

Paris, le 25 février 2019

Décision du Défenseur des droits n° 2019-048

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

Saisi par Mme X, adjointe administrative principale au sein de la commune de Y qui s'estime victime de représailles suite aux démarches qu'elle a accomplies pour dénoncer une discrimination à son égard ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, saisi par l'intéressée.

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Z en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

Mme X, adjointe administrative territoriale au sein de la commune de Y depuis 1999, occupait les fonctions de responsable du centre communal d'action sociale (CCAS).

Du 15 avril au 14 novembre 2010, Mme X a été placée en congé de maternité et en congé pathologique. À compter du 23 novembre 2010, elle a bénéficié d'un temps partiel (80% du temps plein), qui a été renouvelé tous les ans, jusqu'aux 3 ans de son dernier enfant.

Le 9 janvier 2012, le maire de la commune a décidé d'affecter Mme X, pour la moitié de son temps de travail, au service d'accueil de la mairie et, pour l'autre moitié, au poste d'assistante du responsable du CCAS.

Les fonctions de responsable du CCAS ont alors été confiées à son ancienne assistante.

Par un courrier du 10 mai 2013, Mme X a saisi le maire de Y d'une demande de réintégration dans ses anciennes fonctions. Elle n'a pas obtenu de réponse à sa demande. Elle a donc engagé un recours contentieux contre cette décision implicite de rejet.

Par un jugement en date du 19 mai 2015, le tribunal administratif de Z a rejeté la demande de Mme X.

Elle a fait appel de ce jugement et elle a saisi le Défenseur des droits.

À l'issue d'une enquête contradictoire, le Défenseur des droits a considéré, par une décision n° MLD-2015-244 du 4 décembre 2015, que le changement d'affectation de Mme X était constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 6 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et de l'article 1^{er} 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 application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a présenté ses observations devant la cour administrative d'appel de A.

Par un arrêt du 22 septembre 2016, celle-ci a fait droit à la demande de Mme X en jugeant que :

« la décision de modifier l'affectation de la requérante ne résulte pas seulement d'une réorganisation des services mais a été prise car le maire considérait qu'elle était trop souvent absente pour assurer un suivi correct des dossiers » (point 4).

Le juge a précisé que :

« pour justifier le changement d'affectation de la requérante, la commune de Y se borne à invoquer, devant le juge, qu'elle a dû procéder à une réorganisation de ses services qui a entraîné la suppression d'un demi-poste au centre communal d'action sociale et la nécessité d'un complément de seize heures hebdomadaires au service d'accueil de la population ; que cette seule circonstance, au regard des éléments mentionnés ci-dessus, ne permet pas d'établir qu'un changement d'affectation de l'intéressée aurait été nécessaire pour permettre de satisfaire les contraintes du service ; qu'ainsi, les éléments produits par le maire en défense ne permettent pas d'établir que la décision de changer Mme X d'affectation repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » (point 10).

En application de cet arrêt, la commune a réintégré Mme X sur le poste de responsable du CCAS à compter du 13 février 2017, soit cinq mois après l'arrêt de la cour administrative d'appel de A.

Au cours de l'année 2017, la réclamante a cumulé plusieurs périodes d'absence pour maladie. Elle a d'ailleurs été placée en congé de longue maladie pour six mois à compter du 17 octobre 2017, congé renouvelé et prolongé jusqu'à ce jour.

Le 28 décembre 2017, alors qu'elle était toujours en congé longue maladie, le maire de la commune a pris un arrêté modifiant les fonctions de Mme X. Il a ainsi été décidé qu'à compter du 12 février 2018, elle serait affectée, à hauteur de 50% de son temps de travail, au poste d'agent du CCAS et, pour le reste, au poste d'agent du service « Accueil / État-civil / Formalités administratives » de la mairie, remplaçant Mme X dans la même situation qu'avant l'exécution de la décision de la Cour d'appel administrative de A.

Mme X, considérant que cette décision n'était pas objectivement justifiée et qu'elle constituait une mesure de représailles suite aux démarches qu'elle avait effectuées auprès du Défenseur des droits et du juge administratif pour contester sa mutation en 2012, a de nouveau saisi le Défenseur des droits.

