

Paris, le 10 février 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-032

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 Constitution du 4 octobre 1958 ;

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

Vu la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par Madame X, contrôleur principal des finances publiques, qui se plaint de la priorité de mutation accordée aux agents originaires d'un département d'outre-mer pour leur DOM d'origine prévue par la direction générale des finances publiques et du rejet de sa demande de mutation pour le département de Y, qu'elle estime fondée sur cette priorité et de ce fait, sur son origine métropolitaine,

Décide de présenter des observations devant le Conseil d'Etat et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Jacques TOUBON

Observations devant le Conseil d'Etat

Circonstances de l'espèce

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, contrôleur principal des finances publiques, qui soutient que la règle de priorité accordée aux agents originaires d'un département d'outre-mer (ci-après DOM) prévue par la direction générale des finances publiques dans les instructions portant sur les mutations des agents de la filière fiscale au titre des années 2013 et 2014, entraîne une différence de traitement à raison de l'origine des agents et constitue de ce fait une discrimination. Madame X expose également que cette priorité de mutation la prive de la possibilité d'obtenir son affectation dans le département de Y et ce, depuis 2012.

Il convient de relever que le Défenseur des droits a été saisi par deux autres agents contrôleurs principaux d'une réclamation portant sur le même objet et qu'une enquête portant sur ces trois réclamations a été menée auprès du directeur général des finances publiques.

Ainsi, le 25 février 2014, les services du Défenseur des droits ont adressé au directeur général des finances publiques un courrier lui demandant communication de certaines pièces (notamment la liste des agents contrôleurs principaux 1^{ère} classe ayant obtenu leur mutation à Y en 2012, 2013, en précisant leur ancienneté administrative) ainsi que ses observations sur la discrimination alléguée par Mme X au regard des dispositions de l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Une réponse a été apportée par courrier daté du 28 février 2014 mais les éléments de comparaison avec les agents mutés à Y demandés n'ont pas été communiqués.

Le 22 octobre 2014, dans le cadre de la procédure contradictoire, le Défenseur des droits a invité le directeur général des finances publiques à présenter tous les éléments nouveaux (éléments de fait, pièces et observations) qu'il estimait utile en vue d'établir que les faits contestés sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Dans ce courrier, le directeur général des finances publiques était informé qu'à défaut de réponse dans un délai d'un mois à compter de la date de réception, le Défenseur des droits pourrait prendre une décision sur la base des seuls éléments fournis par Mme X.

Ce délai étant expiré sans que la direction générale des finances publiques n'ait répondu à sa demande, le Défenseur des droits est conduit à prendre position sur ce dossier devant le Conseil d'Etat, saisi par Mme X d'une requête pour excès de pouvoir aux fins d'obtenir l'annulation de l'instruction annuelle sur les mutations et premières affectations des cadres B et C du 18 décembre 2013 au titre de l'année 2014 et sur l'annulation de l'instruction annuelle du 18 décembre 2014 au titre de l'année 2015.

Au vu des éléments versés au dossier, le Défenseur des droits considère que la priorité de mutation accordée aux agents originaires d'un DOM prévue par la direction générale des finances publiques dans les instructions portant sur les mutations des agents de la filière fiscale au titre des années 2013 et 2014, entraîne une différence de traitement fondée sur l'origine des agents qui constitue une discrimination directe (I). Par ailleurs, il estime que le directeur général des finances publiques n'a pas justifié que le refus de mutation de Mme X reposait sur des critères objectifs étrangers à toute discrimination et il considère que l'intéressée a fait l'objet d'un traitement défavorable, à raison de son origine (II).

Analyse juridique

Plusieurs dispositions prohibent la discrimination fondée sur le critère de l'origine dans le domaine de l'emploi public.

L'alinéa 1^{er} de l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 précise que « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Aux termes de l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 précitée énonce qu'« aucune distinction directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur origine (...) ».

Selon l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race (...), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».

S'agissant des règles régissant les mutations des fonctionnaires de l'Etat, elles sont définies à l'article 60 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat qui est libellé comme suit : « *L'autorité compétente procède aux mouvements des fonctionnaires après avis des commissions administratives paritaires. (...). Dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille. Priorité est donnée aux fonctionnaires séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles, aux fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité lorsqu'ils produisent la preuve qu'ils se soumettent à l'obligation d'imposition commune prévue par le code général des impôts, aux fonctionnaires handicapés relevant de l'une des catégories mentionnées aux 1°,2°,3°,4°,9°,10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail et aux fonctionnaires qui exercent leurs fonctions, pendant une durée et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, dans un quartier urbain où se posent des problèmes sociaux et de sécurité particulièrement difficiles. Priorité est également donnée aux fonctionnaires placés en situation de réorientation professionnelle pour les emplois correspondant à leur projet personnalisé d'évolution professionnelle(...)* ».

