

Le Défenseur des droits

Mission lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité

Décision n° LCD - 2011-26

Le Défenseur des droits :

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment ses articles 6 et 6 *quinquiès* ;

Vu 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 1 et 4 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, notamment son article 25 ;

Vu le décret n° 87-602 du 30 juillet 1987, pris pour l'application de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif à l'organisation des comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires territoriaux, notamment son article 30.

Décide :

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, par courrier du 10 octobre 2008, par M. X, attaché territorial auprès de la communauté urbaine Z, d'une réclamation relative à la décision de refus de le nommer au poste pour lequel il avait été recruté, ainsi qu'à des faits de harcèlement discriminatoire, depuis la révélation de son état de santé à sa supérieure hiérarchique, Mme Y, Directrice des affaires juridiques de Z. Il se plaint également de représailles.
2. Depuis le 1er mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 susvisée, « *les procédures ouvertes par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits. A cette fin, les actes valablement accomplis par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité sont réputés avoir été valablement accomplis par le Défenseur des droits* ».

I. Refus de nomination :

3. M. X a répondu à une offre d'emploi d'avril 2007 de « *responsable de service juridique* » au sein de la Direction des affaires juridiques (DAJ) de Z et a été recruté par voie de mutation, à compter du 1^{er} février 2008.
4. Dans l'attente de la création effective du service juridique, il a accepté d'être recruté en qualité de « *chef du service Etudes* », tout en assumant également, pendant un temps, les fonctions de chef du service Contentieux.

5. Il ressort de l'enquête menée par le Défenseur des droits que, dès l'année 2007, la création d'un service juridique, regroupant les domaines Etudes et Contentieux, était envisagée d'un commun accord entre la Directrice des affaires juridiques et le Directeur général de Z.
6. Ces éléments sont notamment attestés par Mme A, la Directrice de l'emploi et de la formation de Z, dans sa note classée « *confidentiel* », du 19 mars 2009, adressée au Directeur général adjoint, ainsi que par Mme B, qui occupait à la date des faits, les fonctions de chargée de mission au service Contentieux, dans une note du 7 mars 2011.
7. Or, quelques mois après le recrutement de M. X, la Directrice des affaires juridiques lui a fait connaître son intention de ne plus procéder à la création du service juridique et de lui confier uniquement les fonctions de chef du service Etudes. Il a, alors, progressivement été démis de ses fonctions en matière contentieuse.
8. Selon M. X, cette décision serait consécutive à la révélation, en mars 2008, à la Directrice des affaires juridiques, de son état de santé. Il indique que, suite à de courts arrêts de maladie, intervenus entre la fin février et début avril 2008, il lui aurait dévoilé à sa demande la nature de sa maladie.
9. Pour justifier cette décision, Z fait tout d'abord état du pouvoir discrétionnaire des collectivités territoriales en matière de création d'emplois, d'attribution d'emplois vacants, ou de fusion de deux services au sein d'une direction, de l'opportunité au regard de l'intérêt du service et de sa mutabilité, ainsi que de l'absence de droit acquis à la nomination dans un emploi public.
10. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire est encadré et ne peut justifier des mesures discriminatoires, en méconnaissance notamment de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 susvisée, qui dispose qu' « *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé.* ».
11. Dès lors, s'il est vrai que M. X n'avait pas de droit acquis à la nomination sur l'emploi de « *responsable de service juridique* », Z était néanmoins tenu de justifier que sa décision reposait sur des critères objectifs, exempts de toute discrimination.
12. Z justifie principalement sa décision de ne pas nommer M. X par le changement de présidence de Z intervenu le 17 avril 2008, qui aurait décidé de ne pas donner suite au projet de fusion des deux services - Etudes et Contentieux - de la DAJ, de la précédente présidence, afin de stabiliser son organisation. De plus, Z souligne n'avoir pas eu connaissance de l'affection dont M. X était atteint.
13. Toutefois, l'argument du Président de Z selon lequel c'est en opportunité, au regard de l'intérêt du service, qu'il a décidé de ne pas donner suite au projet de son prédécesseur de fusionner les deux services afin de stabiliser l'organisation de la DAJ, ne peut être retenu.
14. En effet, les premières décisions de retrait de responsabilités du réclamant sont intervenues, à partir de fin mars 2008, avant même l'élection du Président de la communauté urbaine, le 17 avril 2008.

15. Ainsi, à partir de fin mars 2008, le visa de M. X, sous la mention « *chef de service* », a disparu des feuilles de congés des deux agents du service contentieux initialement placés sous sa responsabilité. Par ailleurs, sur un courrier du 8 avril 2008, soumis à la signature de la Directrice juridique par le réclamant, elle lui a demandé de remplacer les références « *DAJ/Etudes et Contentieux* », par « *DAJ* » ou « *DAJ/Etudes* ». En outre, il lui a également été demandé de corriger sa signature électronique afin de supprimer la mention du contentieux.
16. Par ailleurs, alors qu'il avait été recruté pour occuper les fonctions de responsable du service juridique, qui regroupait la responsabilité des études et du contentieux, les fonctions de chef du service contentieux ont été proposées, en octobre 2008, en mobilité interne et externe, et ont été pourvues, en juillet 2009, par une juriste (Mme B) initialement placée sous la responsabilité de M. X.
17. Des éléments concordants de l'enquête, qui ne sont pas utilement contredits, permettent de retenir que l'état de santé de l'intéressé a été un motif déterminant ayant conduit à la renonciation, par Z, de créer le poste de responsable du service juridique pour lequel M. X avait été recruté, et à la perte progressive de ses responsabilités en matière contentieuse.
18. Il ressort du dossier que même si la nature de la pathologie de M. X n'était pas nécessairement connue de tous, contrairement à ce qu'avance Z, l'ensemble de sa hiérarchie avait connaissance de l'existence d'une maladie induisant des absences pour raisons de santé.
19. Ainsi, il résulte d'une note, du 15 mars 2011, adressée au Président de Z, par le Directeur général adjoint, M. C, qu'il a « *été alerté par les problèmes de santé* » de M. X.
20. En outre, dans la note précitée de Mme A, en date du 19 mars 2009, celle-ci indique que « *le service Santé de la DRH et le médecin du travail, ont attiré mon attention sur l'état de santé de M. X, qui leur paraissait préoccupant et aggravé par la situation de travail dans lequel il se trouvait.* ».
21. Par ailleurs, dans une note adressée le 11 mars 2011 au Président de Z, la Directrice des affaires juridiques, Mme Y, reconnaît avoir été informée par M. X en mars 2008, de ce que « *son état de santé nécessiterait un jour d'absence toutes les six semaines pour traitement à l'hôpital* ».
22. Il convient, dès lors, de relever l'existence d'une concomitance entre l'annonce par M. X de sa pathologie à sa supérieure hiérarchique, Mme Y, et le début d'un retrait de ses responsabilités en matière contentieuse.
23. Dans une attestation versée au dossier en date du 24 février 2009, Mme D, attachée principale, employée par la communauté urbaine de W du 12 septembre 2005 au 14 juillet 2008 en qualité de chef du service Carrières, Relations Sociales et Santé, affirme ainsi que « *Mme Y (directrice des affaires juridiques) m'a demandé conseil sur l'affectation de M. X et a évoqué le fait que ce dernier ne pouvait être positionné, comme cela était prévu lors de son recrutement, sur le poste de Chef de service Etude et Contentieux, au motif qu'il était atteint d'une maladie évolutive et invalidante qui nécessiterait de nombreuses absences pour soin* ». *Je lui ai dit que selon moi cette mesure pouvait être assimilée à une mesure discriminatoire, mais Mme Y m'a à nouveau fait part de ses doutes quant à l'affectation de M. X sur un poste qu'elle jugeait très important dans sa direction. Après cet entretien, Mme Y*

n'a plus jamais évoqué ce sujet avec moi, mais M. X m'a de nombreuses fois entretenue sur les difficultés qu'il rencontrait au sein de la direction juridique et du comportement vexatoire de sa directrice à son égard, notamment vis-à-vis des agents que Monsieur X devait encadrer, mais également vis-à-vis du travail rendu. ».

24. En conclusion, les refus successifs de nommer M. X sur le poste de responsable du service juridique pour lequel il avait été recruté, puis sur le poste de chef du service contentieux créé en octobre 2008, doivent être regardés comme discriminatoires en raison de son état de santé.
25. Cette mise à l'écart s'est poursuivie de façon croissante en 2008, 2009 et 2010, se traduisant par une situation de harcèlement en lien avec sa pathologie.

II. Harcèlement discriminatoire :

26. S'agissant du harcèlement discriminatoire invoqué, ses éléments constitutifs sont réunis, en méconnaissance des articles 6 et 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983 qui disposent, qu'*« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé (...) »*, et qu'*« aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. »*.
27. La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 susvisée, qui n'est pas applicable *rationae temporis* sur l'ensemble de la période de harcèlement invoquée, a défini le harcèlement discriminatoire, comme *« tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa (...), subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »*.
28. S'agissant de M. X, tant sa situation professionnelle, que son état de santé se sont fortement dégradés suite aux agissements de sa hiérarchie à son encontre, en lien avec sa pathologie.
29. En premier lieu, Z a reproché à M. X ses absences pour raisons de santé, en indiquant dans le cadre de l'enquête qu'elles auraient conduit à son indisponibilité et à une désorganisation de la DAJ.
30. Or, le fait de reprocher à un agent, ses absences dûment justifiées dues à son état de santé, constitue un élément permettant de retenir la discrimination (notamment, Cour d'Appel de Reims, n° 10/01827, 15 juin 2011 ; Cour d'Appel de Paris, n° 10/09598, 28 juin 2011).
31. Par ailleurs, sans tenter de rechercher un aménagement du poste de M. X, ce dernier a progressivement été démis de toute responsabilité, qui s'est traduite par une *« mise au placard »* et une dégradation de sa situation professionnelle.
32. Ainsi, M. X n'a pu bénéficier d'un avancement d'échelon à durée minimale, ce dont il a été informé par courrier du 7 octobre 2010.
33. Pour justifier cette pratique, Z indique que l'avancement d'échelon à durée minimale constitue une faculté *« qui n'est pas utilisée au bénéfice d'agents bénéficiant d'absences prolongées »*, ce qui constituerait une pratique *« généralement retenue »*.

34. Toutefois, il convient de rappeler que les périodes de congé pour maladie ordinaire, de longue maladie ou de longue durée doivent être prises en compte pour l'avancement ou l'ancienneté, à moins de retenir l'existence d'une discrimination. Ainsi, conformément à l'article 30 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987 susvisé, ces périodes entrent également en compte dans le minimum de temps valable pour pouvoir prétendre au grade supérieur.
35. Concernant la notation de M. X au titre de 2009, Z indique qu'elle « *n'a pu être réalisée compte tenu des absences répétées de M. X pendant la période de notation. De ce fait la note de 2008 a été reconduite au titre de l'année 2009* ».
36. Or, il est de jurisprudence constante que lorsque la présence de l'agent au cours de l'année est insuffisante pour que sa valeur puisse être appréciée, la collectivité employeur ne peut valablement décider de reconduire la notation de l'année précédente (CE, 5 février 1975, n° 92802). En effet, les absences pour cause de maladie ne peuvent constituer un des critères d'établissement de la notation (CAA de Bordeaux, 1^{er} décembre 1997, n° 95BX00498).
37. Par ailleurs, il ressort du dossier, un refus en décembre 2009, réitéré en 2010, d'avancement en grade de M. X en qualité d'attaché territorial principal par inscription au tableau d'avancement, à la suite pourtant de sa réussite à l'examen professionnel, en juin 2009.
38. S'agissant de son absence d'inscription au tableau d'avancement, l'administration indique que « *les absences prolongées ne permettraient pas d'apprécier concrètement sa valeur professionnelle pour l'année 2009 : 162 jours de congés maladie et 40 jours de congés annuels* ».
39. Or, l'autorité territoriale ne peut valablement refuser d'inscrire un fonctionnaire au tableau d'avancement au motif qu'il est placé en congé de maladie. Le Conseil d'Etat (CE, 17 octobre 1990, n° 73922 ; CE, 10 juillet 1996, n° 147553) a ainsi considéré que « *les fonctionnaires placés en congé de longue durée ne sont pas, de ce seul fait, privés du droit à être inscrits à un tableau d'avancement* ». Par conséquent, les seules absences pour maladie dûment justifiées d'un agent, ne peuvent suffire à fonder un refus d'inscription sur le tableau d'avancement.
40. En outre, comme il l'a été rappelé, ses responsabilités relatives aux missions contentieuses de la Direction juridique lui ont été retirées, ce qui pouvait compromettre son avenir professionnel, s'agissant de sa spécialité depuis le début de sa carrière.
41. De plus, ses responsabilités en tant que chef du service Etudes lui ont été successivement retirées.
42. Ainsi, à la veille de la tenue d'un colloque sur « *Juris Cup 2009* » auquel devait participer M. X, le 17 septembre 2009, sa Directrice est intervenue auprès des organisateurs afin qu'il soit remplacé, ce qui l'a notamment privé de la parution d'un article. De même, des réunions concernant le domaine des Etudes, dont il était responsable, étaient mises à l'ordre du jour alors qu'il était absent. En décembre 2009, il n'a pas pu exercer pleinement ses prérogatives d'évaluation des deux agents placés sous sa responsabilité.

43. Concernant le retrait de sa délégation de signature, par l'arrêté du 1^{er} juillet 2009, l'administration reconnaît que « *compte tenu des absences déjà constatées de M. X, il a été décidé, qu'en cas d'absence de la Directrice, la suppléance serait exercée par le chef du service Marchés* ».
44. En outre, pendant les quatre derniers mois précédents son détachement à l'université d'Orléans, durant lesquels il a souvent été absent pour raisons de santé, plus aucun dossier ne lui était confié et il n'a été destinataire d'aucun courrier, note ou instruction de service.
45. De même, il apparaît que son bureau, partagé à compter du 4 mai 2010 avec une stagiaire, était parfois utilisé pour y stocker des cartons « *d'archives* ». En effet, au regard des pièces transmises par l'intéressé, ces cartons ne paraissent pas correspondre à des « *plis réceptionnés par le service des marchés* », contrairement à ce qu'affirme Z.
46. En deuxième lieu, le réclamant fournit des certificats médicaux attestant de ce que la dégradation de ses conditions de travail a eu pour conséquence une aggravation de son état de santé, provoquant de nombreux arrêts maladie pour dépression et stress réactionnel.
47. Dès lors, il apparaît qu'afin de préserver sa santé, M. X a choisi de demander, en juin 2010, son détachement auprès de l'université d'Orléans sur trois ans pour occuper des fonctions d'ATER, même si cela impliquait des répercussions importantes sur sa situation financière (perte de plus de la moitié de son salaire) et professionnelle.
48. En dernier lieu, il résulte du dossier, qu'en méconnaissance de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée, la hiérarchie de M. X ne lui a pas apporté de soutien face aux situations dénoncées, notamment en mars 2009. Au contraire, cette contestation lui a été préjudiciable.
49. L'affirmation par Z que d'autres postes à responsabilité ont été proposés à M. X n'est étayée par aucune pièce, et le fait que M. X ait pu être reçu à certaines reprises par une partie de sa hiérarchie, ne peuvent être regardés comme suffisants pour considérer qu'il a bénéficié de la protection fonctionnelle prévue par l'article précité.
50. Or, en s'abstenant de faire cesser le harcèlement moral que l'agent avait signalé, l'administration a commis une faute de nature à engager sa responsabilité. Ainsi, dans une décision du 24 novembre 2006 (n° 256313), le Conseil d'Etat a considéré que les brimades supportées par l'agent et ayant conduit à son placement en congé de maladie pour un état dépressif pendant plusieurs mois, sans que son employeur qui était averti de la situation n'adopte de mesures de nature à faire cesser les agissements contestés, étaient constitutives d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration.
51. Le Conseil d'Etat a également considéré que, lorsque l'existence d'un harcèlement moral est établie, il ne peut être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer les conséquences dommageables qui en ont résulté pour lui, et que le préjudice résultant de ces agissements pour l'agent victime doit alors être intégralement réparé (CE, n° 321225, 11 juillet 2011).

III. Représailles :

52. L'existence de représailles à l'encontre de M. X peut également être retenue, en violation de l'article 6 de la loi précitée.
53. Dans un courrier du 10 juillet 2009 adressé à M. X, le Président de Z lui a notamment précisé que ses allégations concernant l'existence de comportements pénalement répréhensibles dont il s'estimait la victime de la part de Z, pouvaient être analysées « *en une violation de son devoir de réserve* ».
54. Or, les mesures susmentionnées prises à l'égard de l'intéressé en matière notamment de notation, d'absence d'avancement ou de nomination au grade supérieur, sont postérieures à la saisine de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ainsi qu'à la dénonciation des faits contestés à sa hiérarchie, et peuvent être qualifiées de mesures de représailles déguisées.
55. Au regard de ce qui précède, l'enquête menée par le Défenseur des droits permet de considérer que M. X a été victime d'une discrimination prohibée à raison de son état de santé, ainsi que d'un harcèlement discriminatoire et de représailles de la part de Z, au sens des articles 6 et 6 *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.
56. En conséquence, le Défenseur des droits :
- recommande au Président de Z de réexaminer la situation professionnelle de M. X, en procédant à la reconstitution de sa carrière depuis sa prise de fonction au sein de Z ;
 - recommande au Président de Z d'indemniser M. X des préjudices matériels et moraux résultant de la discrimination subie ;
 - se réserve la possibilité de présenter des observations devant la juridiction administrative pour le cas où le réclamant engagerait un recours de plein contentieux ;
 - demande à être informé des mesures prises conformément à ses recommandations, dans un délai de quatre mois, à compter de la notification de la présente décision.