

Paris, le 11 juin 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-139

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 ;

Vu la décision n° 2018-256 du 12 décembre 2018 du Défenseur des droits ;

Saisi par Mme X, candidate au poste de secrétaire général adjoint d'un service culturel des affaires étrangères, qui était à pourvoir au 1^{er} septembre 2017, dont la candidature a été rejetée pour un motif lié à sa situation de famille ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, saisi par la réclamante ;

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

L'attention du Défenseur des droits a été appelée par Mme X sur le rejet de sa candidature au poste de secrétaire général adjoint d'un service culturel des affaires étrangères, au motif que son conjoint occupait un poste à responsabilité au sein du même établissement.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

Mme X est titulaire du grade de conseiller d'administration scolaire et universitaire au sein du ministère de l'Éducation nationale.

Elle est liée par un PACS à M. Y, maître de conférence.

Détaché auprès du ministère des affaires étrangères, M. Y a été affecté, en 2013, au poste de conseiller de coopération et d'action culturelle (COCAC) adjoint à l'ambassade de France à A.

Mme X a demandé une mise en disponibilité pour suivre son partenaire, qui lui a été accordée de droit.

En 2015 et 2016, Mme X et M. Y ont sollicité des affectations sur des "postes doubles", ce qui leur aurait permis de travailler tous les deux dans des établissements français à l'étranger.

Toutefois, ces demandes n'ont pas été satisfaites.

En 2017, la direction des ressources humaines du ministère des affaires étrangères leur a proposé, de sa propre initiative, des affectations sur des postes doubles à B. Pour Mme X, il s'agissait d'un poste de secrétaire général adjoint d'un service culturel des affaires étrangères. Pour M. Y, il s'agissait du poste de COCAC adjoint et de directeur adjoint de l'Institut.

L'ambassadeur de France en C a accepté la candidature de M. Y au poste proposé. Toutefois, celle de Mme X a été rejetée. Dans une note du 25 janvier 2017, l'ambassadeur expose :

« Le Département souhaite inscrire la candidature de M. Y au poste de COCAC adjoint dans le cadre d'un poste double avec Mme X, sa compagne. Il apparaît qu'une promesse d'embauche sur le poste de secrétaire général adjoint (SGA) a été initiée auprès de Mme X et que sa candidature devrait être prochainement proposée à cette ambassade. Sans remettre en cause les compétences de Mme X et l'adéquation de son profil au poste de SGA qui sera vacant le 1^{er} septembre prochain, j'émet d'ores et déjà un avis défavorable sur cette candidature pour un motif dirimant lié à une question cruciale de déontologie. En effet, un poste double à la fois à la direction de l'établissement à autonomie financière et au secrétariat général de ce même établissement est de nature à créer un dysfonctionnement et, à tout le moins, une difficulté de fonctionnement. ».

Alors que M. Y a pris le poste de COCAC adjoint à l'Institut français de C en septembre 2017, Mme X a dû prolonger sa disponibilité pour le suivre.

Elle considère que le rejet de sa candidature, en ce qu'il est lié à sa situation de famille, constitue une discrimination.

Saisi par Mme X, le Défenseur des droits a engagé une instruction auprès du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, lequel a transmis les éléments sollicités et a fait part de ses observations dans deux courriers reçus les 30 janvier et 6 juillet 2018.

Au terme de l'enquête, par une décision n° 2018-256 du 12 décembre 2018, le Défenseur des droits a considéré que Mme X avait été victime d'une discrimination prohibée par la loi.

C'est ainsi qu'en application de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011 susvisée, il a adressé au ministère des recommandations tendant à réparer les préjudices financiers et moraux subis par la réclamante.

Par un courrier reçu le 12 avril 2019, le ministère a fait part au Défenseur des droits de son refus de suivre ses recommandations.

Le Défenseur des droits entend donc réaffirmer l'analyse retenue dans la décision susmentionnée du 12 décembre 2018 dans le cadre du recours engagé par Mme X auprès du tribunal administratif de Z.

ANALYSE JURIDIQUE

L'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose qu' « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison [...] de leur situation de famille ».

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 définit la discrimination directe comme : « la situation dans laquelle, sur le fondement [...] de sa situation de famille [...], 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 ».

