

FONCTIONNAIRES ET AGENTS PUBLICS – Activités syndicales – Discrimination – Mutation affectant les conditions de travail – Mesure non justifiée par l'intérêt du service – Réintégration dans les fonctions initiales.

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE BORDEAUX (2^e Ch. B) 16 mars 2004
P. contre Commune de Penne d'Agenais

Sur la régularité du jugement :

Considérant que Mme P., agent technique en chef, chargée de l'organisation des services de restauration et d'entretien des écoles à Penne d'Agenais, a saisi le maire de la commune d'une contestation relative au fait que le nouveau planning de l'année 1998 lui retirait l'organisation de l'entretien des locaux par le personnel féminin ; que par courrier du 13 août 1998, le maire de Penne d'Agenais a rejeté sa demande ; que lors d'une réunion, le 31 août 1998, le maire a informé l'intéressée qu'elle était affectée à l'entretien des locaux de l'école maternelle de Port de Penne ; que si Mme P. soutient que le Tribunal administratif s'est mépris sur l'objet de son recours en annulation, qui ne tendait pas à l'annulation du courrier du 13 août 1998 mais de la décision du 31 août suivant, il ressort de la lecture du jugement attaqué que le Tribunal administratif a considéré que la décision attaquée était la mesure affectant Mme P. à l'école maternelle de Port de Penne ; que Mme P. n'est donc pas fondée à soutenir, alors même que ledit jugement mentionnerait une date de décision erronée, qu'il est entaché d'irrégularité ;

Sur la recevabilité de la demande :

Considérant, en premier lieu, que pour rejeter la demande de Mme P. tendant à l'octroi d'une indemnité de 50 000 F, le Tribunal administratif s'est fondé sur l'absence de demande préalable à la commune ; que Mme P. n'invoque en appel aucun moyen à ce sujet ; que par suite, elle n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal a rejeté sa demande sur ce point ;

Considérant, en second lieu, que par une décision, qui a eu pour effet de modifier ses conditions de travail et de réduire ses attributions, le maire de Penne d'Agenais a, le 31 août 1998, veille de la rentrée scolaire, affecté Mme P. à l'entretien des locaux de l'école maternelle de Port de Penne ; que, par suite, la demande de Mme P. tendant à l'annulation de cette décision ne mentionnant ni les délais ni les voies de recours, enregistrée le 2 novembre 1998 au greffe du Tribunal administratif de Bordeaux, n'était pas tardive ;

Sur la légalité de la décision en litige :

Considérant qu'il ressort des fiches de notation de la requérante, des notes de services du maire et des attestations produites, que Mme P., agent technique en chef, recrutée en 1974 comme agent d'entretien de l'école maternelle de Port de Penne, était chargée depuis de nombreuses années de l'organisation des services municipaux des écoles, comprenant l'organisation des cantines scolaires et la coordination de l'activité des femmes de service ; qu'il n'est pas contesté que ces fonctions ainsi que la responsabilité de l'élaboration des menus et de la passation des commandes lui ont été retirées en 1998 et qu'elle a été affectée au seul entretien des locaux de l'école maternelle ; que si la commune de Penne d'Agenais

soutient que cette réorganisation était justifiée par les dysfonctionnements du service d'entretien et de restauration scolaire, il ressort des pièces du dossier, d'une part que Mme P. a toujours fait l'objet d'appréciations élogieuses de son travail, et, d'autre part, que la mesure affectant ses attributions a été prise peu après la création d'une section syndicale dont elle était l'une des responsables et alors qu'un conflit opposait le maire et les personnels communaux ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, corroborés par les attestations produites par d'autres agents communaux, que la décision d'affectation de Mme P. n'était pas justifiée par l'intérêt du service mais doit être regardée comme prise en considération de l'activité syndicale de celle-ci ; qu'elle est donc entachée de détournement de pouvoir ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme P. est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Bordeaux a rejeté sa demande d'annulation de la décision du maire de Penne d'Agenais l'affectant à l'entretien des locaux de l'école maternelle de Port de Penne ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

Considérant qu'aux termes de l'article L 911-1 du Code de justice administrative : *"Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction saisie de conclusions en ce sens, prescrit par la même décision, cette mesure, assortie le cas échéant, d'un délai d'exécution"* ;