Sur le caractère discriminatoire de la priorité de mutation accordée aux agents originaires d'un DOM

En l'espèce, les instructions¹ de la direction générale des finances publiques (ci-après DGIFP), accordent aux agents originaires d'un DOM une priorité de mutation pour leur DOM d'origine.

Ainsi, les agents bénéficiaires d'une priorité pour une mutation ou une première affectation pour leur DOM d'origine sont les agents répondant aux critères suivants :

- Nés dans un DOM ;
- Dont le conjoint, le concubin ou le partenaire PACS est né dans un DOM ;

¹ A savoir, les instructions sur les mutations et premières affectations des cadres B et C du 18 décembre 2013 au titre de l'année 2014 et du 18 décembre 2014 au titre de l'année 2015 qui sont contestées devant le Conseil d'Etat. Dans sa réclamation devant le Défenseur des droits, Mme X contestait également l'instruction en date du 18 décembre 2012 portant sur le mouvement général de mutation des agents des catégories A, B et C de la filière fiscale au titre de l'année 2013.

- Dont un ascendant (père, mère, grand-père ou grand-mère) est né dans un DOM ;
- Dont un ascendant de leur conjoint, concubin ou partenaire pacs est né dans un DOM.

De la même façon, sont considérés comme originaires de Y « (...) *les agents nés ou dont les ascendants sont nés dans un D.O.M.* ».

Les bénéficiaires se voient donc accorder un avantage qui se traduit dans leur classement puisque : « *les agents originaires sollicitant une demande de mutation pour convenance personnelle sont classés avant les non originaires pour l'accès au département* ».

Ces instructions soulèvent plusieurs questions.

En premier lieu, force est de constater que cette priorité donnée aux agents originaires d'un DOM n'est pas prévue à l'article 60 de la loi n°84-16 précitée (CE, 6 février 1998, n°139095).

En second lieu, les instructions de la DGIFP créent une distinction entre les agents, selon le critère du lieu de naissance, ce qui pose question au regard du principe de non-discrimination.

Cette préférence accordée aux agents originaires des DOM, en raison de leur seul lieu de naissance, peut s'analyser comme une discrimination directe au sens de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précitée.

Invitée à présenter ses observations concernant la compatibilité de la priorité de mutation instituée au profit des agents originaires d'outre-mer avec l'article 6 de la loi n°83-634 qui prohibe toute distinction fondée sur l'origine, la DGIFP explique que cette priorité de mutation constitue « *une mesure d'équité à l'égard des agents de l'outre-mer* » et qu'elle s'inscrit dans le cadre de la circulaire du ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique en date du 23 juillet 2010 relative à la mise en œuvre des mesures transversales retenues par le conseil interministériel de l'outre-mer pour favoriser l'émergence d'une fonction publique plus représentative du bassin de vie qu'elle administre, en l'espèce les DOM.

Le Défenseur des droits s'est donc attaché à examiner la circulaire du 23 juillet 2010 et il en résulte que plusieurs constats peuvent être faits.

Cette circulaire invite en effet les ministères à adapter la gestion de leurs emplois en vue de la réalisation de trois objectifs :

- renforcer les chances des personnes originaires de l'outre-mer d'accéder aux emplois de responsabilité, tant dans les territoires ultramarins qu'en métropole ;
- mieux organiser la mobilité des agents au sein des départements d'outre-mer ;
- confier aux responsables de l'action publique outre-mer un rôle dans le développement des recrutements.

Pour autant, la circulaire du 23 juillet 2010 s'inscrit dans le respect du principe constitutionnel d'égalité et n'invite en aucune manière à y déroger en raison de circonstances exceptionnelles contrairement à ce que prétend le directeur général des finances dans ses observations en défense.

En effet, la circulaire précise « *le principe constitutionnel d'accès aux emplois publics, ainsi que les contraintes liées à la gestion des emplois et des carrières rendent aléatoire l'affectation des originaires d'outre-mer dans les territoires dont ils sont issus. En particulier, l'obligation de mobilité liée à la promotion de grade ou au changement de corps ainsi qu'à l'accès à certains emplois, conduit très souvent les intéressés à quitter le département ultramarin d'origine ou d'affectation, sans avoir nécessairement la perspective de pouvoir y prendre une nouvelle affectation à court ou moyen terme. (...). Dans le respect du principe d'égalité des fonctionnaires, ces mesures doivent permettre d'adapter la gestion des emplois disponibles dans la fonction publique de l'Etat, afin de corriger les effets de la saturation des emplois disponibles dans un environnement géographique éloigné de la métropole* ».

Or, en l'espèce, prendre en considération le seul lieu de naissance de l'agent ou de ses ascendants revient à créer une distinction entre les agents en fonction de leurs seules origines.

Ainsi, les instructions de la DGIFP ne prennent pas en compte l'ensemble des éléments que recouvre la notion de « centre des intérêts moraux et matériels » (CE, 7 avril 1980, n°328510).