Toutes les différences de traitement fondées sur un critère ne sont pas constitutives d'une discrimination prohibée par la loi. L'article 2, 2°, alinéa 2, de la loi du 27 mai 2008 précise ainsi que : « ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

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 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).

Un tel dispositif, également repris à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la décision contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, le ministère ne conteste pas le fait que la situation de famille de Mme X a constitué un obstacle à son affectation au poste de secrétaire général adjoint de l'Institut français de C.

Les compétences professionnelles de Mme X et la qualité de son dossier de candidature n'ont jamais été mises en doute. Au contraire, on rappelle que dans la note du 25 janvier 2017, l'ambassadeur indiquait explicitement que : « sans remettre en cause les compétences de Mme X et l'adéquation de son profil au poste de SGA qui sera vacant le 1^{er} septembre prochain, j'émetts d'ores et déjà un avis défavorable sur cette candidature ».

Le ministère entend néanmoins faire valoir que le lien familial entre Mme X et M. Y aurait pu être source de conflits d'intérêts et compromettre le bon fonctionnement de l'Institut. Cela reviendrait à soutenir que le fait de n'avoir aucun lien familial avec le directeur adjoint de l'Institut était une exigence essentielle et déterminante pour être recruté sur le poste de secrétaire général adjoint.

Dans un premier temps, il a été expliqué à Mme X que le fait de prendre le poste sollicité représentait un risque « *au sens du contrôle interne budgétaire et comptable* » (note de l'ambassadeur de France en C du 25 janvier 2017, précitée).

Cette position a été confirmée à M. Y par les services du ministère dans un mail du 16 octobre 2017.

Il existe effectivement des incompatibilités en matière de gestion budgétaire et comptable, posées par l'article 9 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique aux termes duquel : « *Les fonctions d'ordonnateur et de comptable public sont incompatibles. Les conjoints des ordonnateurs, ou les partenaires avec lesquels ils sont liés par un pacte civil de solidarité, ne peuvent être comptables des personnes morales auprès desquelles ces ordonnateurs exercent leurs fonctions* ».

En l'espèce, les fonctions de M. Y et celles du secrétaire général adjoint de l'Institut (que Mme X aurait été amenée à exercer) ne correspondent pas à une telle hypothèse.

Selon la fiche de poste, le secrétaire général adjoint doit exercer des missions de gestion financière, mais le titulaire du poste n'a pas la responsabilité d'exécuter la phase finale du processus budgétaire et comptable, à savoir le paiement et l'encaissement, qui incombent au seul agent comptable.

Dès lors, la situation de Mme X et de M. Y ne correspondait pas à l'hypothèse d'incompatibilité prévue par le décret du 7 novembre 2012 précité. D'ailleurs, le ministère ne conteste pas ce point, ni dans son courrier du 30 janvier 2018, ni dans celui du 6 juillet 2018.

Dans un second temps, le ministère a indiqué au Défenseur des droits que l'affectation de M. Y et de Mme X au sein de l'Institut générerait un risque pour la gouvernance, compte-tenu des postes sollicités.

Dans son courrier du 30 janvier 2018, le ministère précise que « *la nomination des deux membres d'un même couple à des postes de responsabilités au sein de l'Institut français en C posait un problème en termes de gouvernance, non seulement vis-à-vis de leur hiérarchie commune (ambassadeur et conseiller de coopération et d'action culturelle) mais aussi vis-à-vis des équipes de l'établissement* » et que « *c'est l'intérêt du service, entendu au sens concret de la bonne gouvernance de l'Institut, qui seul a été pris en compte au moment de cette décision, en raison de la grande proximité des deux postes de travail évoqués* ».

Avant tout, il convient de rappeler que, selon les règles internes mises en place par le ministère lui-même, il n'existe pas d'opposition de principe à ce que les deux membres d'un couple travaillent au sein de la même structure et que l'un des deux soit placé sous l'autorité hiérarchique de l'autre.