Considérant que l'annulation d'une mesure d'affectation d'un agent public implique nécessairement à titre de mesure d'exécution la réintégration de ce dernier dans ses précédentes fonctions ou dans des fonctions équivalentes ; qu'il y a donc lieu d'ordonner la réintégration de Mme P. dans son précédent poste ou dans un emploi correspondant à celui qu'elle occupait avant la décision en litige dans le délai d'un mois à compter de la présente décision ; qu'en revanche, il n'y a pas lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte ;

DECIDE :

Article 1^{er} - Le jugement en date du 1^{er} décembre 1999 du Tribunal administratif de Bordeaux, en ce qu'il rejette les conclusions à fin d'annulation de la décision du maire de Penne d'Agenais du 31 août 1998, et la décision du maire de Penne d'Agenais du 31 août 1998 sont annulés ;

Article 2 : - Il est enjoint à la commune de Penne d'Agenais de réintégrer Mme P. dans son poste ou dans un emploi équivalant à celui qu'elle occupait dans un délai d'un mois à compter de la présente décision.

(M. Chavier, prés. - Mme Balzamo, rapp. - M. Rey, comm. du gouv. - M^e Blet, SCP Maxwell-Bertin, av.)

CONCLUSIONS DE JEAN-LOUIS REY, COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Mme P., agent de la commune de Penne d'Agenais depuis 1974, avec le grade d'agent technique en chef, chargée depuis 1993 de l'organisation des services municipaux des écoles en relation avec les directrices, a fait l'objet d'une modification d'affectation à la rentrée scolaire 1998.

Elle a contesté sa nouvelle affectation devant le Tribunal administratif de Bordeaux, demandé sa réintégration ainsi que la condamnation de la commune à lui verser une indemnité de 50 000 F. Par le jugement dont elle fait régulièrement appel, ses conclusions en annulation et exécution ont été rejetées au fond et ses conclusions indemnitaires comme irrecevables pour défaut de demande préalable.

Ne contestant pas cette irrecevabilité, ces dernières conclusions qu'elle renouvelle en appel ne pourront qu'être rejetées.

1 - L'existence d'une décision, sa date et la possibilité de l'attaquer sont contestées tantôt par la requérante, tantôt par la commune.

Le Tribunal administratif a regardé les conclusions dont il était saisi comme tendant à l'annulation de la décision du 13 août 1998 par laquelle le maire a affecté la requérante à l'école maternelle. Or on ne voit rien de tel dans ce courrier et c'est bien une décision verbale du 31 août qu'elle conteste. Mais les premiers juges ont seulement commis une erreur quant à la date de la décision et non à son contenu. Ainsi cette erreur n'a pu avoir d'incidence sur la solution du litige. Le jugement n'est pas alors entaché d'irrégularité du fait de cette simple erreur de date.

Mais la commune soutient qu'il n'y a pas eu de décision verbale d'affectation le 31 août, cette date correspondant à la mise en œuvre de la nouvelle organisation annoncée par une note de service du 18 juin 1998. Cependant cette note de service se borne à faire état de dysfonctionnements et de ce qu'il avait été demandé à la secrétaire générale de proposer une organisation nouvelle qui avait été présentée sous forme de planning lors d'une réunion tenue deux jours plus tôt.

Ainsi, même si on voit bien à la lecture du courrier adressé au maire par la requérante après cette réunion que certains changements affectant son poste de travail avaient été annoncés, c'est bien le 31 août que l'intéressée a découvert la totalité des changements et plus particulièrement son affectation à la maternelle. Dès lors, cette affectation a révélé l'existence d'une décision verbale qui, selon la requérante, a été annoncée au cours d'une réunion du personnel des écoles maternelles tenue le 31 août et qui constitue, sous réserve qu'elle ne soit pas une simple mesure d'organisation du service, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours (v. dans ce sens CE, 3 février 1993, *Union syndicale professionnelle des policiers municipaux*, p. 2).

La commune invoque la tardiveté du recours, mais aucun des documents qu'elle produit à cet effet ne porte mention des voies et délais de recours, dès lors aucune forclusion n'a pu exister.

S'agit-il alors d'une mutation ou sanction déguisée déférable au juge de l'excès de pouvoir ou bien d'une simple mesure d'organisation du service insusceptible d'un recours devant lui ?

Les premiers juges ont estimé, d'une part, que pour l'essentiel les tâches de l'agent n'avaient pas été modifiées et correspondaient à son grade et, d'autre part, qu'il s'agissait d'une mesure prise dans l'intérêt du service ne constituant pas ainsi une sanction disciplinaire déguisée. Cela aurait dû les conduire à rejeter la demande d'annulation comme irrecevable mais ils l'ont fait au fond "sans qu'il soit besoin d'examiner la recevabilité de la requête".

Qu'en est-il exactement ? Pour répondre à cette question, il faut commencer à aborder le fond, ce qui n'est pas aisé en raison de l'absence de décision écrite et de dires en partie contraires.

L'intéressée a atteint le grade le plus élevé de la catégorie C de la filière technique. Selon le décret portant cadre d'emplois "les agents techniques en chef exercent des fonctions techniques nécessitant une expérience professionnelle étendue".

Quelles étaient les fonctions jusqu'alors exercées par la requérante ? Elles sont énoncées dans une note du 14 juin 1993 qui ne brille pas par sa précision. Selon cette note qui se veut être un rappel des fonctions exercées, Mme P. "est chargée de l'organisation de services municipaux des écoles en relation avec les directrices : horaires, congés, définition des tâches...". Dans ses fiches de notation, il est fait état de son poste d'encadrement assuré avec sérieux et efficacité. La commune conteste cette fonction d'encadrement. Il est vrai que s'agissant d'un agent de catégorie C, elle n'a pas vocation à remplir de telles tâches. Mais, au-delà de la discussion sur ce mot, ce sont bien ces tâches d'organisation, coordination qui lui ont été enlevées à la rentrée 1998.

En définitive, il semble bien y avoir eu deux modifications importantes des fonctions. D'une part, le lieu de travail a changé ; alors qu'elle travaillait à titre principal à l'école primaire Jean Moulin, elle assure maintenant l'entretien de l'école maternelle de Port de Penne. D'autre part, elle n'est plus chargée de son rôle d'organisation du travail de l'ensemble des personnels d'entretien des écoles. Ces deux modifications paraissent d'ailleurs liées et caractérisent, selon nous, une diminution des responsabilités de l'agent.

Ainsi la décision attaquée a amoindri les responsabilités de l'intéressée (CE 5 avril 1991, *Mme Imbert-Quaretta*, t. p. 999) et son affectation a présenté le caractère non d'une mesure d'ordre intérieur mais d'une mutation

comportant une modification de sa situation, elle constitue ainsi une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir (CE section, 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de Nîmes*, p. 443).

La demande de première instance est dès lors recevable.

2 - S'agissant de la légalité de la décision modifiant son poste de travail, la requérante reprend ses moyens de première instance. Elle soutient qu'il s'agit d'un "*rabaissement de ses activités*" ne correspondant pas à son grade et d'un isolement de ses collègues qui ne répond pas à une nécessité de service mais dont le véritable mobile réside dans la volonté de sanctionner son comportement syndical.

a) Avant d'aborder cette délicate question, il convient d'écarter le moyen de légalité externe tiré du défaut de consultation du comité technique paritaire qui ne serait opérant qu'à l'encontre de la réorganisation du service, mais qui ne l'est pas s'agissant de la décision attaquée qui, équivalant, si vous nous suivez dans l'analyse de sa portée, à une mutation, doit être précédée de la consultation de la commission administrative paritaire compétente (CAA de Nancy, 21 mars 1996, *Communauté urbaine de Strasbourg c/ Schlewer*, AJFP 96 p. 32).

b) La question de la *discrimination syndicale* en matière de carrière pour les agents publics est absente des ouvrages spécialisés et n'a fait à notre connaissance l'objet d'aucune étude. Il est vrai que la jurisprudence est particulièrement peu développée alors qu'elle est très abondante pour les salariés du privé pour lesquels, il est vrai, l'absence de carrière et les larges possibilités de rupture du contrat de travail autorisent plus aisément les pratiques discriminatoires. Mais de telles pratiques ne sont pas exclues dans la fonction publique où elles peuvent d'ailleurs jouer dans les deux sens, l'appartenance ou l'activité syndicale pouvant défavoriser un agent, mais aussi dans certains cas le favoriser. Le principe de non-discrimination figure à l'article 6 du titre 1^{er} du statut général des fonctionnaires (loi du 13 juillet 1983) 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...*". La discrimination en raison de l'activité syndicale constitue d'ailleurs, comme les autres discriminations, un délit prévu par l'article 225-1 du Code pénal.

Les discriminations sanctionnées par le juge administratif concernent d'abord celles opérées lors du recrutement des fonctionnaires. On a bien sûr immédiatement à l'esprit, même s'il est relatif aux opinions politiques, l'arrêt *Barel* (CE Ass. 8 mai 1954, p. 308, concl. Letourneur). Comme on le sait, cet arrêt est aussi intéressant sur le fond en tant qu'il fait une application remarquable du principe d'égalité d'accès aux emplois publics que sur la dialectique de la preuve.

Dans sa lignée, a été censurée la mention des opinions politiques et de l'appartenance syndicale dans le dossier de candidature transmis au jury d'un concours (CE 28 septembre 1998, *Merlenghi*, p. 316).

S'agissant des mesures prises pendant la carrière de l'agent, les décisions sont aussi rares et elles ne sont pas nécessairement favorables aux agents.

Un refus de mutation tiré des positions prises par un fonctionnaire dans l'exercice normal d'un mandat syndical a été regardé illégal (CE 18 avril 1980, *secrétaire d'Etat à la Jeunesse et aux Sports c/ Gueguen*, t. p. 771). En revanche, a été reconnu légal un refus d'augmentation de note exclusivement fondé sur la signature par un agent d'une pétition syndicale, eu égard aux fonctions de responsabilités qu'il exerçait (CE 25 mars 1981, *Ministère du Budget c/ Vial*, p. 164).

Le juge fait alors un délicat arbitrage entre liberté syndicale et obligation de réserve (v. par exemple s'agissant des cas où un manquement à cette obligation a été retenu, CE 8 janvier 1964, *Beville*, p. 15, ou CE sect. 3 juillet 1981 p. 294, et pour des cas inverses CE 4 avril 1973 *Siredu* p. 283 ou CE Ass. 31 janvier 1975, *Vollf*, p. 70 et *Exertie* p. 74).

En matière d'avancement, il convient de citer l'arrêt qui n'a pas retenu la discrimination pour le refus d'inscription sur le tableau d'un magistrat secrétaire général d'un syndicat (CE Ass. 5 novembre 1976, *Lyon-Caen* p. 472).

S'agissant du dossier administratif du fonctionnaire, l'appartenance syndicale ou les opinions ne doivent pas en principe y figurer (CE 16 juin 1983, *époux Chereul*, t. p. 653). Cependant, il peut y être fait mention, en raison de l'octroi d'une autorisation spéciale d'absence ou de dispenses d'activité de service, de l'existence d'un mandat syndical à condition que cette mention ne s'accompagne d'aucune appréciation sur la manière dont l'intéressé exerce ses activités syndicales (CE 27 septembre 2000, *Rocca*, p. 379), mais seulement si cette mention est nécessaire à la gestion administrative de l'agent (CE 26 juin 2003, *Mme Calvet*, Dr. Ouv. 2003 p. 352, note Puppo).

En matière de rémunération, la Cour administrative d'appel de Lyon a estimé qu'un agent déchargé d'activité pour l'exercice d'un mandat syndical n'avait pas droit au maintien de la nouvelle bonification indiciaire dont il bénéficiait jusqu'alors (16 janvier 1998, *Lenoble*, t. p. 987). Cette solution tout à fait conforme aux règles applicables à cette bonification l'est peut-être moins au regard du principe de non-discrimination.

Pour être le plus complet possible sur cette question, il nous paraît intéressant de mentionner un arrêt par lequel vous avez annulé pour erreur manifeste d'appréciation une sanction d'exclusion temporaire pour une absence syndicale non-autorisée (CAA Bordeaux, 26 février 2002, *Garriguenc*, DS 2002 p. 565, concl. M. Heinis).

On ne trouve qu'un arrêt ou plutôt une série d'arrêts en matière d'atteinte au droit syndical lors d'un licenciement (CE 26 octobre 1960, *Rions*, p. 558, et affaires semblables du même jour, *Marthon*, *Berchot*, *Mercier*, avec conclusions Chandreau). On peut cependant faire état d'un arrêt annulant le licenciement d'un agent

communal stagiaire pour insuffisance professionnelle motivé en fait par l'appartenance politique de l'intéressé (CE 8 juillet 1991, *Amato*, t. p. 1022). Mais ces arrêts sont particulièrement intéressants par l'application qu'ils font de la méthode de preuve déjà retenue dans l'arrêt *Barel* précité. Le motif allégué par les intéressés, à savoir l'exercice d'activités syndicales, appuyé de faits précis constituant des présomptions sérieuses n'était pas contredit par le dossier produit par l'administration qui s'était refusée à faire connaître le motif réel de licenciement. Le détournement de pouvoir invoqué a été ainsi regardé comme établi.

C'est cette méthode de preuve que préconise la requérante en référence à celle introduite dans le Code du travail à l'article L. 122-45 par la loi du 16 novembre 2001 selon laquelle *“le salarié... présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonnée, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile.”*

Ces dispositions ne sont pas applicables aux agents publics, mais on a vu que la jurisprudence administrative retient des principes similaires.

c) Si l'on fait application de cette méthode alternative de preuve à la présente espèce, on ne peut, selon nous, que donner raison à la requérante.

En effet, l'intéressée produit un tableau mettant en concordance, d'une part, la création d'une section syndicale dans la commune et son activité syndicale en tant que membre du bureau participant à des délégations auprès du maire, notamment sur le problème du non-renouvellement des CES et CEC et, d'autre part, les notes de service mettant en cause la qualité de son travail et la mesure litigieuse réduisant ses fonctions.

Alors que l'intéressée bénéficiait d'une notation particulièrement élogieuse et produit des attestations très favorables de l'ancien secrétaire de mairie et adjoint en charge du secteur, la commune se borne à invoquer les pouvoirs d'organisation du service qui appartiennent au maire et à dénier tout lien avec l'exercice du droit syndical.

Ainsi, estimons-nous *“que doit être regardée comme établie la discrimination syndicale, ce qui constitue, comme le soutient la requérante, un détournement de pouvoir”*.

3) Mme P. présente des conclusions en exécution de l'annulation sollicitée afin que vous ordonniez sous astreinte sa réintégration dans ses précédentes fonctions. En cas d'annulation d'une mutation d'office, l'intéressé doit être réintégré dans l'emploi qu'il occupait avant la mutation (CE 22 décembre 1958, *Jouval*, p. 938). La circonstance invoquée par la commune que cela impliquerait une réorganisation de l'ensemble des tâches des personnels d'entretien de l'école Jean Moulin ne peut faire obstacle à l'exécution de l'annulation de mutation pour illégalité interne (v. dans ce sens la jurisprudence qui considère qu'elle suppose que celui qui avait remplacé l'agent soit écarté, CE 29 juillet 1932, *Ass. des fonctionnaires de la Marne*, p. 825). Tout au plus pourrait-on admettre qu'elle soit réintégrée dans un emploi équivalent tant au niveau des responsabilités exercées que des possibilités d'exercer son mandat syndical (v. dans ce sens CE 28 octobre 1991, *Commune de Joué-lès-Tours c/ Rénier*, n° 86-691).

Mais en principe, l'annulation d'une décision déchargeant un fonctionnaire de ses fonctions implique qu'il soit réintégré dans l'emploi qu'il occupait (CE 2 juillet 1999, *Hirsch-Marie*, t. p. 864).

Ainsi, y a-t-il lieu d'ordonner à la commune de réintégrer la requérante dans l'emploi qu'elle exerçait ou à défaut dans un emploi en tous points équivalents. Vous pourrez accorder un délai d'un ou deux mois. Une astreinte ne nous paraît pas indispensable.

La commune ne pourra, si vous nous suivez, obtenir le remboursement des frais exposés. Vous pourrez, en revanche, accorder à la requérante 1 300 € à ce titre.

Par ces motifs nous concluons à l'annulation de la mutation de Mme P. ainsi que du jugement attaqué en tant qu'il a rejeté cette demande d'annulation :

- à ce qu'il soit enjoint à la commune de Penne d'Agenais de réintégrer Mme P. dans son emploi antérieur ou à défaut un emploi équivalent dans un délai d'un mois,
- à ce que la commune de Penne d'Agenais verse à Mme P. 1 300 € en application de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative,
- au rejet du surplus de la requête et des conclusions de la commune.