

Délibération n° 2010-98 du 27 septembre 2010

Compétence de la halde pour connaître des litiges concernant les agents de l'Assemblée nationale.

Emploi secteur public- Promotion- Transsexualisme- Absence de discrimination

A l'occasion d'une réclamation d'un agent hors classe d'un corps constitué relative à la décision de ne pas l'inscrire au tableau d'avancement à raison de son transsexualisme, le Collège de la haute autorité constate la compétence de la haute autorité pour connaître des litiges d'ordre individuel concernant les agents du corps constitué. Toutefois, le Collège estime qu'au vu des éléments de l'espèce non suffisamment probants, la discrimination à l'encontre de cet agent n'est pas caractérisée.

Le Collège :

Vu la Constitution du 4 Octobre 1958 et son préambule ;

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail;

Vu la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail

Vu l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ;

Vu loi de finances 23 février 1963 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;

Vu loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

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 le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Sur proposition de la Présidente :

La haute autorité a été saisie le 28 juin 2008, par Madame M, agent hors classe, affectée au service « Accueil, Sûreté et Sécurité » de l'Assemblée nationale, d'une réclamation relative à la décision du 19 mai 2008, du comité d'avancement au grade de premier agent, de ne pas l'inscrire au tableau d'avancement pour l'exercice 2008-2009, ainsi que la décision du 16 juin 2008, rejetant sa réclamation par ce même Comité.

Par ailleurs, la réclamante indique avoir candidaté en vain sur plusieurs postes à pourvoir par détachement.

Madame M, initialement recrutée par l'Assemblée nationale en 1990 sous l'identité de Monsieur M, a réalisé un parcours de changement d'identité sexuelle en 2002. Elle estime que l'absence de promotion au grade de premier agent serait liée à son changement de sexe, et constituerait à ce titre une discrimination.

La réclamante allègue que compte tenu de son ancienneté, elle a vocation à être inscrite sur le tableau d'avancement pour l'accès au grade de premier agent depuis 2004.

Lors de la réunion du 19 mai 2008, le Comité d'avancement n'a pas proposé Madame M à l'inscription sur le tableau d'avancement pour l'exercice 2008-2009.

La réclamante a fait un recours contre son absence de promotion en 2008 auprès du comité qui a confirmé sa position, par décision du 16 juin 2008.

Au vu des pièces communiquées par la réclamante, ses notations et appréciations sont excellentes depuis des années. Elle a été recommandée, à plusieurs reprises, à l'avancement par sa hiérarchie.

L'intéressée indique n'avoir obtenu que des réponses orales négatives à ses demandes de postes en détachement.

Au vu de ces éléments, la haute autorité a décidé de procéder à l'instruction de cette réclamation auprès de l'Assemblée nationale.

Par courrier du 2 décembre 2008, le Directeur du service du personnel a répondu que *« le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs interdit que les assemblées parlementaires soient soumises au contrôle d'aucune autorité extérieure, juridictionnelle ou non. Les seules dérogations à ce principe sont celles expressément et limitativement prévues par l'article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Or, les dispositions de cet article réservent au seul juge administratif le droit d'intervenir dans les litiges opposant lesdites assemblées à leurs agents. Cette seule considération devrait conduire au rejet »* des réclamations.

Suite aux courriers de notification de charges adressés les 30 avril et 6 juillet 2009 par la haute autorité, le Directeur du service du personnel a précisé que l'analyse selon laquelle rien ne s'opposerait à ce que la haute autorité présente des observations dans une instance juridictionnelle opposant l'Assemblée nationale à l'un de ses agents *« est tout à fait exacte et la voie d'action ainsi ouverte suffit au respect des engagements internationaux souscrits par la France en matière d'égalité de traitement »*.

Le Directeur souligne néanmoins qu'il n'y aurait donc « aucune justification à exciper des directives européennes pour aller au-delà et écarter, en admettant la recevabilité des deux réclamations en cause, le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs et les dispositions de l'ordonnance du 17 novembre 1958. »

Enfin le Directeur regrette que, malgré le principe du contradictoire, principe général du droit, les documents transmis à la haute autorité ne lui soient pas communicables tant que la décision à laquelle ils concourent n'est pas intervenue.

Cette argumentation soulève l'incompétence de la Halde à connaître d'un litige opposant l'Assemblée à l'un de ses agents.

