente de Madame A au sein du foyer dans un positionnement différent pouvait prêter à confusion auprès de la jeune M âgée de 12 ans. Pour autant, la décision de changer M de famille d'accueil alors qu'elle y avait vécu pendant 8 ans, paraît pour le moins disproportionnée.

Quant au second enfant âgé de 21 mois, S, son retrait du foyer de Madame X est encore moins justifié puisque Madame A n'a jamais été sa référente.

En outre, il ne ressort pas des pièces du dossier que les conditions d'accueil offertes par Madame X sur les plans familial, éducatif et psychologique ne correspondaient pas aux besoins et à l'intérêt des enfants placés dans son foyer.

S'agissant de Madame X, elle a effectivement été privée de salaire pendant quatre mois, de septembre à décembre 2012, n'ayant plus d'enfants placés à son domicile.

Cette décision semble bien motivée par l'orientation sexuelle de Madame X la conduisant à vivre en couple avec une personne du même sexe.

On note en effet qu'après son divorce, les enfants qu'elle gardait ne lui ont pas été retirés. Un simple entretien avec les services du département, en février 2012, a permis de prendre acte de sa nouvelle situation personnelle.

En outre, Madame X n'a jamais fait l'objet de reproches dans sa manière d'exercer ses fonctions d'assistante familiale puisque son agrément a été régulièrement prorogé depuis 2002.

Dès lors, et faute pour le conseil général de justifier que sa décision de retrait anticipé des enfants repose sur des éléments objectifs, garantissant l'intérêt des enfants, le Défenseur des droits considère que Madame X a subi une discrimination fondée sur son orientation sexuelle.

## **2 - S'agissant du licenciement de la réclamante**

Par décision du 4 avril 2014, le conseil général de Y a prononcé le licenciement de Madame X. Il se prévaut de l'absence d'enfants à lui confier, et non pas d'une éventuelle faute disciplinaire de l'intéressée.

Le Défenseur des droits observe que cette décision intervient au terme d'une période d'un an et 8 mois durant laquelle Madame X n'a pas cessé de contester le retrait anticipé des enfants suite à son changement de situation personnelle, notamment auprès du Défenseur des droits.

La question se pose de savoir s'il existe un lien de causalité entre le licenciement de Madame X et son refus d'accepter la décision du conseil général (le retrait anticipé des enfants) qu'elle estime discriminatoire, ce qui constituerait, dans l'affirmative, une mesure de représailles, prohibée par la loi.

En effet, l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose qu' « aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération : 1° Le fait qu'il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés au deuxième alinéa du présent article (...) » (en l'espèce, l'orientation sexuelle). L'adverse « notamment » permet d'inclure le licenciement dans la liste des décisions susceptibles de caractériser une mesure de représailles.

L'article 3 de 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, dispose également qu' « aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée par l'article 2 ».



Selon l'article L 423-32 du CASF, « *L'employeur qui n'a pas d'enfant à confier à un assistant familial pendant une durée de quatre mois consécutifs est tenu de recommencer à verser la totalité du salaire à l'issue de cette période s'il ne procède pas au licenciement de l'assistant familial fondé sur cette absence d'enfants à lui confier* ». Ainsi, l'employeur peut procéder au licenciement d'un assistant familial lorsqu'il n'est pas en mesure de lui confier des enfants pendant plus de quatre mois consécutifs.

En l'espèce, le conseil général de Y n'apporte pas la preuve de l'absence d'enfants à confier à Madame X de manière permanente.

Alors que son agrément lui permet d'accueillir trois enfants, à titre permanent, aucune proposition en ce sens ne lui est faite en quatre mois, de novembre 2013 à février 2014.

Certes, le conseil général a proposé à Madame X d'accueillir des enfants depuis novembre 2013 et elle n'y a pas donné suite.

