

## Délibération n° 2009-307 du 7 septembre 2009

***Délibération relative à un refus de mutation à Mayotte en raison de l'âge d'un enseignant du second degré/Conditions « d'adaptabilité et de disponibilité » requises pour une mutation à Mayotte en qualité notamment d'enseignant du second degré/ Age / Emploi / Emploi secteur public / Observations.***

*La haute autorité a été saisie d'un refus de mutation à Mayotte en raison de l'âge d'un enseignant du second degré. La haute autorité estime qu'il existe un faisceau d'indices laissant présumer que cette décision présente un caractère discriminatoire à raison de l'âge de l'intéressé. En conséquence, le Collège décide conformément à l'article 13 de la loi n° 2004-1486, de présenter des observations dans l'instance en cours devant le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion.*

Le Collège :

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligation des fonctionnaires, notamment son article 6 ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, notamment son article 13 ;

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, notamment ses articles 2, 4 et 5 ;

Vu le décret n° 96-1027 du 26 novembre 1996 relatif à la situation des fonctionnaires de l'Etat et de certains magistrats à Mayotte, notamment son article 2 ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, notamment son article 9 ;

Vu la note de service du 8 novembre 2006 n° 2006-173 relative au mouvement national à gestion déconcentrée : règles et procédures – rentrée 2007, notamment son annexe VII.

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, par courrier du 18 mai 2007, d'une réclamation de Mr M, dont la demande de mutation à Mayotte, au titre de la rentrée 2007, a été rejetée par une décision du 28 mars 2007 du Ministre de l'éducation nationale, après l'avis défavorable qui aurait été émis par la formation paritaire mixte nationale (F.P.M.N.) le 21 mars 2007.

La décision litigieuse est ainsi motivée : *« j'ai été conduite à préférer d'autres candidatures pour une affectation dans cette collectivité territoriale où les conditions d'exercice du métier d'enseignant et de vie présentent des spécificités./En effet, pour garantir le bon fonctionnement d'un service public d'enseignement en plein essor, mon choix s'est porté sur des enseignants susceptibles, a priori, d'effectuer un séjour complet de deux années et d'y enseigner à temps plein. / Sachant qu'en avril 2008, vous aurez atteint l'âge de 65 ans et que vous pourriez faire valoir vos droits à la retraite, j'ai donc privilégié, au vu des candidatures recueillies, celles d'enseignants plus jeunes. »*

Le réclamant estime ainsi avoir été victime d'une discrimination à raison de son âge. Il avait 63 ans à la date de sa demande de mutation, en décembre 2006.

Il a également saisi le tribunal administratif en avril 2007, d'une requête tendant à l'annulation de la décision contestée.

L'intéressé a participé, en décembre 2006, à la phase inter-académique du mouvement national de mutation, en formulant comme unique vœu, Mayotte.

La F.P.M.N. compétente, qui s'est réunie le 21 mars 2007, aurait émis un avis défavorable concernant sa demande de mutation.

Par courrier du 23 mars 2007, Mr M a demandé au Ministre, dans le cadre d'un recours gracieux, de réexaminer sa situation en vue de son affectation à Mayotte, en précisant notamment, qu'il n'avait introduit aucune demande d'admission à la retraite et qu'il avait *« signalé au service des pensions du rectorat de la Réunion (son) intention de faire valoir (sa) qualité de père d'enfants à charge pour poursuivre (ses) fonctions au-delà de (son) 65<sup>ème</sup> anniversaire »*.

C'est ainsi que, par un arrêté du Recteur de l'Académie de la Réunion du 23 avril 2007, l'intéressé a été admis à la retraite *« après recul de la limite d'âge plus maintien en fonction à compter du 19/04/2011. / L'intéressé sera maintenu en fonction dans l'intérêt du service jusqu'au 31 juillet 2011. »*.

Toutefois, par la décision susmentionnée du 28 mars 2007, le Ministre de l'éducation nationale a confirmé le rejet de sa demande de mutation.

