

L'EMPLOYEUR TERRITORIAL

C O R R E S P O N D A N C E H E B D O M A D A I R E

Un rapport en faveur d'une protection sociale complémentaire à adhésion obligatoire

Remis au gouvernement à l'été 2019 par les Inspections générales des finances (IGF), de l'administration (IGA) et des affaires sociales (IGAS), deux rapports sur la protection sociale complémentaire (PSC) des agents publics sont en ligne sur leurs sites Internet depuis le 5 octobre. Ils ont précédé de peu la réunion d'un groupe de travail sur le sujet le 13 octobre, la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019 imposant la publication d'une ordonnance pour la fin mars 2021.

Les rapports s'intéressent, d'une part, à l'État et aux collectivités et, d'autre part, aux hôpitaux publics.

Les montants accordés par les employeurs locaux, dont la latitude est plus importante car leur participation n'est pas liée au montant des transferts de solidarité, peuvent être modulés selon les situations individuelles et constituer un facteur d'attractivité. La mission souligne leur extrême hétérogénéité et les estime supérieurs à la moyenne de 12 € au sein de l'État.

Pour améliorer la protection sociale complémentaire, la mission préconise de renforcer les exigences liées à l'obtention d'une labellisation en prévoyant, par exemple, un socle minimal de prise en charge des risques en matière de santé et de prévoyance. A minima, l'encadrement des offres labellisées devrait être identique à celui des offres sélectionnées dans le cadre des conventions de participation, avec une information renforcée des agents.

Compte tenu des durées des engagements des employeurs, la mission recommande, dès 2020, la possibilité, pour les collectivités volontaires, de négocier des contrats collectifs à adhésion obligatoire en santé et/ou prévoyance, à charge pour le ministère de l'Intérieur de réfléchir à leur portabilité.

13 OCTOBRE 2020
N° 1692

CARRIÈRE

L'exercice de fonctions d'encadrement ne peut pas être le seul critère de l'octroi d'un avancementpage 2

RÉMUNÉRATIONS

L'utilisation des titres-restaurantspage 3

DISCIPLINE

La pratique publique de saluts nazis hors du service fonde une révocation.....page 4

EMPLOIS ET NON TITULAIRES

L'incitation de l'État à renforcer le télétravailpage 5

ANALYSE

Quels sont les pouvoirs du Défenseur des droits ?pages 6,7

LES CLEFS POUR BIEN GÉRER

Des situations de maltraitance relèvent du lanceur d'alertepage 8

Nouveau : FIL INFO
Recevez, chaque jour,
une information juridique ou
réglementaire gratuite par mail.
Inscription :
www.editionssorman.com



L'exercice de fonctions d'encadrement ne peut pas être le seul critère de l'octroi d'un avancement

L'avancement de grade s'effectue notamment par inscription à un tableau annuel d'avancement sur appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience des agents (article 79 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Dans une affaire, le président du conseil départemental refuse d'inscrire les 8 femmes médecins remplissant les conditions d'inscription au tableau d'avancement au grade de médecin hors classe pour 2013. Un document de la DRH montre que le président s'est fondé, d'une part, sur les fonctions d'encadrement d'un service et, d'autre part, sur l'évaluation professionnelle des fonctionnaires. Elle précise avoir examiné la situation de chaque promu, sans retenir un unique critère d'exercice de fonctions d'encadrement que le tribunal a sanctionné en 2012.

Mais, à chacune des femmes, le président oppose cette absence, sans préciser sur quels autres éléments d'appréciation de leur valeur et acquis de l'expérience il a refusé de les inscrire. Un courrier du 10 juin 2013 à l'ensemble des médecins précise même, au contraire, que la valeur professionnelle et les acquis de l'expérience devaient se traduire, notamment, par des fonctions d'encadrement d'un service, ce que confirment d'autres échanges après les entretiens professionnels.

À retenir : en faisant de ce critère la condition essentielle à remplir pour un avancement au grade de médecin hors classe, même s'il pouvait être retenu pour départager des candidats d'égal intérêt au regard de leurs mérites et expériences, le président du conseil départemental a bien entaché sa décision d'erreur de droit. TA Rennes n° 1302893 Mmes C... du 17 décembre 2015.