ANALYSE JURIDIQUE

Aux termes de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires :

« Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, 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 [à savoir une distinction, directe ou indirecte, fondée sur un critère de discrimination] ;

2° Le fait qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes ;

3° Ou bien le fait qu'il a témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés ».

De même, 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 que :

« Aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait.

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 [à savoir, une discrimination en matière d'emploi] ».

La commune a exécuté l'arrêt de la cour administrative d'appel en réintégrant Mme X sur le poste de responsable du CCAS en février 2017, mais elle a décidé de la changer d'affectation dès décembre 2017, pendant son congé maladie.

Les fonctions qui lui ont été attribuées par l'arrêté du 28 décembre 2017 étaient identiques à celles que la commune avait tenté de lui imposer en 2012, avant que la réclamante n'ait engagé des actions contre cette décision auprès du Défenseur des droits et du juge administratif.

Ce constat laisse présumer que le changement d'affectation de Mme X, décidé en décembre 2017, pourrait être constitutif d'une discrimination.

La personne qui estime faire l'objet d'une discrimination bénéficie du principe d'aménagement de la charge de la preuve. Le Conseil d'État a jugé, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le requérant, « *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, Mme PERREUX, n° 298348).

Ce dispositif, également repris à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que les agissements contestés reposent sur des explications objectives indépendantes de toute considération discriminatoire.

Pour justifier sa décision de changement d'affectation, la commune avance qu'il s'agit d'une mesure d'ordre intérieur, insusceptible de recours, dès lors que les fonctions confiées à Mme X en février 2018 correspondaient à son grade et que l'intéressée conservait la même rémunération (courrier du 12 novembre 2018).

Le Conseil d'État, par un arrêt du 25 septembre 2015, a rappelé que : « *« les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours ; qu'il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération ; que le recours contre de telles mesures, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination, est irrecevable* » (n° 372624).

Ainsi, le juge exerce son contrôle de légalité sur toute décision qui semble motivée par des considérations discriminatoires car, quels qu'en soient les effets, une discrimination constitue toujours une atteinte grave à un droit fondamental de l'agent.

Pour contester le caractère discriminatoire de sa décision, la commune doit établir, au-delà de cet argument, que les nécessités de service justifiaient le changement d'affectation de Mme X au 12 février 2018, alors que son congé maladie se poursuivait, au moins, jusqu'en avril 2018.

La commune explique, dans son courrier du 12 octobre 2018, que, d'une part, « *la présence de deux agents à temps complet au CCAS ne se justifiait plus* » et, d'autre part, qu'il y avait besoin d'un renfort en personnel au service Accueil de la mairie. C'est pourquoi, elle a pris la décision de déplacer Mme X du CCAS vers l'accueil de la mairie.

Pour justifier la baisse des besoins en personnel au CCAS, la commune indique que l'agent affecté au CCAS assurait pleinement ses missions et celles de Mme X pendant les absences de cette dernière.

La commune semble donc indiquer qu'au regard de la charge de travail, le service pouvait fonctionner avec un seul agent. L'absence de Mme X ne provoquait donc pas de perturbation du service.

La commune ne peut pas davantage soutenir qu'il y avait un besoin en personnel à combler d'urgence à l'accueil de la mairie en faisant le choix d'y affecter Mme X, un agent placé en congé de longue maladie.

Selon le Défenseur des droits, les arguments avancés par la commune ne permettent pas de démontrer que le changement d'affectation de Mme X, décidé plusieurs mois avant sa reprise du travail, répondait à une nécessité de service.

Dès lors, en l'absence d'explications objectives, le Défenseur des droits considère que le changement d'affectation virtuel de Mme X, qui revient sur l'exécution de l'arrêt de la cour administrative d'appel de A, est une suite directe du recours qu'elle a engagé contre la commune en 2013, ce qui constitue une mesure de représailles au sens de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et de l'article 3 de la loi du 27 mai 2008.

Telles sont les observations qu'il entend présenter devant le tribunal administratif de Z, saisi par l'intéressée.

Jacques TOUBON