



Paris, le 14 janvier 2014

Décision du Défenseur des droits MLD-2013-244

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu l'Instruction n°318 du 16 mars 2000 relative au rappel des droits et obligations des différentes catégories d'ouvriers de l'Etat employés par le ministère de la Défense,

Vu l'Instruction n°47676/DN/DPC/CRG/ du 30 mars 1973 relative aux conditions d'avancement des ouvriers de l'Etat du ministère de la Défense modifiée,

Vu la décision n°LCD 2011-86 du Défenseur des droits,

Après consultation préalable du Collège en charge de la lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisi par Monsieur X, ouvrier d'état logisticien qui se plaint de ne pas avoir bénéficié d'un avancement au groupe VI au titre de l'année 2005 en raison de son absence pour maladie,

Décide de recommander au ministre de la Défense de procéder à la réparation intégrale des dommages subis à raison du caractère discriminatoire de l'éviction de la candidature de M. X après l'avoir invité à présenter une demande d'indemnisation préalable ;

Demande au ministre de la Défense de lui rendre compte des suites données à sa recommandation ci-dessus dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

Rappel de la procédure

Par courrier en date du 2 février 2010, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (ci-après la Halde) a été saisie par Monsieur X, ouvrier d'Etat logisticien, groupe V échelon 8, d'une réclamation portant sur le refus de le promouvoir au groupe VI en 2005.

Placé en congé de longue durée depuis le 2 août 2003, M. X soutient que son absence a été prise en considération par son chef d'établissement pour refuser de le proposer à un avancement à l'essai ou au choix au titre de l'année 2005.

Par décision n°LCD-2011-86, le Défenseur des droits a estimé, après enquête, que la discrimination n'était pas établie. Cependant, le Défenseur des droits a recommandé au ministère de la Défense et des Anciens Combattants, de réexaminer certaines dispositions de la procédure d'avancement susceptibles d'avoir un effet discriminatoire à l'égard des agents éloignés du service pour des raisons de santé.

Cette recommandation a été suivie par le ministère de la Défense qui a modifié l'instruction n°311293/DEF /SGA/DRH-MD du 3 août 2007 relative aux conditions d'avancement des ouvriers de l'Etat du ministère de la Défense. Désormais, celle-ci prévoit pour les agents absents du service que « *lors de la communication des postes à pourvoir par note de service ou par voie d'affichage, le directeur de l'établissement au titre duquel est ouvert l'essai professionnel en informe au même temps les ouvriers qui sont absents de l'établissement pour les motifs suivants : raison de santé (congé maladie ordinaire, longue maladie, longue durée ou autorisation spéciale d'absence(...))* ».

Le 26 octobre 2012, le réclamant a demandé au Défenseur des droits de réexaminer sa situation en communiquant de nouvelles pièces obtenues auprès du ministère, le 25 juin 2012.

Ces éléments ont justifié un complément d'instruction auprès du ministère de la Défense par courrier en date du 28 février 2013 ainsi qu'une demande d'observations le 18 juillet 2013, en application du principe d'aménagement de la charge de la preuve prévu par article 4 de de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008.

Avant de procéder à l'examen des observations présentées par le ministère de la Défense, le 8 octobre 2013, il sera rappelé dans un premier temps de l'analyse, les différents motifs avancés par le ministère pour justifier l'absence de discrimination devant la Halde puis devant le Défenseur des droits, motifs qui se sont révélés inexacts, ce que le ministère n'a pas pu contester.

Discussion

Bien que non soumis aux dispositions de l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui prohibe la discrimination fondée sur l'état de santé, les ouvriers d'Etat, agents non titulaires de droit public, n'en sont pas moins protégés puisqu'aux termes de l'article 2 de l'Instruction n°318 du 16 mars 2000 relative au rappel des droits et obligations des différentes catégories d'ouvriers de l'Etat employés par le ministère de la Défense « *aucune distinction ne peut être faite entre les ouvriers en raison (...) de leur état de santé (...)* ».