Une insuffisance professionnelle justifie un refus de titularisation

■ Les statuts particuliers fixent la durée normale du stage et les conditions de sa prorogation éventuelle. Sauf texte, cette durée est d'une année et peut être renouvelée pour une période au plus égale sur avis de la CAP, si les aptitudes professionnelles du stagiaire apparaissent insuffisantes. Cette prorogation n'est pas retenue dans le calcul de l'ancienneté à la titularisation (article 4 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992).

Dans une affaire, un agent social du CCAS conteste son refus de titularisation le 30 juin 2014. Nommé stagiaire le 1er novembre 2012, sa période probatoire est prolongée de 6 mois le 21 novembre 2013, un arrêté le maintenant en stage du 1er mai au 18 juin 2014, date de la CAP.

Un stagiaire se trouvant dans une situation probatoire et provisoire, un refus de titularisation, même fondé sur l'appréciation de son aptitude à exercer les fonctions auxquelles il peut être appelé et, de manière générale, sur sa manière de servir, et se trouvant donc pris en considération de sa personne, n'est pas, sauf à revêtir le caractère d'une sanction, au nombre des mesures nécessitant de mettre l'intéressé à même de faire valoir ses observations et de prendre connaissance de son dossier, et n'est pas soumise aux formes et procédures prévues par les textes. Pour les mêmes raisons, il n'a pas davantage à être motivé. Dans l'affaire, le stage de l'agent a été mené à son terme et la procédure a donc été régulière.

Des carences dans le traitement des dossiers

Sur le fond du dossier, les agents sociaux peuvent notamment occuper un emploi d'aide-ménagère ou d'auxiliaire de vie. À ce titre, ils assurent des tâches et activités de la vie quotidienne auprès des familles, des personnes âgées ou handicapées, leur permettant de se maintenir dans leur milieu habituel de vie. Ils peuvent exercer dans des établissements d'accueil et d'hébergement pour personnes âgées ou handicapées (décret n° 92-849 du 28 août 1992).

Les évaluations de son supérieur en septembre 2012 et septembre 2013 montrent que s'il justifie de qualités relationnelles reconnues par son employeur et les usagers de la résidence où il travaille, le suivi administratif dont il a la charge, l'organisation du projet de vie de la résidence et des activités manuelles, qui font bien partie de ses missions, sont insuffisants. Il manque d'investissement dans les tâches qui lui incombent, est fréquemment en retard et présente une attitude de défiance envers ses supérieurs. Quand bien même il aurait travaillé antérieurement dans le cadre de CDD, les manquements qui lui sont reprochés sont bien établis. Le refus de titularisation qui lui est opposé est fondé.

Attention : aucun texte ni principe n'interdit à l'employeur de refuser la titularisation d'un stagiaire en congé de maladie. Par ailleurs, si aucune décision sur sa titularisation n'est intervenue au terme de son premier stage, l'agent a conservé sa qualité de stagiaire, obligeant logiquement son employeur à le placer dans une position régulière et à le maintenir en stage, sans devoir saisir à nouveau la CAP puisqu'il ne s'agit pas d'un renouvellement.

CAA Douai n° 18DA00673 M. A du 10 octobre 2019.

Disponibilité : un retard excessif à la réintégration engage la responsabilité de l'employeur

■ **Tout fonctionnaire en activité tient de son statut le droit de recevoir, dans un délai raisonnable, une affectation correspondant à son grade, dont l'absence constitue une faute engageant la responsabilité de l'employeur** (CE n° 335507 Mme A du 8 juin 2011). Les principes qui la régissent lui garantissent la réparation intégrale du préjudice effectivement subi du fait de ce maintien sans affectation. Pour en déterminer l'étendue, le juge tient compte des démarches que le fonctionnaire devait entreprendre eu égard à son niveau hiérarchique et la durée de son absence de fonctions.

Dans une affaire, un technicien supérieur en chef du ministère de l'Équipement est muté au service d'État de l'aviation civile de Wallis et Futuna le 3 septembre 2008. Le 20 avril 2010, il obtient par anticipation la fin de son séjour sur ce territoire au 15 août 2010, mais demeure sans affectation ni traitement jusqu'au 1er mai 2011, date à laquelle il est détaché auprès du ministère de la Défense à Toulon.