Interrogé par le délégué régional de la Halde, le Recteur d'académie de la Réunion a précisé dans un courrier (non daté) notamment que *« le ministre a choisi d'affecter dans une collectivité territoriale de Mayotte des enseignants susceptibles d'effectuer le séjour de deux ans prévu par le décret du 26 novembre 1996 et présentant « adaptabilité et disponibilité », critères définis dans l'annexe VII (...) de la note de service du 8 novembre 2006. »*

L'article 2 du décret n°96-1027 du 26 novembre 1996 relatif à la situation des fonctionnaires de l'Etat et de certains magistrats à Mayotte, dispose que : *« La durée de l'affectation dans la collectivité de Mayotte est limitée à deux ans. / Cette affectation peut être renouvelée une seule fois à l'issue de la première affectation. (...) »*.

La note de service du 8 novembre 2006 n°2006-173 (relative au mouvement national à gestion déconcentrée : règles et procédures – rentrée 2007), dont les dispositions en l'espèce concernées étaient renouvelées chaque année jusqu'à la rentrée 2009, prévoit dans son annexe

VII intitulée « affectations à Mayotte », que « *La vie sur le territoire exige des personnels adaptabilité et disponibilité. Les repères métropolitains ne sont pas ceux de l'environnement local. Une bonne condition physique est nécessaire pour un séjour à Mayotte. Plusieurs spécialités hospitalières ne sont pas offertes sur le territoire. Le seul hôpital de l'île se trouve à Mamoudzou. Ailleurs, des dispensaires assurent une médecine de proximité. Les médecins libéraux installés sur le territoire le sont principalement à Mamoudzou, tout comme les pharmaciens de l'île. Un seul service d'urgence fonctionne en permanence à l'hôpital général de Mamoudzou. / Dans ces conditions, les personnels qui seront désignés à Mayotte à l'issue de la phase inter-académique devront fournir, (...), un certificat médical délivré par un médecin généraliste agréé attestant de l'absence de contre-indication à un séjour dans cette*

*collectivité d'outre-mer./ Au plan matériel, l'évolution économique est très rapide ; il n'y a donc pas de difficultés de ravitaillement ni d'équipement domestique. (...)* ».

S'agissant du droit des discriminations, l'alinéa 2 de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligation des fonctionnaires dispose notamment, qu' : « *Aucune distinction, directe ou indirecte ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) leur âge (...)* ». L'article 6 de cette loi énumère de manière limitative des exceptions au principe de non discrimination à raison de l'âge. L'alinéa 4 de cet article prévoit notamment que : « *des conditions d'âge peuvent être fixées, (...), pour la carrière des fonctionnaires, lorsqu'elles résultent des exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté, requises par les missions qu'ils sont destinés à assurer dans leur corps, cadre d'emplois ou emploi. (...)* ».

En outre, 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, dont les dispositions s'appliquent notamment aux fonctionnaires (article 5), prévoit dans son article 2-2°, que : « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur (...) l'âge (...) est interdite en matière (...) d'emploi, (...) ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle (...). / 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 ;* ».

L'article 4 de cette loi dispose que : « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.* ».

Afin de justifier sa décision, le Ministère de l'éducation nationale met en avant trois arguments.

Le premier, tiré de l'intérêt du service, conduirait à privilégier les candidatures d'enseignants susceptibles d'effectuer un séjour complet de deux années à Mayotte.

Selon l'analyse du ministère, Mr M n'étant pas susceptible d'effectuer un séjour complet de deux ans en raison de la limite d'âge, sa candidature ne pouvait être retenue. Il précise notamment que l'attestation sur l'honneur par laquelle il s'engageait à poursuivre ses fonctions à Mayotte au-delà de son 65<sup>ème</sup> anniversaire, aurait été reçue postérieurement à la

réunion de l'instance consultative compétente. De même, sa demande de prolongation d'activité n'aurait été reçue qu'après la date du refus de mutation qui lui a été opposé.

Toutefois, l'argument tiré de ce que Mr M ne disposait pas de la durée de deux pour accomplir un séjour complet à Mayotte, n'est pas convaincant.