1/ Sur la compétence de la haute autorité

L'argumentation développée par le Directeur du service du personnel tend à souligner que deux éléments font obstacle à ce que la haute autorité puisse connaître du cas dont elle a été saisie et, au-delà, d'un litige opposant une assemblée parlementaire à l'un de ses agents : d'une part, le principe de séparation des pouvoirs ; d'autre part, l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires qui déroge au principe et réclame une interprétation restrictive.

Sur le principe de séparation des pouvoirs

Le Directeur du service du personnel entend souligner que le principe de séparation des pouvoirs est la source non seulement d'une immunité juridictionnelle des actes en cause, mais aussi, *a fortiori*, d'une immunité générale de ces actes à l'égard de tout organisme relevant du pouvoir exécutif.

Ce faisant, le service du personnel de l'Assemblée s'appuie implicitement sur une jurisprudence bien établie du Conseil d'Etat, qui s'est traditionnellement attaché à décliner sa compétence pour connaître des décisions relevant de l'administration d'une autorité parlementaire au motif que ceux qui exercent les pouvoirs de gestion et d'administration des assemblées parlementaires, dont l'activité par nature n'est pas détachable de l'exercice du pouvoir législatif, ne peuvent pas être considérés, dans l'exercice de ces pouvoirs, comme des autorités administratives.

Cependant, comme le souligne Mme Catherine BERGEAL dans ses conclusions (partiellement contraires) sur l'arrêt d'Assemblée *Président de l'Assemblée nationale* (CE., 5 mars 1999, n° 163328) « une telle analyse repose sur une conception obsolète de la séparation des pouvoirs, qui n'était justifiée que par un contexte historique disparu ».

En effet, bien que le principe de séparation des pouvoirs ait désormais une valeur constitutionnelle (Conseil const., 23 mai 1979, 104 DC ; Conseil const., 7 juillet 1980, 119 DC), l'immunité juridictionnelle de l'acte non législatif des autorités parlementaires ne conserve pour seul fondement théorique que l'héritage historique de la conception selon laquelle le Parlement monopolise l'expression de la volonté générale et acquiert, du fait de la souveraineté qu'il incarne seul, un caractère sacré.

Or, depuis que la loi a perdu son caractère souverain (contrôle de constitutionnalité, primauté du droit communautaire), il peut paraître paradoxal d'attribuer aux actes non législatifs

affectant le personnel des assemblées une immunité plus large que celle dont bénéficie la loi elle-même.

Ainsi, il ne saurait être déduit du principe de séparation des pouvoirs une immunité générale des actes relatifs à la gestion des personnels, en particulier à l'égard d'une autorité indépendante susceptible de régler de façon non contentieuse certains litiges.

En effet, lorsqu'elle instruit une réclamation individuelle dont elle est saisie, la haute autorité ne s'immisce pas dans l'exercice des pouvoirs attribués par la Constitution au Parlement, qu'il s'agisse de sa fonction législative ou du contrôle de l'exécutif, pas plus qu'elle ne s'immisce dans l'exercice de la fonction judiciaire lorsqu'elle instruit le dossier d'un fonctionnaire d'une juridiction.

En tout état de cause, cette immunité juridictionnelle a été remise en cause par l'ordonnance du 17 novembre 1958, puis par la jurisprudence administrative.

Sur l'article 8 de l'ordonnance n°25-1100 du 17 novembre 1958

En premier lieu, il est vrai que le juge administratif s'interdit d'examiner les recours dirigés contre les dispositions statutaires applicables aux agents des assemblées parlementaires en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. Il en va autrement des contestations portant sur des décisions prises à l'encontre des fonctionnaires des assemblées, comme c'est le cas en l'espèce, pour lesquelles l'article 8 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 a confié au juge administratif, compétence pour connaître des litiges d'ordre individuel concernant ces agents (ex : CE Assemblée nationale, 9 décembre 2005, n°271315).

En vertu de l'article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 modifiée par l'article 72 de la loi de finances pour 1963 et par l'article 31 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, « *les agents titulaires des services des assemblées parlementaires sont des fonctionnaires de l'Etat* ».

Selon le dernier alinéa de cet article 8, modifié par la loi du 23 février 1963 et par la loi du 13 juillet 1983, la juridiction administrative « *est appelée à connaître de tous litiges d'ordre individuel concernant ces agents* ».