Ainsi, dans le « Guide des conjoints d'agents », publiés par le ministère en 2013, il est rappelé que : « *Il n'existe pas de principe général s'opposant à l'existence de relations de nature hiérarchique entre conjoints. Dans le cas de postes doubles, la question peut cependant être posée lorsqu'un chef de poste (ambassadeur ou consul général) demande à ce que son conjoint ou son partenaire obtienne un emploi sous son autorité directe. Le risque existe en effet, lorsqu'un lien hiérarchique existe entre deux agents mariés ou pacsés, qu'une faute*

commise par l'un puisse être couverte par l'autre ou affecte gravement sa crédibilité, au risque de mettre finalement en cause les deux agents et d'imposer leur départ ».

Au-delà de ce principe, on constate, en l'espèce, qu'il y avait suffisamment de garanties pour éviter tout risque de collusion risquant de compromettre la bonne gouvernance de l'Institut.

En effet, le poste de M. Y et celui convoité par Mme X étant des postes d'adjoint (respectivement du directeur de l'Institut et du secrétaire général), leur pouvoir décisionnel aurait été encadré par leurs autorités hiérarchiques supérieures respectives.

De plus, le nombre important d'agents dans l'établissement et sa structure organisationnelle semblent écarter tout risque de prise de contrôle excessive portant atteinte au bon fonctionnement de l'institution.

De fait, l'examen des fiches de postes montre que le directeur adjoint de l'Institut et le secrétaire général adjoint ont des missions bien définies et encadrées, dans des domaines différents.

Ainsi, le directeur adjoint de l'Institut, également conseiller culturel adjoint, est chargé de « *participer à la définition de la stratégie et à la mise en place des actions de coopération dans les domaines culturel, éducatif, universitaire, audiovisuel pour mettre en œuvre ou appuyer l'ensemble des politiques de rayonnement d'influence et d'attractivité de la France en C* ». Cet emploi est rattaché au domaine fonctionnel de la diplomatie.

Le poste de secrétaire général adjoint de l'Institut est rattaché au domaine fonctionnel des finances publiques. Il est en charge de l'organisation du fonctionnement de l'établissement. À cet égard, il assure la gestion financière de l'établissement, le suivi des questions immobilières et encore la gestion logistique de l'établissement.

De fait, le directeur adjoint de l'Institut et le secrétaire général adjoint interviennent dans des périmètres différents, ce qui limite le risque de collusion.

Le ministère n'a pas apporté d'éléments concrets permettant d'établir qu'une entente entre M. Y et le titulaire du poste de secrétaire général adjoint nuirait inévitablement à la bonne gouvernance de l'Institut.

L'argument selon lequel la présence des deux membres du même couple au sein de l'Institut, sur les postes évoqués, aurait été une source de difficulté pour leur hiérarchie commune (à savoir le directeur de l'Institut) ne saurait suffire à justifier le refus de recruter Mme X.

Les éléments avancés par le ministère ne permettent donc pas de démontrer qu'il était impératif d'affecter sur le poste de secrétaire général adjoint une personne sans lien familial avec M. Y.

Le Défenseur des droits ne conteste pas la légitimité de l'objectif du ministère de prévenir les difficultés de gouvernance de l'Institut. Cependant, le rejet de la candidature de Mme X apparaît comme disproportionné au regard de cet objectif. Sans démontrer que le conflit d'intérêt était inévitable, le ministère a pris une décision dont les conséquences sont lourdes pour la réclamante. En effet, faute de poste vacant correspondant à ses compétences auprès du lieu d'affectation de M. Y, elle a dû demander une mise en disponibilité pour maintenir sa vie familiale, ce qui l'a privé d'affectation, de rémunération et freiné le déroulement de sa carrière.

Cette décision semble contraire aux ambitions affichées par le ministère qui se dit attaché à développer « *une politique volontariste en faveur de la prise en compte de la situation de famille au moment de l'affectation à l'étranger* » de ses agents (courrier du 30 janvier 2018).

En conséquence, le Défenseur des droits considère que la différence de traitement subie par Mme X ne répond pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, ni que les moyens mobilisés pour répondre à l'objectif recherché par le ministère sont proportionnés. Ainsi, il estime que la réclamante a été victime de discrimination au sens des articles 6 de la loi du 13 juillet 1983 et 1^{er} de la loi du 27 mai 2008.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend présenter devant le tribunal administratif de Z, saisi par la réclamante.

Jacques TOUBON