En effet, le ministère de l'éducation nationale n'a pas produit l'avis défavorable qui aurait été émis le 21 mars 2007 par la formation paritaire mixte nationale compétente, se bornant à invoquer « *l'absence d'établissement de ce document* ». Ainsi, il n'établit pas que cet avis serait fondé sur des éléments objectifs.

Il convient aussi de rappeler que, dans son recours gracieux du 23 mars 2007, Mr M mentionnait avoir signalé au service des pensions du rectorat son intention de poursuivre ses fonctions au-delà de son 65<sup>ème</sup> anniversaire. Ainsi, il ne peut être sérieusement contesté que le Ministère disposait de cette information en temps utile, et était donc à même de revenir sur son choix initial.

En deuxième argument, le Ministère ajoute qu'il a choisi d'affecter à Mayotte des enseignants présentant « *adaptabilité et disponibilité* », critères posés par la note de service du 8 novembre 2006 n°2006-173 susmentionnée, ce qui laisse supposer que le réclamant ne les remplirait pas.

Il souligne notamment que les spécificités culturelles, religieuses, climatiques et sanitaires « *requièrent des qualités certaines d'adaptabilité* », et le développement rapide du système éducatif mis en place à Mayotte nécessite une grande disponibilité.

Toutefois, ces justifications ne sont pas suffisantes.

L'administration, qui se borne à des considérations générales, n'explique pas en quoi Mr M ne les remplissait pas, alors qu'il avait déjà enseigné à la Réunion pendant de nombreuses années.

L'administration ne pouvait légitimement affirmer que, Mr M n'était pas susceptible de remplir les conditions liées à l'adaptabilité et la disponibilité, sur le simple fondement de son âge.

De plus, la note de service de 2006, prévoit qu'à l'issue de la phase inter-académique, les personnels lorsqu'ils sont retenus pour une mutation à Mayotte, sont examinés par un médecin agréé, qui doit « *attester de l'absence de contre-indication à un séjour dans cette collectivité* ».

Un tel examen médical devrait suffire à s'assurer qu'un candidat est apte physiquement à effectuer un séjour à Mayotte. En l'espèce, Mr M, n'a fait l'objet d'aucun examen médical.

D'ailleurs, il convient de relever, que dans son dernier courrier du 11 juin 2009, le Ministère ne se justifie plus sur les conditions « *d'adaptabilité et de disponibilité* ».

Enfin, le Ministère a, dans un premier temps, tiré la conclusion, « *d'une liste de tous les enseignants, toutes disciplines confondues, mutés à Mayotte entre 2004 et 2007* », transmise à

la haute autorité, que l'âge de ces enseignants se situant entre 24 et 62 ans, Mr M n'avait pas fait l'objet d'une discrimination à raison de son âge, ce qui n'est pas suffisant.

L'administration ajoute, en dernier lieu, à ce propos, que « si cette statistique, comme vous l'indiquez, n'est pas suffisante pour établir que M. Middleton n'a pas fait l'objet d'une discrimination à raison de son âge, elle montre, en revanche, qu'il n'y a pas un refus de principe de l'administration d'affecter à Mayotte des enseignants de plus de 60 ans ».

L'administration n'exclut pas ainsi que l'intéressé ait pu être victime d'une discrimination.

Conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve réaffirmé par l'article 4 de loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, il appartient aux personnes s'estimant victimes de discrimination de présenter des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination. En présence de tels éléments, c'est au mis en cause de prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, les éléments communiqués à la haute autorité ne permettent pas de déterminer en quoi Mr M ne remplissait pas les conditions d'adaptabilité et de disponibilité. Ils ne contrebalancent pas les termes de la décision litigieuse soulignant que des candidatures *« d'enseignants plus jeunes »* avaient été privilégiées.

Dès lors, il existe un faisceau d'indices laissant présumer que la décision du 28 mars 2007 du Ministre de l'éducation nationale, rejetant la demande de mutation à Mayotte de Mr M, au titre de la rentrée 2007, présenterait un caractère discriminatoire à raison de l'âge.

Le Collège décide conformément à l'article 13 de la loi n° 2004-1486, de présenter des observations dans l'instance en cours devant le tribunal administratif.

Le Président

Louis SCHWEITZER