Conformément aux dispositions de l'instruction n°311293/DEF/SGA/DRH-MD relative aux conditions d'avancement des ouvriers de l'Etat du ministère de la Défense et à la jurisprudence administrative (CE, 30 novembre 2007, n°280401), l'agent public placé en congé longue maladie est dans une situation statutaire d'activité qui ne fait pas obstacle à l'avancement.

Le Défenseur des droits constate que les explications données par le ministère de la Défense concernant l'absence d'examen de la candidature de M. X pour un avancement au choix ou à l'essai professionnel au titre l'année 2005 ont varié au cours de l'enquête menée par la Halde puis, par le Défenseur des droits.

De fait, il peut être noté que la direction des ressources humaines de l'Armée de l'Air a précisé dans un premier temps qu'il n'y avait pas eu d'ouverture de poste en 2005. Ainsi, dans un courrier en date du 19 juin 2009, le ministère indiquait *« en conclusion et après examen de l'ensemble des éléments qui sont fournis avec la présente note, la DRHAA indique que tous les textes applicables aux ouvriers de l'Etat en matière d'avancement ont été respectés et que l'absence d'avancement du groupe V au groupe VI n'a pas eu pour cause l'état de santé de l'intéressé : en 2003, la commission s'est tenue avant la mise en congé de maladie, les autres années, il n'y a pas eu de poste ouvert dans la profession de l'intéressé ».*

S'appuyant sur une note de service du 22 juin 2005 qui avait été communiquée par le ministère, la Halde avait constaté que deux postes d'ouvrier de magasinage de groupe VI avaient bien été ouverts pour un avancement au choix ou à l'essai en 2005 et en avait déduit une présomption de discrimination puisqu'il lui apparaissait que M. X avait été écarté de l'avancement au groupe VI, sans qu'aucun élément objectif ne puisse le justifier.

En réponse, le ministre de la Défense avait alors expliqué dans ses observations en date du 13 juillet 2011 qu'*« en 2005, aucune promotion à l'essai ou au choix n'était possible pour M.X »* aux motifs que *« (...) le chef d'établissement avait l'obligation de nommer les deux personnes sur liste d'attente et ne pouvait donc ouvrir un nouvel essai conformément à l'article 4.6 de l'instruction du 20 février 2005 et au point C de l'instruction du 30 mars 1973 ».*

Aux termes des dispositions de l'instruction du 20 février 2005 (point 4.6) et de l'instruction du 30 mars 1973 (point C) *« les candidats ayant obtenu au moins la note 13 [à l'essai] avant majoration, qui ne peuvent être nommés faute de vacance sont inscrits sur une liste d'attente (...) conservent pendant cinq ans le bénéfice de leur essai. Durant ces cinq années, ils seront promus au fur et à mesure des vacances qui viendront à s'ouvrir dans le groupe de la profession correspondant à l'essai présenté (...) ».*

Le ministère de la Défense a ainsi fait valoir que *« le directeur d'établissement s'assurait, avant l'organisation d'un nouvel essai, de la faculté de nommer les ouvriers qui se trouvaient sur la liste d'attente avant la fin de sa validité. Pour le cas d'espèce, la fin de la durée de validité de l'essai pour les deux personnes non nommées en 2003 intervenait en 2008 ».*

Pour le Défenseur des droits, les explications données par le ministre de la Défense constituaient des éléments objectifs étrangers à toute discrimination permettant de justifier l'absence d'avancement de M. X en 2005.

Or, les nouvelles pièces communiquées par M. X montrent que les deux agents qui ont été promus en 2005 ne pouvaient figurer sur la liste d'attente car ils avaient échoué à l'examen professionnel organisé en 2003. De ce fait, il ne peut plus être soutenu que les agents promus à l'avancement au groupe VI l'ont été, afin de respecter les dispositions précitées.

Ainsi, c'est bien à la suite de leur réussite aux essais professionnels, organisés en 2005, que ces agents ont été promus, contrairement à ce qu'avait indiqué l'administration.