Le ministère de l'Équipement justifie ce maintien sans affectation pendant 8 mois et demi par le report à 2 reprises de la CAP compétente pour son corps, qui devait nécessairement être saisie pour avis (elle n'aura eu lieu que le 31 mars 2011), et le fait que le retour de l'agent a eu lieu pour des raisons personnelles.

Pour la cour, au contraire, ni le report inexplicé de l'instance paritaire, ni sa demande de retour formulée à compter du 14 juin 2010, et acceptée au mois d'août, ne permettaient à l'employeur d'obtenir une prolongation du délai raisonnable de réaffectation d'un agent de catégorie B.

L'absence de faute de l'agent

Compte tenu du nombre d'emplois correspondant à ce grade dans le ministère et de l'organisation des mutations et affectations, la cour estime ce délai à 5 mois et engage la responsabilité de l'employeur à son expiration.

Le ministère évoque alors une exonération partielle de responsabilité tenant à une faute de l'agent. Mais le technicien a présenté une demande de détachement auprès du ministère de la Défense dès le 1er septembre 2010 et 3 candidatures sur des postes à pourvoir rapidement au sein du ministère de l'Écologie en cas de réintégration, et a donc engagé sans tarder des démarches auprès de son employeur pour retrouver rapidement une affectation. Dans la mesure où ses aptitudes professionnelles faisaient l'objet d'appréciations positives, sa candidature étant d'ailleurs retenue au ministère de la Défense, rien ne faisait obstacle à une affectation dans ce délai raisonnable sur un poste correspondant à son grade.

À retenir : *au plan financier, la cour, outre le traitement, retient la perte des primes et indemnités qu'il avait une chance sérieuse de percevoir à compter de la date d'expiration du délai raisonnable, soit du 15 janvier 2011 au 1er mai, à l'exception de celles qui, par leur nature, leur objet ou leurs conditions de versement, sont seulement destinées à compenser des frais, charges ou contraintes liés à l'exercice effectif des fonctions. Sur la base d'une rémunération nette de 2 536 €, la cour lui accorde 8 791 €. CAA Marseille n° 18MA01854 M. B du 26 mars 2019.*

L'utilisation des titres-restaurants

Les employeurs peuvent attribuer aux agents des titres-restaurants en l'absence de dispositifs de restauration collective ou de contrats avec un restaurateur, ou si leur lieu ne permet pas qu'ils en bénéficient (article 19 de l'ordonnance n° 67-830 du 27 septembre 1967).

A un parlementaire, le ministre du Travail rappelle que le code du travail (articles R. 3262-4 à 11) en fixe les conditions d'usage.

Ils sont utilisables hors dimanches et jours fériés sauf si l'agent travaille, dans le département et ceux limitrophes du lieu de travail, sauf mention très apparente contraire parce que l'agent est appelé à des déplacements de longue distance. Le plafond de participation est de 19 € par jour. En effet, pour être exonérée de cotisations et d'impôts, la participation doit être comprise entre 50 % et 60 % de la valeur du titre, avec un maximum de 5,55 € en 2020. Le montant plafond de 19 € correspond ainsi à 2 titres de 9,50 € qui restent compatibles avec la participation patronale. Par ailleurs, le code autorise le paiement d'un même repas avec plusieurs titres-restaurants pour favoriser une alimentation variée et permet l'achat de fruits et légumes immédiatement consommables.

Depuis 2014, les titres-restaurants peuvent être mis sous une forme dématérialisée, c'est-à-dire une carte rechargeable ou via une application accessible depuis un Smartphone.

Rappel : *dans le cadre de la crise sanitaire, et jusqu'au 31 décembre 2020, les titres peuvent être utilisés dans les (hôtels) restaurants et débits de boissons assimilés, les dimanches et jours fériés, avec un montant maximal utilisable relevé à 38 €.*

QE n° 17630 JO AN du 14 mai 2019 page 4538 et décret n° 2020-706 du 10 juin 2020.

La pratique publique de saluts nazis hors du service fonde une révocation

■ Si les fonctionnaires doivent exercer leurs fonctions avec dignité, probité et obéissance (articles 25 et 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), la jurisprudence reconnaît depuis longtemps une obligation de loyauté envers les institutions républicaines, une réserve dans l'expression des opinions et un devoir d'exemplarité, notamment dans la police.

Dans une affaire, le ministre de l'Intérieur révoque, le 24 juillet 2014, un brigadier-chef de la police nationale responsable de la brigade anti criminalité (BAC) de jour après des incidents dans un bar la nuit du 1er au 2 février 2008. Ils lui valent une condamnation de la cour d'appel à 6 mois de prison avec sursis et 500 € de dommages-intérêts pour provocation à la discrimination, la haine ou la violence en raison de l'origine d'une personne ou de son appartenance à une ethnie, nation, race ou religion.

Avec 4 autres personnes, dont 2 collègues, il a en effet tenu des propos tels que « Sieg Heil », « Heil Hitler » et « Mort aux juifs », tandis que d'autres affirmaient qu'il fallait « rouvrir les fours crématoires ». Tous ont appuyé leurs propos du salut nazi, notamment au

moment de trinquer, et pratiqué ce qu'un témoin a qualifié de « mini saluts nazis », le policier se revendiquant du « White power ». Ces propos ont non seulement été proférés dans un lieu public ouvert à toute clientèle, sans restriction ni invitation particulière, mais ont été tenus à voix haute pour être entendus du plus grand nombre possible de consommateurs. Plusieurs témoins mentionnent qu'ils ont été prononcés suffisamment forts pour couvrir le bruit ambiant, sur un ton virulent et provocateur, accompagné d'un salut hitlérien ostensible destiné à attirer l'attention des personnes présentes. Plusieurs, scandalisées, quittent d'ailleurs l'établissement. À sa sortie du bar, le policier marche ostensiblement au milieu de la chaussée en faisant le salut nazi, criant « Sieg Heil » et se revendiquant du « White power ». Une perquisition à son domicile permet la découverte de 2 photos le représentant avec d'autres personnes, tendant la main dans un geste pouvant être traité comme un salut hitlérien. Selon lui, il demandait aux photographes de parler plus fort sur la première photo et sur la seconde chantait avec des camarades « Maréchal nous voilà ! ».

L'opposabilité des faits retenus par la Cour d'appel

Techniquement, l'autorité absolue de la chose jugée par les juridictions répressives s'attache aux seules constatations de fait qui sont le soutien nécessaire du jugement définitif et statuent sur le fond de l'action publique. Dans l'affaire, la décision, rendue en dernier ressort par la cour d'appel, présente bien ce caractère définitif même si, pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation, elle fait effectivement l'objet d'un tel pourvoi et, en tant que telle, n'est pas encore irrévocable. Dans l'affaire, le pourvoi en cassation ayant été rejeté, la décision est non seulement définitive mais irrévocable. L'agent ne saurait donc affirmer que sa révocation est entachée d'une erreur sur la matérialité des faits.

S'y ajoute la vente de son véhicule personnel au profit d'un individu défavorablement connu des services de police, démuné de permis de conduire. L'acheteur ayant été interpellé, le policier demande à l'agent verbalisateur de lui accorder une indulgence.

Si la cour écarte les photos découvertes à son domicile sur lesquelles il fait un salut nazi, parce qu'elles ont été réalisées dans un cadre privé, hors service, et que la publicité donnée à leur sujet n'était pas le fait du poli-

cier, elle retient en revanche des manquements particulièrement graves et caractérisés aux obligations de loyauté, de réserve, de probité, d'obéissance, d'exemplarité et de dignité, quand bien même les faits auraient été commis en dehors du service. En effet, ils ont été réalisés par un fonctionnaire expérimenté, occupant un emploi d'encadrement, qui a entraîné deux de ses subordonnés dans ses errements, et leur très large médiatisation a été de nature à jeter un discrédit réel sur l'ensemble de la police nationale. Même si le policier persiste dans un déni complet 7 ans après les faits, malgré des témoignages accablants, le ministre a pu prononcer une révocation sans erreur d'appréciation.