Cette notion qui renvoie à celle de résidence habituelle ne repose pas exclusivement sur le lieu de naissance, même si ce critère peut être pris en compte lorsque l'administration doit apprécier si le fonctionnaire dispose d'une « *résidence habituelle* » pour l'octroi notamment, des congés bonifiés ou de l'indemnité temporaire de retraite.

Cette notion peut être définie comme le lieu où une personne physique concentre l'essentiel de ses intérêts personnels, et le cas échéant, professionnels. La jurisprudence du Conseil d'Etat a dégagé un ensemble de critères permettant de déterminer la localisation du « *centre des intérêts matériels et moraux* », parmi lesquels figurent notamment :

- le domicile des père et mère ou à défaut des parents les plus proches ;
- les biens fonciers situés sur le lieu de la résidence habituelle déclarée dont l'agent est propriétaire ou locataire ;
- le domicile avant l'entrée dans l'administration ;
- le lieu de naissance de l'agent ;
- le bénéfice antérieur d'un congé bonifié ;
- le lieu de naissance des enfants.

Dans une circulaire en date du 3 janvier 2007 portant sur les conditions d'attribution des congés bonifiés aux agents des trois fonctions publiques, la direction générale de l'administration et de la fonction publique rappelle que ces critères ne sont ni exhaustifs, ni nécessairement cumulatifs et que plusieurs d'entre eux qui ne seraient pas à eux seuls déterminants, peuvent se combiner, sous le contrôle de la juridiction compétente, selon les circonstances propres à chaque espèce.

Le critère du lieu de résidence habituelle apprécié au regard de la notion de « *centre des intérêts matériels et moraux* », constitue un critère de distinction objectif qui n'est pas contraire à l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 (CE, 16 février 2000, Moschetto, n°203924).

Au regard de l'analyse qui précède, la priorité de mutation fixée pour les agents originaires d'un DOM fondée sur le seul lieu de naissance et le lignage, telle qu'elle résulte des instructions contestées devant la haute juridiction, apparaît contraire au principe de non-discrimination fondée sur l'origine.

En tout état de cause, la DGIFP n'apporte aucun élément objectif qui permette de considérer que, dans les circonstances de l'espèce, la priorité de mutation accordée aux agents originaires d'un DOM, est justifiée par des considérations exceptionnelles dans l'intérêt du service. Pour le Défenseur des droits, la DGIFP ne peut se fonder sur la circulaire interministérielle du 23 juillet 2010 pour légitimer la dérogation au principe de l'égalité de traitement à laquelle ont droit les agents d'un même corps, sans distinction aucune fondée sur l'origine (CE, 21 octobre 2008, n°75623).

Au surplus, la DGIFP ne s'appuie sur aucune expertise de la DGAFP permettant d'apprécier la légitimité de la règle accordant aux agents originaires d'un DOM une priorité de mutation dans leur DOM d'origine alors qu'une telle expertise est prévue par la circulaire interministérielle précitée. Aucun avis du Conseil Interministériel de l'Outre-Mer portant sur le bilan de cette mesure, reconduite pourtant depuis plusieurs années, ne vient étayer la licéité d'une telle mesure au regard de l'intérêt du service.

Sur le refus de mutation de Mme X

Madame X, contrôleur principal des finances publiques depuis le 1^{er} septembre 2011 exerce ses fonctions au service des impôts des particuliers à C. Elle soutient que la règle de priorité accordée aux agents originaires d'un département d'outre-mer l'empêche d'obtenir sa mutation dans le département de Y depuis 2012.

Sollicitant sa mutation pour convenances personnelles, Mme X ne peut se prévaloir d'aucune priorité statutaire telle que prévue par l'article 60 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

Eu égard au nombre limité de postes vacants par rapport aux nombreuses demandes de mutation pour Y, l'administration est en effet tenue d'opérer un choix entre les fonctionnaires placés dans une situation comparable. Ce choix doit évidemment être fondé sur des critères objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, les différentes instructions attaquées mentionnent toutes la même règle pour les agents sollicitant une mutation pour convenance personnelle, à savoir, une priorité de mutation pour les agents originaires d'un DOM.

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a considéré, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, *« que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure (discriminatoire) 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 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225).

Invitée à justifier que la réclamante n'avait pas été désavantagée au regard de son origine métropolitaine par rapport à d'autres agents se trouvant dans une situation comparable (notamment à ancienneté équivalente), la DGIFP n'a produit aucun élément matériellement vérifiable dans le cadre de l'enquête conduite par le Défenseur des droits. S'agissant des explications données dans son mémoire en défense, il apparaît que les éléments communiqués ne portent que sur 9 personnes alors que dix-sept agents ont obtenu leur mutation à Y au titre de l'année 2014.

Par suite, le Défenseur des droits estime que le refus de faire droit à la demande de mutation pour le département de Y qui a été opposé à Mme X ne repose sur aucun élément objectif étranger à toute discrimination.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits décide de présenter devant le Conseil d'Etat et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Jacques TOUBON