Le juge administratif reconnaît qu'un assistant maternel qui refuse d'accueillir un enfant, sans raison objective, peut faire l'objet d'un licenciement pour motif disciplinaire. A l'occasion d'un arrêt rendu le 18 mars 2010, il a considéré que la requérante « *ne saurait davantage prétendre que ses refus (d'accueillir des enfants) étaient légitimes, au motif que les enfants dont il lui était demandé d'assurer la garde seraient particulièrement difficiles, ce caractère n'étant pas démontré et les enfants confiés par le Centre département de l'enfance de la Moselle rencontrant nécessairement des problèmes liés à leur passé, qui ont rendu impossible leur maintien dans leur famille d'origine ; qu'ainsi, en se fondant sur ces faits, et quand bien même ses états de service antérieurs étaient satisfaisants, le directeur du Centre départemental de l'enfance de la Moselle a pu licencier l'intéressée sans commettre d'erreur d'appréciation* » (CAA Nancy, 18 mars 2010, n° 09NC00985).

En l'espèce, la réclamante apporte des éléments objectifs pour démontrer qu'elle ne pouvait pas donner suite à ces demandes. D'ailleurs, le conseil général ne retient pas ces refus comme une faute disciplinaire, susceptible de justifier le licenciement.

En premier lieu, en novembre 2013, il lui a été proposé d'accueillir un jeune garçon de 16 ans dont les antécédents (faits d'attouchements sur des mineurs, connus des services départementaux) rendait son placement incompatible avec le fait que Madame X accueillait déjà un jeune enfant qui lui avait été confié par Z.<sup>1</sup>

En second lieu, et alors que Madame X avait renouvelé expressément son souhait d'accueillir à nouveau des enfants à titre permanent, le conseil général lui a proposé en février 2014, d'accueillir un enfant, T, âgé de 4 ans et demi, à titre provisoire, pour une durée d'un mois.

A cet égard, lors de l'enquête menée par le Défenseur des droits, le conseil général reconnaît que 23 enfants étaient en attente de placement en famille d'accueil en mai 2014 (courrier du 8 septembre 2014).

---

<sup>1</sup> L'Association Z., service d'accueil d'urgence, indépendant du conseil général, a pour objet l'accueil immédiat de mineurs confiés à l'Aide Sociale à l'Enfance, avant qu'une décision définitive ne soit prise par le conseil général quant à l'orientation de l'enfant, soit vers l'accueil en famille d'accueil, soit vers le placement en établissement, soit un retour en famille. Z. gère de manière autonome le placement des enfants qui lui sont confiés en urgence.

Dans un courrier en date du 27 février 2014, Madame X a souligné le fait que ce placement était proposé seulement à titre provisoire alors que dans le même temps, des assistants familiaux du département se voient confier des enfants au-delà de ce qu'autorise leur agrément pour répondre aux nombreuses sollicitations dont ils font l'objet.

En réponse à la demande d'explications du Défenseur des droits, le conseil général fait valoir que « *Madame X, très au fait du cadre législatif ordonnant sa profession, a en toute connaissance, causé les conditions de son licenciement* ».

Or, aucun élément ne permet de penser que Madame X, qui avait connaissance du nombre d'enfants en attente de placement dans le Département et en avait sollicité la garde à plusieurs reprises, ne souhaitait plus maintenir le lien qui l'unissait au département. En revanche, il est permis de penser que les propositions faites à la réclamante, dès lors qu'elles ne répondaient pas aux souhaits qu'elle avait précédemment exprimés, ne pourraient qu'aboutir à un refus de sa part d'y donner suite.

On peut donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si les contestations de Madame X, notamment auprès du Défenseur des droits, suite au retrait anticipé des enfants dont elle avait la charge, n'ont pas précipité la décision du conseil général de la licencier.

Dès lors, et en application de l'aménagement de la charge de la preuve tel que défini par la jurisprudence précitée (CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298348), le Défenseur des droits considère que la décision de licenciement de Madame X est directement en lien avec son refus de se soumettre à la discrimination dont elle a fait l'objet, du fait de son orientation sexuelle, méconnaissant ainsi l'article 3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du Tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON