

N° 373893
Pôle Emploi

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies
Séance du 25 mars 2015
Lecture du 15 avril 2015

CONCLUSIONS

Mme Emile BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous offrira l'occasion de préciser la notion de mesure d'ordre intérieur, insusceptible de recours pour excès de pouvoir, dans le domaine des changements d'affectation d'agents publics, et de l'articuler avec celle de mesure empreinte de discrimination.

Si le périmètre des mesures d'ordre intérieur tend à se réduire comme peau de chagrin, la gestion des agents publics en constitue l'un des rares réservoirs non encore taris.

En effet, selon une jurisprudence constante, un simple changement d'affectation d'un agent ou une modification de ses tâches et conditions de travail, qui ne constitue pas une « vraie » mutation, ne fait pas grief à l'intéressé, mais constitue une mesure d'ordre intérieur, insusceptible de recours. Il n'en va autrement que lorsque cette mesure affecte la situation de l'intéressé soit en entraînant des conséquences d'ordre pécuniaire (voyez par exemple, sur le principe, votre décision du 4 juillet 1958, *Commune d'Anglet*, n° 39089, p. 41 ; ou pour des applications, votre décision du 25 septembre 1995, *R...*, n° 116085, T. pp. 883-952-955, s'agissant de la décision modifiant les horaires de travail d'un fonctionnaire qui a eu pour effet de le priver d'une prime qu'il recevait antérieurement à raison de ses horaires de travail ; ou votre décision du 4 février 2011 *Mme V...*, n° 335098, T. pp. 972-1062, s'agissant d'un changement d'affectation qui prive un fonctionnaire du bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire), soit en comportant une diminution du niveau des attributions et des responsabilités confiées à l'intéressé (CE, 4 décembre 2013, *M. G...*, n° 359753, T. p. 806), à condition toutefois que cette diminution soit suffisamment sensible (CE, 28 octobre 1992, *Département de la Guyane*, n° 94894, inédite au Recueil), ou en portant atteinte aux prérogatives que l'agent tire de son statut ou à ses garanties de carrière (voyez par ex. CE, 8 mars 1999, *Mme B...*, n° 171341, aux T. p. 843 ou CE, 25 janvier 2006, *M...* n° 275070, p. 29).

Ainsi, constituent des mesures d'ordre intérieur la décision d'affectation au service des archives, de la documentation et du chiffre du consulat d'un agent précédemment chargé des fonctions de secrétaire du consul général (CE, 8 mars 1999, *Mme B...*, n° 171341, déjà mentionnée), la décision d'un président de tribunal administratif faisant application à un rapporteur public des dispositions de l'article R. 222-23 du code de justice administrative pour qu'indépendamment de ses fonctions de commissaire de rapporteur public, il assume, pour certaines affaires, la tâche de rapporteur (CE, 25 janvier 2006, *M...*, n° 275070, déjà

mentionnée), la note de service par laquelle un directeur des archives départementales a modifié les tâches confiées à un commis d'administration affecté au service des archives (CE, 5 février 1993, *Mme V...*, n° 107264, T. p. 937), l'affectation d'un attaché d'administration scolaire et universitaire, précédemment chargé de la direction d'un restaurant universitaire, à la direction d'une résidence universitaire située sur le même domaine (CE, 18 mars 1996, *B...*, n° 141089, aux Tables) ou encore la décision chargeant un enseignant d'un enseignement optionnel (CE 8 mars 1993, *R...*, n° 112742, T. p. 937).

Vous réservez par ailleurs, ainsi que le rappellent notamment vos décisions du 14 avril 1999 n° 199721, *D...*, aux Tables sur un autre point et du 18 mars 1996, n° 141089, *B...*, aux Tables, déjà mentionnée, le cas dans lequel la mesure doit s'analyser comme une sanction déguisée, faisant grief à l'intéressé et bien sûr susceptible de recours.

Votre jurisprudence s'efforce ainsi de garantir à l'administration la marge de manœuvre nécessaire au bon fonctionnement du service tout en permettant aux agents concernés d'attaquer les décisions qui affectent leur situation en dépassant un seuil minimal de gravité.

Nous pensons qu'il conviendrait de prévoir une réserve supplémentaire dans le cas de mesures relatives à l'affectation et aux tâches des agents qui, alors même qu'elles rempliraient en principe les critères de la mesure d'ordre intérieur, seraient empreintes de discrimination.

Certes, l'ajout d'une telle réserve conduirait à cet exercice toujours acrobatique et intellectuellement critiquable consistant à examiner en partie la légalité au fond d'une décision pour apprécier sa justiciabilité, à l'instar de ce qui se faisait autrefois des circulaires. Mais il serait, à nos yeux, plus critiquable encore de ne pas faire cette réserve, compte tenu de l'élément de gravité que présente une mesure discriminatoire, qui nous paraît devoir conduire à admettre l'ouverture de votre prétoire.

Une telle réserve ne serait pas éloignée, dans son esprit, de celle relative à la sanction déguisée, déjà dégagée par votre jurisprudence.

Elle s'apparenterait également à la logique qui vous guide s'agissant des décisions relatives aux détenus, selon laquelle les décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature, de même que celles refusant de donner suite à la demande d'un détenu de changer d'établissement, ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus (voyez votre décision d'Assemblée du 14 décembre 2007, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ B...*, n° 290730, p. 495, ou plus récemment, votre décision du 13 novembre 2013 *A...*, n° 338720, aux Tables).

A cet égard, ainsi que le relevait Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'affaire *B...*, n° 290730 « *l'existence de droits garantis implique l'existence d'un contrôle comme condition du respect de cette garantie* ». Or l'interdiction des discriminations constitue l'un des droits reconnus aux fonctionnaires par l'article 6 de la loi 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui dispose qu'« *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales,*

philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race ». De ce point de vue, la réserve de l'absence de motif discriminatoire n'est pas si éloignée de celle relative à l'absence d'atteinte aux prérogatives tirées du statut.

Avant d'en venir à l'espèce, il nous faut évoquer un dernier point. Votre jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en matière de gestion des personnels concerne essentiellement des mesures d'affectation des agents contre leur gré, ce qui explique que la grille d'analyse retenue raisonne en termes de perte d'avantages pécuniaires ou de diminution des responsabilités. Comment raisonner face à un refus opposé à une demande de l'agent de modification de son affectation ou de ses tâches ?

La grille de critères évoquée plus haut ne saurait, nous semble-t-il, être transposée telle quelle à une telle décision de refus. En effet, le refus laisse par définition la situation de l'intéressé inchangée : elle n'emporte pas diminution de son niveau de responsabilités ou de sa rémunération. Par ailleurs, si l'intéressé a demandé une nouvelle affectation ou une nouvelle mission, c'est en règle générale qu'il en attend une amélioration et non une dégradation de sa situation : aussi le raisonnement en termes de diminution des attributions et de perte d'avantages pécuniaires liée à la nouvelle affectation n'est-il pas pertinent pour apprécier l'impact qu'aurait la mission sollicitée sur la situation de l'intéressé et devrait-il céder le pas à un raisonnement recherchant seulement l'existence d'une modification sensible (en bien ou en mal) de la situation de l'intéressé, revenant d'ailleurs ainsi à ce qui permet de distinguer les « vraies » mutations de celles constituant de simples mesures d'organisation du service.

Il nous semble qu'il faut donc distinguer dans la grille des critères dégagée par votre jurisprudence entre ceux qui touchent à la modification de la situation professionnelle de l'intéressé qui doivent s'appliquer à la fonction convoitée et refusée, et ceux qui doivent s'appliquer à la mesure de refus elle-même, tels que l'atteinte aux prérogatives tirées du statut ou encore le caractère de sanction déguisée.

Nous vous proposons ainsi de considérer qu'une décision refusant à un agent une modification de ses tâches ou l'attribution d'une nouvelle fonction, qui ne constitue pas une mutation, constitue en principe une simple mesure d'ordre intérieur, mais qu'il en va autrement lorsque l'octroi des nouvelles missions emporterait des conséquences d'ordre pécuniaire ou une augmentation sensible du niveau de ses attributions, ou lorsque le refus opposé à l'agent porte atteinte aux prérogatives que l'intéressé tire de son statut ou à ses garanties de carrière, constitue une sanction déguisée ou repose sur des motifs empreints de discrimination.

Venons-en au litige. Mme Marie-Agnès C... est agent de droit public non titulaire au sein de Pôle Emploi, en Guadeloupe, où elle exerce les fonctions de conseiller. Elle a répondu à l'appel à candidatures lancé par Pôle Emploi en novembre 2011 pour assurer la mission de « correspondant régional justice ». Par une décision du 23 février 2012, le directeur régional de Pôle Emploi a toutefois refusé de retenir sa candidature. Le recours gracieux de l'intéressée contre cette décision a été rejeté par une nouvelle décision du 12 mars 2012. Estimant que ce refus s'expliquait par ses fonctions syndicales au sein de la CGT, Mme C... a alors saisi le

tribunal administratif de Basse-Terre qui, par un jugement du 10 octobre 2013, a annulé ces décisions des 23 février et 12 mars 2012. Il a estimé, d'une part, que ces décisions constituaient, eu égard à la nature des missions des correspondants régionaux justice, à leur importance dans le temps de travail des agents et au mode de sélection des agents, des décisions faisant grief et, d'autre part, que les éléments produits par Pôle Emploi ne permettaient pas d'établir que la décision d'écarter la candidature de Mme C... « *reposait sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

A l'appui de son pourvoi contre ce jugement, Pôle Emploi soutient notamment que le tribunal administratif a commis une erreur de droit dans le maniement des règles de preuve en faisant reposer sur lui la charge d'établir l'absence de motif discriminatoire sans avoir préalablement recherché si les éléments de fait soumis par Mme C... étaient de nature à faire présumer l'existence d'une discrimination, et qu'il a dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la décision d'écarter la candidature de Mme C... reposait sur un motif discriminatoire.

Le régime de la preuve dégagée par votre décision d'Assemblée *Mme P...* (Assemblée, 30 octobre 2009, n° 298348, p. 407) et confirmé sous l'empire de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations par votre décision *Mme O...* du 27 juillet 2010, n° 322636, aux T. pp. 618-908, repose sur un raisonnement à plusieurs temps : le requérant qui s'estime lésé par une mesure qu'il considère empreinte de discrimination doit soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe d'égalité ; le défendeur doit, en sens contraire, produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; enfin, la conviction du juge, qui ordonne en cas de doute toute mesure d'instruction utile, se détermine au vu de ces échanges contradictoires.

En l'espèce, le tribunal administratif a commencé par rappeler le considérant de principe issu de votre jurisprudence *P...* du 30 octobre 2009, mais l'application qu'il en a fait ensuite nous paraît inexacte.

En effet, après avoir relevé que Pôle Emploi avait indiqué à l'intéressée dans la lettre du 12 mars 2012 portant rejet du recours gracieux que sa candidature avait été écartée suivant des critères uniquement professionnels et que l'agent retenu, outre ses compétences reconnues, avait fait preuve d'une particulière motivation, le tribunal a jugé « *que toutefois (...) Pôle emploi ne (le) met pas à même de connaître ni en quoi le profil de Mme C... était inadéquat (...), ni les éléments susceptibles de justifier le rejet de sa candidature, alors que la requérante évoque (...) l'existence de discriminations, notamment liées à son appartenance syndicale, d'une expérience professionnelle nettement plus importante que celle du candidat retenu, de difficultés à bénéficier d'actions de formation continue, et de ce que la motivation ne fait pas partie des critères de sélection ; que, par suite, (...) les décisions (...) doivent être annulées, dès lors que les éléments produits par l'administration ne permettent pas d'établir que la décision d'écarter la candidature de Mme C... repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

Le tribunal administratif nous semble ainsi avoir procédé à l'envers, puisqu'il commence par évoquer les justifications apportées par Pôle Emploi pour établir l'absence de caractère discriminatoire de la mesure et qu'il ne fait pas apparaître expressément qu'il a

recherché si les éléments mis en avant par Mme C... étaient de nature à faire présumer une atteinte au principe d'égalité. Il ne suffisait pas de relever - et qui plus est dans un second temps du raisonnement - que Mme C... invoquait tel ou tel élément à l'appui de l'invocation d'une discrimination : il fallait expressément vérifier si ces éléments étaient suffisants pour laisser présumer une discrimination. Le jugement nous paraît donc entaché d'erreur de droit.