Elle « *se prononce au regard des principes généraux du droit et des garanties fondamentales reconnues à l'ensemble des fonctionnaires civils et militaires de l'Etat visés à l'article 34 de la Constitution (...)* Dans les instances ci-dessus visées, qui sont les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire, l'Etat est représenté par le président de l'assemblée intéressée, qui peut déléguer cette compétence aux questeurs ».

Tirant argument de cette disposition, le service du personnel de l'Assemblée estime que seul le juge administratif a « *le droit d'intervenir dans les litiges opposant lesdites assemblées à leurs agents* ».

Cette analyse appelle toutefois un certain nombre de remarques.

Il convient d'abord de noter que cette ordonnance a été interprétée de façon extensive par le juge qui a étendu sa compétence aux stagiaires, aux candidats aux concours d'entrée, et à l'examen, par la voie de l'exception d'illégalité, des règlements des assemblées (Cour

administrative d'appel de Paris, 4ème chambre, 30 janvier 2007, n°06PA00449, Jus Luminum n°J239239).

Surtout, si cette disposition encadre les recours juridictionnels susceptibles d'être engagés contre une Assemblée, elle n'exclut absolument pas la possibilité pour la Halde de présenter ses observations devant la juridiction administrative saisie.

En effet, contrairement aux apparences, l'ordonnance du 17 novembre 1958, prise sur le fondement de l'article 92 de la Constitution, n'est pas une ordonnance organique, celle-ci ayant d'ailleurs été modifiée à plusieurs reprises par voie législative.

Ses dispositions doivent donc se combiner avec les engagements internationaux souscrits par la France, lesquels priment sur toute norme de valeur législative.

D'abord avec la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dont l'article 1 précise qu'elle a pour objet d'établir « *un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur (...) l'âge (...) en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les Etats membres, le principe de l'égalité de traitement* ». Cette directive, qui en vertu de son article 3 s'applique « *à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics* », précise que « *les Etats membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement* » (article 9).

Ensuite, avec la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. L'article 6 dispose que « *1. Les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives, y compris, lorsqu'ils l'estiment approprié, des procédures de conciliation, visant à faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par la non-application à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après que les relations dans lesquelles la discrimination est présumée s'être produite ont cessé* ».

Par ailleurs, cette dernière directive indique que les États membres veillent à ce que les organisations ou les autres entités juridiques qui ont un intérêt légitime à s'assurer que les dispositions relatives au principe de non discrimination sont respectées puissent, au nom ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de cette directive.

C'est dans ce cadre qu'a été adoptée la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, avec laquelle les dispositions de l'ordonnance de 1958 doivent également se combiner.

Son article 1^{er} dispose que « *la haute autorité est compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirecte, prohibées par la loi ou par un engagement*

international auquel la France est partie ». A cet égard, s'il est vrai que les principes d'égalité et de non discrimination applicables en l'espèce ne font pas partie des garanties fondamentales visées à l'article 34 de la Constitution de 1958, ceux-ci sont néanmoins garantis par le droit interne, en particulier les principes généraux du droit, et le droit communautaire.

Les dispositions de l'ordonnance du 17 novembre 1958 ne paraissent donc pas pouvoir conduire à écarter les dispositions de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, selon lesquelles « *les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la demande des parties, inviter la haute autorité ou son représentant à présenter des observations. La haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions ; dans ce cas, cette audition est de droit* ».

Cette analyse est confirmée par une approche comparative, les dispositions de l'ordonnance de 1958 n'ayant pas fait obstacle à ce que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), autorité administrative indépendante instituée par la loi du 17 juillet 1978, se prononce sur un litige avec le Président de l'Assemblée nationale, considérant que les documents relatifs à un marché de fourniture de mobilier de bureaux de députés étaient communicables (Avis *Lachkar / Président de l'Assemblée nationale* du 2 février 1996).

Dés lors, cette analyse conduit à considérer en l'absence de texte particulier excluant la compétence de la Halde pour examiner les réclamations des personnels des assemblées parlementaires :

- que la haute autorité est compétente pour connaître du dossier dont elle est saisie ;
- qu'en instruisant le dossier dont elle est saisie, la haute autorité ne saurait s'immiscer dans l'exercice des pouvoirs attribués par la Constitution au Parlement, qu'il s'agisse de sa fonction législative ou de contrôle de l'exécutif, pas plus qu'elle ne s'immisce dans l'exercice du pouvoir judiciaire lorsqu'elle instruit le dossier d'un fonctionnaire d'une juridiction ;
- que rien ne fait obstacle à ce que la haute autorité puisse formuler des observations dans le cadre d'un recours formé devant la juridiction administrative.