Par conséquent, une procédure d'essai professionnel ayant été ouverte en 2005, le Défenseur des droits a considéré qu'une instruction complémentaire devait être diligentée auprès du ministère de la Défense pour connaître les raisons pour lesquelles la candidature de M. X n'avait pas été soumise à la commission d'avancement qui s'est réunie le 1^{er} juillet 2005, alors même que l'intéressé remplissait les conditions pour être promu.

En vertu du principe d'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, dès lors qu'une personne victime de discrimination a présenté des faits susceptibles d'en présumer l'existence, « *il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

Pour justifier l'absence de promotion de l'intéressé en 2005, le ministre de la Défense avance un nouvel argument, à savoir que « *Monsieur X ne pouvait participer aux essais professionnels alors que les épreuves techniques relatives à son activité comportent la conduite de chariots automoteurs et le port de charges dont il était médicalement exempté* » et produit à l'appui de ses déclarations deux fiches d'aptitude avec réserve à l'emploi d'ouvrier logisticien établies par le médecin du travail en 1996 et en 2002.

Le ministère s'appuie sur un arrêt rendu par le Conseil d'Etat qui précise qu'un agent en congé de longue durée peut se présenter à un examen professionnel d'accès à un cadre d'emploi en l'absence de contre-indication médicale relative à ces épreuves (CE, 30 novembre 2007, req n°280401) pour en déduire, *a contrario*, que les réserves émises par le médecin de prévention faisaient obstacle à l'essai professionnel organisé en 2005.

Le Défenseur des droits rappelle que selon une analyse réaffirmée de façon constante par la jurisprudence administrative (voir notamment, Conseil d'Etat, 6 juin 2008, n°299943), l'appréciation des conditions d'aptitude à l'emploi doit porter sur la capacité de chaque candidat, estimée au moment de l'admission et suppose également une appréciation *in concreto*, au regard des fonctions auxquelles le candidat postule.

Or, le Défenseur des droits relève que le ministère de la Défense ne justifie pour 2005 d'aucune contre-indication médicale relative aux épreuves techniques concernant M. X. En effet, les fiches d'aptitude avec réserve sont antérieures aux épreuves prévues en 2005, puisqu'elles datent de 1996 et 2002. Ainsi, le ministre qui ne peut se substituer aux autorités médicales, seules compétentes pour apprécier l'aptitude d'un candidat à passer les épreuves techniques, ne peut déduire de ces fiches d'aptitude établies en 1996 et 2002 que l'état de santé de M. X l'empêchait de passer les épreuves techniques en 2005.

Il en résulte, qu'aucun motif objectif ne justifie que M. X ait été écarté de la procédure d'avancement par la voie de l'essai professionnel.

S'agissant de l'avancement au choix, le ministre souligne que le chef d'établissement n'a pas souhaité proposer M. X en raison « (...) *des appréciations générales portées sur ses notations les sept années précédant l'année 2005* ». Pour le Défenseur des droits, ce motif ne peut davantage prospérer. En effet, la candidature de l'intéressé a été présentée à la commission d'avancement au titre des « *conditionnants au choix* », en juin 2003 et que depuis cette date il n'a pas exercé d'activité professionnelle car il était placé en congé de longue durée pour maladie. Par conséquent, son insuffisance professionnelle ne peut être avancée pour justifier que sa candidature n'ait pas été examinée en 2005 alors qu'elle l'a été en 2003 sur la base des mêmes appréciations professionnelles.

En l'état des éléments recueillis et au regard du principe d'aménagement de la charge de la preuve, le Défenseur des droits estime que le ministère de la Défense n'a pas présenté les éléments objectifs permettant d'écarter la présomption de discrimination et considère que M. X est fondé à considérer que l'éviction de sa candidature au titre de la promotion au choix ou à l'essai au titre de l'année 2005, repose sur le seul fait qu'il était en congé de longue durée et que cette décision a eu pour effet de lui faire perdre une chance d'être promu au groupe VI.

Par suite, le refus d'examen de la candidature de M. X repose sur un motif erroné en droit car discriminatoire. En conséquence, le Défenseur des droits demande au ministère de la Défense de procéder à une indemnisation du préjudice qui a résulté de cette illégalité fautive et invite le réclamant à formuler une demande préalable indemnitaire.