A supposer toutefois que vous fassiez l'effort d'une lecture neutralisante et que vous considériez qu'en énonçant « alors que la requérante évoque l'existence de discriminations, notamment liées à son appartenance syndicale, d'une expérience professionnelle nettement plus importante que celle du candidat retenu, (et) de difficultés à bénéficier d'actions de formation continue », le tribunal administratif doit être regardé comme ayant implicitement recherché si les éléments mis en avant par Mme C... étaient susceptibles de faire présumer une discrimination et comme ayant estimé que tel était le cas, vous ne pourriez alors retenir l'erreur de droit reprochée par le pourvoi. Mais vous pourriez en revanche accueillir le moyen tiré de ce que le tribunal administratif aurait alors entaché son jugement de dénaturation en estimant que les éléments apportés par Mme C... étaient de nature à laisser présumer une telle discrimination.

S'il ne semble pas que vous ayez déjà eu l'occasion de consacrer la nature de votre contrôle en tant que juge de cassation sur l'appréciation portée par les juges du fond, non sur la notion de discrimination – sur laquelle le contrôle de qualification juridique ne saurait faire de doute –, mais sur le point de savoir si les éléments apportés par l'agent qui soutient avoir été victime de discrimination sont de nature à faire présumer l'existence d'une atteinte au principe d'égalité, - on trouve sur ce point des décisions divergentes de votre 3^e (21 novembre 2012, *G...*, n° 346244) et de votre 10^e (20 novembre 2013, 10^e SSJS, n° 362879 et autres, *D... et autres*) sous-sections jugeant seules, la première paraissant retenir un contrôle de dénaturation et la seconde un contrôle de l'erreur de qualification juridique, votre contrôle sur ce point nous paraît devoir se limiter à un contrôle de la dénaturation, à l'instar de celui que vous exercez sur le premier temps – très proche – du raisonnement tenu par le juge en matière de harcèlement (CE, 1^{er} octobre 2014, *M. T...*, n° 366002, aux Tables sur ce point).

Or en l'espèce, Mme C... faisait valoir que sa candidature était d'une plus grande qualité que celle du candidat retenu compte tenu de son expérience professionnelle plus longue dans la réinsertion des détenus (12 ans contre 3 ans pour le conseiller retenu) et de son ancienneté à Pôle Emploi. Elle soutenait aussi que la direction de Pôle Emploi avait connaissance de ses responsabilités syndicales au sein de la CGT, syndicat minoritaire, et que le choix de la direction s'était porté sur M. L..., membre du syndicat majoritaire (l'UGTG), pour « acheter une certaine paix sociale ». Elle alléguait enfin que les offres de formation ne lui étaient pas systématiquement communiquées, que M. L... avait participé en 2010 à des formations à l'école nationale de l'administration pénitentiaire à son détriment – mais sans établir qu'elle aurait elle-même demandé à prendre part à une telle formation –, que depuis la désignation de M. L... comme correspondant régional justice, elle n'était plus destinataire de tous les comptes rendus des réunions de correspondants régionaux et des séances de travail avec l'administration pénitentiaire, et qu'elle serait systématiquement écartée des plannings de tournée dans les agences de Pôle Emploi et aurait dû protester pour pouvoir les réintégrer. A l'appui de toutes ces allégations sur son éviction du service, elle se bornait à produire un courriel du 4 mai 2011 faisant état de ce qu'elle n'avait pas été invitée à participer à un séminaire national Pôle emploi / Administration Pénitentiaire qui devait se tenir à Paris, alors

que M. L... y avait été convié, et qu'elle avait dû adresser au directeur général une demande pour y être inscrite. Ces éléments nous semblent insuffisants pour laisser présumer l'existence d'une discrimination et en jugeant le contraire, le tribunal nous semble avoir dénaturé le dossier.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc le jugement. Vous pourrez alors régler l'affaire au fond, ce qui vous permettra de retrouver l'intéressante question de l'articulation entre mesure d'ordre intérieur et mesure empreinte de discrimination que nous avons évoquée au début de nos conclusions.

Il ne ressort pas des pièces du dossier que la mission de correspondant justice, qui consiste à assurer la liaison entre les directeurs d'agence locale de Pôle emploi et les partenaires impliquées dans les politiques d'insertion des personnes « sous main de justice », veiller à promouvoir « le public justice » dans les dispositifs régionaux, organiser des rencontres régulières afin de définir les besoins de la population pénale, participer aux réunions et recueillir trimestriellement les données chiffrées régionales, aurait emporté une augmentation sensible du niveau des responsabilités et des attributions de Mme C..., que celle-ci décrivait comme très proches de celles qu'elle exerçait déjà, pas plus que l'octroi de cette mission à un autre n'emporterait une dégradation sensible de ses responsabilités. Il ne s'agissait pas d'un emploi, mais d'une simple mission ou fonction ajoutée en plus de celles déjà exercées. Par ailleurs, Pôle Emploi soutient, sans être contredit, que la mission de correspondant régional justice n'emporte pas d'accroissement de rémunération. Enfin, il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que le refus de confier cette mission à Mme C... aurait porté atteinte à ses garanties de carrières ou aux prérogatives qu'elle tire du décret n° 2003-1730 du 31 décembre 2003.

Reste donc à vérifier si la mesure doit s'analyser comme une sanction déguisée ou comme étant empreinte de discrimination.

Nous vous avons déjà exposé pourquoi les éléments qui étaient déjà apportés devant le TA nous paraissent insuffisants pour laisser présumer une discrimination. Or les éléments supplémentaires apportés devant vous ne nous paraissent pas conduire à une appréciation différente.

Si Mme C... fait valoir que c'est M. L... qui a été choisi en septembre 2011 pour présenter la fonction de conseiller justice sur l'intranet local alors qu'elle occupait aussi cette fonction, et allègue qu'elle n'aurait pas été conviée aux réunions de correspondants régionaux avec l'administration pénitentiaire depuis mars 2010, ces éléments sont insuffisants pour laisser présumer une volonté d'éviction progressive de ses responsabilités liée à ses responsabilités syndicales en matière de réinsertion des détenus. Si elle soutient aussi, d'une part, que, depuis la désignation de M. L... comme correspondant régional justice, elle ne reçoit plus les informations nécessaires pour mener à bien ses projets et n'est plus associée qu'au suivi d'une partie des chantiers d'insertion, et d'autre part, que la direction ne tient pas compte de ses activités d'élue syndicale pour fixer le calendrier des réunions et ne lui communiquerait pas celui des formations, elle se borne à produire à l'appui de ces allégations un courrier de sa main du 8 novembre 2012 s'étonnant de ce qu'une formation sur le suivi des détenus était envisagée pour le mois de décembre 2012, alors que devaient avoir lieu au cours de ce mois des élections professionnelles et des réunions des instances paritaires, et un

courriel daté de 2014 dont il résulte seulement que le directeur du réseau pensait à tort que le calendrier des formations lui avait été communiqué et qui l'invitait d'ailleurs à faire part de ses disponibilités pour qu'elle soit programmée sur les prochaines sessions de formations. S'il ne nous semble pas impossible de tenir compte d'éléments postérieurs pour apprécier l'existence d'un contexte général de discrimination dans lequel la mesure litigieuse s'inscrirait, en l'espèce, les éléments mis en avant par Mme C... ne nous paraissent donc pas susceptibles de faire présumer un tel contexte.

Ainsi, les éléments apportés par Mme C... ne nous paraissent pas suffisants pour enclencher la dialectique mettant à la charge de Pôle Emploi l'apport d'éléments contraires.

Dès lors, les décisions attaquées ne nous paraissent pas faire grief à Mme C..., mais constituer de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours. La demande devant le tribunal administratif est donc irrecevable.

Nous ne vous proposerons pas, dans les circonstances de l'espèce, de mettre une somme à la charge de Mme C... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation du jugement du 10 octobre 2013 du tribunal administratif de Basse-Terre ;
- au rejet de la demande de Mme C... devant ce tribunal ;
- au rejet des conclusions présentées par Mme C... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice et de celles présentées par Pôle Emploi au même titre.