En conséquence, ni le principe de séparation des pouvoirs, ni l'article 8 de l'ordonnance précitée ne paraissent faire obstacle à ce que la Halde diligente une instruction et formule, le cas échéant, des observations en application de l'article 6 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

2/ Sur le caractère discriminatoire de l'absence d'inscription au tableau d'avancement de Mme M et le refus de faire droit à ses demandes de nomination sur des postes détachés .

Madame M estime avoir été victime d'une discrimination à raison de son transsexualisme.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans son arrêt *P. c/ S et Cornwall County Council* du 30 avril 1996, a décidé qu'une différence de traitement fondée sur le transsexualisme constitue une différence de traitement fondée sur le sexe.

Ce faisant, le juge fait application, aux personnes transsexuelles, des législations communautaires et nationales prohibant les discriminations fondées sur le critère du sexe.

Il s'agit donc d'examiner, si en l'espèce, il y a eu discrimination.

Par courrier du 20 mai 2009, le Directeur du service du personnel de l'Assemblée nationale indique à la haute autorité qu'en application des articles 80 et 82 du Règlement intérieur sur l'organisation des services portant statut du personnel de l'Assemblée nationale, les inscriptions au tableau d'avancement ne peuvent avoir lieu que sur proposition d'un comité d'avancement comprenant cinq représentants de l'administration et cinq délégués élus par les fonctionnaires.

Il ressort du procès verbal du comité d'avancement au grade de premier agent, établi lors de la réunion du 19 mai 2008, que 14 agents ont été promus sur les 42 ayant vocation à l'être, au titre de l'année 2008.

Madame M estime qu'étant agent hors classe depuis plusieurs années, elle devait être promue au grade de premier agent en 2008.

L'enquête menée par la haute autorité a montré en premier lieu que Madame M ne réunissait les conditions d'ancienneté (3 ans dans la hors classe) pour être inscrite au tableau d'avancement que depuis 2005 et non 2004 comme elle l'indique.

En second lieu, sur les neuf agents hors classe comptant une ancienneté de services supérieure ou égale à celle de Madame M, seuls trois avaient été inscrits au tableau d'avancement.

En outre, s'il n'est pas contesté que Madame M disposait de très bonnes évaluations professionnelles et de l'appui de sa hiérarchie, la lecture du procès verbal de la réunion du 19 mai 2008 montre que le Comité d'avancement s'est livré à un examen individuel des mérites des agents, dont beaucoup détenaient un « *excellent dossier* ».

L'enquête n'a pas permis d'établir que l'absence d'inscription de Madame M au tableau d'avancement au grade de premier agent en 2008 présenterait un caractère discriminatoire à raison du transsexualisme.

Il convient de noter que par courrier du 17 juillet 2009, le Directeur du service du personnel a indiqué à la haute autorité que Madame M avait été inscrite au tableau d'avancement au titre de l'exercice 2009-2010.

S'agissant enfin des refus opposés aux demandes de candidatures sur des postes détachés formulées par Madame M, l'article 50 du Règlement intérieur sur l'organisation des services portant statut du personnel de l'Assemblée nationale prévoit que les secrétaires généraux veillent à ce que, sous réserve d'un examen particulier des données propres à chaque situation, les affectations des fonctionnaires appartenant à certains corps, dont celui des agents, n'excèdent pas une durée maximale. Selon le Directeur, cette durée est « *actuellement fixée à 8 ans par un arrêté du Président des Questeurs* ».

Au regard de ces dispositions, il apparaît que Madame M, qui était affectée dans son emploi actuel depuis le 1^{er} mai 2006, n'était pas maintenue dans son emploi depuis 8 ans pour prétendre à l'application de l'article 50 précité.

Ainsi au vu de ce qui précède, il apparaît que les éléments transmis par le Directeur du service du personnel de l'Assemblée nationale permettent d'écarter les allégations de discrimination formulées par Mme M.

Le Collège :

- Constate l'absence de discrimination à l'encontre de Madame M à raison de son transsexualisme tant en ce qui concerne l'absence d'inscription au tableau d'avancement que le rejet de ses candidatures à des postes détachés.

La Présidente

Jeannette BOUGRAB