À retenir : *au-delà des faits à l'origine de cette décision, le juge rappelle utilement le devoir d'exemplarité pesant sur des fonctions d'autorité comme la police, que les obligations des agents publics ne se limitent pas à la sphère professionnelle et que l'atteinte portée à l'image de l'administration est susceptible de sanction.*

CAA Douai n° 17DA00703 M. B du 4 avril 2019.

L'incitation de l'État à renforcer le télétravail

■ Avec l'évolution préoccupante de l'épidémie de Covid-19 dans certains territoires, particulièrement les grandes métropoles, une circulaire de la ministre de la Transformation et de la Fonction publiques rappelle la nécessité de maintenir à la fois une continuité des services publics, indispensable à la relance de l'économie, et une exemplarité dans la protection des agents et des usagers.

Elle préconise pour l'État de renforcer le télétravail dans les zones d'alerte « renforcée » et « maximale », dans le cadre du décret qui l'organise (n° 2016-151 du 11 février 2016).

Ce mode d'activité participe en effet à une démarche de prévention des risques de contamination, par la limitation, d'une part, de l'affluence des transports en commun et, d'autre part, de la présence des agents dans les bureaux et espaces partagés.

D'une façon générale, si les agents peuvent exercer en télétravail et qu'il peut être concilié avec les nécessités du service, la ministre recommande de le favoriser. Dans le cas contraire, sont préconisées des mesures d'aménagement des horaires pour limiter l'affluence dans les transports en commun aux heures de pointe et la réduction des interactions sociales sur le lieu de tra-

vail en privilégiant des réunions par vidéo et téléconférence.

Dans les zones d'alerte renforcée maximale, les employeurs sont invités à inciter très fortement (puisque le décret le lie à une demande écrite des agents) cette pratique du télétravail, 2 à 3 jours par semaine chaque fois que cela est possible.

Pour limiter les interactions sociales et la présence dans les transports, l'organisation des services devrait être adaptée avec une présence des personnels par roulement, un aménagement des horaires dans la limite des nécessités du service et de l'accueil du public. Ce dispositif a vocation à perdurer tant que la situation sanitaire l'exige.

Attention : la circulaire engage les employeurs à prêter une particulière attention aux conditions matérielles d'exercice et d'accompagnement des agents en télétravail, notamment par la mise à disposition d'équipements adaptés, la diffusion de bonnes pratiques et la formation des encadrants, outre une bonne information des agents et le maintien d'un dialogue social régulier avec les organisations syndicales représentatives.

Circulaire TFPF2026803C du 7 octobre 2020.

Renouveler des CDD onze années consécutives constitue une pratique abusive

■ Les employeurs peuvent recruter des contractuels sur des emplois non permanents pour répondre à un accroissement temporaire d'activité (12 mois sur une période de 18 mois consécutifs) ou un besoin saisonnier (6 mois sur 12 mois consécutifs) ou pour remplacer des agents temporairement indisponibles (articles 3 et 3-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Suivant une jurisprudence constante (CE n° 371664 Mme B du 20 mars 2015), ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'un renouvellement abusif de ces contrats puisse donner lieu à l'indemnisation du préjudice effectivement subi par l'agent lors de l'interruption de sa relation d'emploi, en fonction des avantages financiers auxquels il aurait pu prétendre en cas de licenciement dans le cadre d'un CDI. Le juge tient compte de l'ensemble des circonstances de fait, notamment de la nature des fonctions exercées, du type d'organisme employeur, du nombre et de la durée cumulée des contrats.

Dans une affaire, une femme adjointe technique qui travaille en CDD du 1er janvier 2000 au 21 octobre 2011 sur la base de 56 contrats successifs, estime cette situation abusive et demande réparation de son préjudice.

Elle a exercé des fonctions polyvalentes d'agent d'entretien de manière ininterrompue et, si la commune évoque le remplacement d'agents indisponibles, la conclusion de 56 contrats caractérise pour la cour un recours abusif au CDD.

S'agissant de son préjudice, le décret sur les contractuels (n° 88-145 du 15 février 1988, articles 43 et suivants) accorde aux agents en CDI licenciés une indemnité de licenciement. Appuyée sur la dernière rémunération nette de cotisations perçue le mois civil précédent le licenciement, elle est égale à la moitié de cette rémunération pour chacune des 12 premières années et au tiers pour chacune des années suivantes, dans la limite de 12 fois la rémunération de base.

À retenir : sur la base d'un salaire net à mi-temps de 696 €, l'indemnité s'établit à 7 656 €, à laquelle la cour ajoute 1 000 € de préjudice moral en compensation de la décision de rupture brutale des relations contractuelles après 11 ans de service, et 1 000 € pour non-respect du préavis de licenciement de 8 jours auquel elle avait droit, soit 9 656 €.

CAA Paris n° 18PA01755 M. E du 26 juin 2019.

Quels sont les pouvoirs du Défenseur des droits ?

Le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, est notamment chargé de lutter contre les discriminations et de promouvoir l'égalité. Il peut faire toute recommandation de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne qui s'est estimée lésée, et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement.

Un pouvoir d'injonction sanctionné par une publicité

■ En pratique, le Défenseur des droits apprécie si les faits faisant l'objet d'une réclamation qui lui sont signalés appellent une intervention de sa part et indique, le cas échéant, les motifs pour lesquels il décide de ne pas donner suite à une saisine. Il peut recommander de régler en équité la situation de la personne, à charge pour les autorités intéressées de l'informer des suites données à ses recommandations. À défaut d'information ou s'il estime, au vu des informations reçues, qu'une recommandation n'a pas été suivie d'effet, le Défenseur des droits peut enjoindre à la personne mise en cause de prendre dans un délai déterminé les mesures nécessaires. À défaut de suite à son injonction, il établit un rapport spécial communiqué à la personne mise en cause. Le cas échéant, il rend publics ce rapport et la réponse de la personne intéressée. Plus largement, il peut, après l'en avoir informée, rendre publics ses avis, recommandations et décisions, avec, le cas échéant, la réponse qui lui a été donnée (articles 4, 24, 25 et 36 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011).

Dans une affaire, le ministre des Affaires sociales recrute, en septembre 2011, une chargée de mission départementale aux droits des femmes et à l'égalité, par un CDD de 3 années. Son contrat n'étant pas renouvelé, elle saisit le Défenseur des droits pour harcèlement moral et discrimination. Le 13 décembre 2016, il recommande au ministre de verser à la femme une prime indûment retenue, de supprimer les mentions discriminatoires sur ses évaluations, de mettre en place une enquête interne pour déterminer s'il y a lieu d'engager une procédure disciplinaire contre son supérieur et de mettre en place des mesures garantissant que l'agent qui dénonce des faits de discrimination auprès de la cellule d'écoute et d'alerte des ministères sociaux ne subisse pas de représailles. Le Défenseur communique également cette décision au procureur de la République. Le supérieur, auquel est refusée la protection fonctionnelle dans le cadre d'une plainte pour dénonciation calomnieuse, demande l'annulation de la recommandation du Défenseur des droits.

Un élargissement relatif du recours en excès de pouvoir

Le tribunal, puis la cour, ayant rejeté son recours, le rapporteur public s'interroge en cassation sur la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre une recommandation du Défenseur des droits, rappelant qu'il n'est en principe ouvert qu'à l'encontre d'actes administratifs présentant un caractère décisoire, c'est-à-dire modifiant l'ordonnancement juridique en produisant des effets de droit. Néanmoins, le juge admet de longue date que de tels effets de droit puissent résulter non seulement d'actes réglementaires ou individuels, mais aussi de productions de l'administration dont l'objet n'était pas de modifier l'ordonnancement juridique.

Une jurisprudence ancienne admet ainsi que des avis, recommandations, mises en garde ou prises de positions administratives qui revêtent le caractère de dispositions

générales et impératives ou énoncent des prescriptions individuelles, dont les autorités qui les édictent pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance, constituent des décisions faisant grief, donc susceptibles de recours (voir pour l'Autorité de la concurrence CE n° 346378 Société ITM Entreprises du 11 octobre 2012). Leur examen par le juge découle de la force contraignante qu'elles tirent non d'elles-mêmes (elles modifieraient alors l'ordre juridique), mais des pouvoirs que leur auteur peut mettre en œuvre pour en assurer l'effectivité, donc le pouvoir d'en assurer le respect par des mesures qui, elles, ont un caractère décisoire.

La seconde catégorie de mesures génératrices d'effets de droit autre que les actes réglementaires ou individuels sont les mesures, souvent qualifiées de droit souple, qui produisent des effets notables, notamment de

(suite p. 7)

(suite de la p. 6)

nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent, donc manifestent un pouvoir d'influence par lequel les autorités de régulation remplissent leur mission. Il en est ainsi des mises

en garde formulées à 3 reprises par l'Autorité des marchés financiers à l'encontre d'une société proposant des produits de placements immobiliers (CE Ass. n° 368082 sociétés Fairvesta International GmbH du 21 mars 2016).

Des recommandations ne faisant pas grief

S'agissant des recommandations du Défenseur des droits, elles ne constituent que des propositions à l'administration et non des prescriptions ou des ordres. Leur force procède de l'autorité morale du Défenseur des droits, qui ne dispose pratiquement d'aucun pouvoir d'en censurer la méconnaissance, si ce n'est un rapport spécial et une publicité.

En réalité, seule la publication elle-même pourrait être contestée devant le juge, si elle porte directement atteinte aux intérêts de la personne concernée (CE n° 68638 Eglise de scientologie de Paris du 21 octobre 1988).

Une décision rendue à propos de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE), aujourd'hui intégrée au Défenseur des droits, avait déjà estimé que seules des recommandations de portée générale rédigées de façon impérative pouvaient faire l'objet d'un recours (CE n° 294195 éditions Tissot du 13 juillet 2007).

Dans cet esprit, le Conseil d'État indique que lorsque

le Défenseur des droits émet des recommandations sans faire usage de la faculté dont il dispose de les rendre publiques, il n'énonce pas des règles s'imposant aux personnes privées ou aux autorités publiques, mais leur recommande des mesures lui semblant de nature à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'il estime discriminatoire ou à en prévenir le renouvellement. Même si ces recommandations ont une portée générale, elles ne constituent pas des décisions administratives susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. Il en va de même du refus du Défenseur de faire usage de ses pouvoirs d'intervention.

Dans l'affaire, en estimant que l'invitation du ministère des Affaires sociales à prendre des mesures susceptibles de remédier à des pratiques discriminatoires ne constituait pas une décision administrative s'imposant aux personnes concernées, et donc susceptibles d'un recours en excès de pouvoir, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

Un large pouvoir de saisine

Rappelons que le Défenseur des droits est également chargé de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations publiques et organismes investis d'une mission de service public, de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité et d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte, outre la défense et la promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant.

Sa saisine est possible par toute personne physique ou morale s'estimant lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration, un enfant invoquant la protection de ses droits ou une situation mettant en cause son intérêt, ses représentants légaux et les membres de sa famille et les services médico-sociaux et toute association dont les statuts prévoient la défense des droits de l'enfant (déclarée depuis au moins 5 ans). S'y ajoutent toute personne s'estimant victime d'une discrimination ou une association dont l'objet est de combat-

tre les discriminations ou d'assister les victimes, conjointement avec la personne concernée et la victime ou le témoin de faits constituant à ses yeux un manquement aux règles de déontologie dans le domaine de la sécurité. S'il peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées, le Défenseur des droits peut également se saisir d'office, être saisi par les ayants droit de la personne concernée ou suite à une réclamation adressée à un parlementaire, qui la lui transmet s'il estime qu'elle appelle son intervention. Les membres du Parlement peuvent le saisir de leur propre initiative d'une question justifiant son intervention. S'il se saisit d'office, à l'initiative de la personne s'estimant lésée ou des représentants de l'enfant, l'intervention du Défenseur des droits suppose que la personne (ou ses ayants droit) en ait été avertie et ne s'y soit pas opposée. La seule exception concerne la mise en cause de l'intérêt supérieur d'un enfant et de personnes non identifiées ou dont il ne peut pas recueillir l'accord.

CE n° 414410 M. A du 22 mai 2019 et concl.

Des situations de maltraitance relèvent du lanceur d'alerte

■ Le lanceur d'alerte est la personne physique qui signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste, soit d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé, soit d'un acte unilatéral d'une organisation internationale, soit d'un texte législatif ou réglementaire, ou qui révèle une menace et un préjudice grave pour l'intérêt général dont elle a eu personnellement connaissance.

Le signalement repose sur une hiérarchisation des interlocuteurs : la saisine d'abord du supérieur (in)direct, de l'employeur ou du référent qu'il a désigné, puis, en l'absence de diligences du destinataire à en vérifier la recevabilité dans un délai raisonnable, de l'autorité judiciaire, administrative (le préfet) ou des ordres professionnels. Enfin, et à défaut de traitement par ce second niveau dans les 3 mois, il peut le rendre public. Seul un danger grave et imminent ou la présence d'un risque de dommages irréversibles peut permettre la saisine directe de l'autorité judiciaire ou administrative et autorise à le rendre public. La personne peut aussi s'adresser au Défenseur des droits, qui l'orientera vers l'organisme approprié (articles 6 et 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016). La fonction publique protège le lanceur d'alerte en excluant toute sanction ou mesure discriminatoire consécutive à un signalement, dans le respect de la loi (article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Dans une affaire (TA Bordeaux n° 1704873 Mme A du 30 avril 2019), le président du conseil départemental exclut, le 16 octobre 2017, pour 4 mois dont 1 avec sursis, une aide-soignante du centre départemental de l'enfance après l'envoi, le 3 avril 2017, avec plusieurs collègues éducateurs, d'une lettre ouverte aux plus hautes autorités de l'État, et plusieurs médias et sites information, dénonçant, sous le titre « les enfants sacrifiés de la République », des situations dramatiques que vivent les enfants confiés au conseil départemental et l'inertie de sa hiérarchie. Elle relate des fugues quotidiennes, des abus sexuels et viols entre usagers, des agressions phy-

siques, des passages à l'acte violents entre enfants et sur le personnel (150 événements au moins pour les années 2016/2017). La femme témoigne aussi, dans un article de presse des faits auxquels elle a été confrontée.

UNE SANCTION DE NUL EFFET

La loi autorisant un signalement public direct en cas de danger grave et imminent ou en présence de dommages irréversibles, le département ne saurait invoquer la spécificité de la structure d'accueil et les diligences réalisées.

La lettre ouverte dénonce des dysfonctionnements et des maltraitements d'une particulière gravité, menaçant la santé et l'intégrité des mineurs, un climat délétère et une montée de la violence entre mineurs et vis-à-vis du personnel. Même si certains des faits remontent à 2016, d'autres, de même nature, porteurs de risques graves, se produisent à la date des signalements.

En les divulguant publiquement, la femme a dénoncé une menace grave et un risque de dommages irréversibles dont elle a eu personnellement connaissance et qu'elle a voulu faire cesser. Elle ne pouvait donc pas faire l'objet d'une sanction, que le juge déclare « nulle et de nul effet ».

Rappelons que ce régime de l'alerte exclut les faits, informations et documents couverts par le secret de la Défense nationale, le secret médical, ou celui des relations entre un avocat et son client. Par ailleurs, les personnes morales de droit public ou privé d'au moins 50 salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants et EPCI à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et régions sont tenus de définir des procédures de recueil des signalements émis par les membres de leurs personnels ou des collaborateurs extérieurs et occasionnels. La fonction de référent alerte peut être confiée à une personne physique ou à toute entité de droit public ou privé dotée ou non de la personnalité morale, ou à leur référent déontologue (décret n° 2017-564 19 avril 2017).

La Lettre de l'Employeur territorial répond aux interrogations de ses lecteurs

Les réponses, qui ne sauraient s'apparenter à des consultations d'avocat, seront regroupées par thème et traitées de manière anonyme en page 8, une semaine sur deux. Vous pouvez adresser vos questions par mail à : evelyne.brochand@editionssorman.com