

Paris, le 1^{er} mars 2013

Décision du Défenseur des droits MLD-2013-19

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°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'Etat ;

Vu la 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.

Saisi d'une réclamation de M. A, professeur d'éducation physique et sportive (EPS) en zone de remplacement au lycée B, relative aux refus qui lui ont été opposés de 2009 à 2012, par le recteur d'académie, de proposer son avancement, ainsi qu'au refus de l'affecter sur un poste compatible avec son handicap à son retour de congé de longue maladie en septembre 2011 ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Observations devant le Tribunal Administratif dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

I) - Rappel des faits et de la procédure :

Le 23 août 2012, le Défenseur des droits a été saisi par M. A, professeur d'éducation physique et sportive (EPS) en zone de remplacement au sein du lycée B et reconnu travailleur handicapé, d'une réclamation relative aux refus de proposer sa promotion à la « hors classe » qui lui ont été opposés de 2009 à 2012, par le recteur d'académie, ainsi qu'au refus de l'affecter sur un poste compatible avec son handicap à son retour de congé de longue maladie en septembre 2011.

Il estime ainsi avoir été victime de discrimination en lien avec son handicap et son état de santé.

Par courrier en date du 31 octobre 2012, une instruction a été menée par le Défenseur des droits auprès de la Directrice générale des ressources humaines du ministère de l'éducation nationale qui, bien qu'une relance soit intervenue en février 2013, n'y a donné aucune suite.

Il ressort ainsi des pièces du dossier, qui n'ont pas été contredites par l'administration, que M. A est professeur d'EPS depuis le 1^{er} janvier 1990, classé au 11^{ème} échelon de la « classe normale » depuis le 24 janvier 2009 (2 ans, 11 mois et 7 jours d'ancienneté dans ce grade au 31 décembre 2011).

Au titre de l'année scolaire 2008-2009, M. A a formulé une demande d'avancement en vue de son passage à la « hors classe », afin de bénéficier de meilleures perspectives de carrière, de traitement et de retraite.

Toutefois, le 6 juin 2009, la chef de l'établissement dans lequel il enseignait, a émis un avis défavorable, au motif tiré de son arrêt maladie depuis la rentrée. Cet avis était ainsi motivé : « *M. A est rattaché à l'établissement, il est en arrêt maladie depuis la rentrée* ».

Suite à la contestation de l'intéressé, le recteur de l'académie a émis un avis comportant la mention « assez bien », sans toutefois émettre un avis permettant sa promotion ou en transmettre les motifs.

Cette situation s'est reproduite s'agissant de ses demandes de passage à la « hors classe » en 2009-2010, 2010-2011, et en 2011-2012, sans que le recteur ne revienne sur sa position malgré les contestations de l'intéressé.

Par ailleurs, durant l'année 2008, M. A a eu d'importants problèmes de santé. Il a, ainsi, été placé en congé de longue maladie du 19 septembre 2008 au 31 août 2011. Il a réintégré son poste en mi-temps thérapeutique.

Toutefois, par arrêté du 31 août 2011, le recteur a décidé de l'affecter en zone de remplacement au sein du collège C, ce qu'il a contesté en raison de son état de santé fragile. Le recteur a cependant confirmé sa décision.

M. A a, ainsi, été placé en arrêt de travail du 12 au 14 octobre 2011. Il a ensuite été en arrêt pour maladie, du 11 janvier au 10 avril 2012 inclus, mais a été maintenu sur cette affectation, le recteur refusant de faire droit à ses demandes de mutation.

Le 11 avril 2012, M. A a repris ses fonctions au collège C en mi-temps thérapeutique. Puis, du 1^{er} juin au 5 juillet 2012, il a été affecté à D, puis à E du 25 au 29 juin 2012. Il a cependant été contraint de refuser cette dernière affectation, dès lors qu'elle ne respectait pas les prescriptions horaires du mi-temps thérapeutique.

Depuis la rentrée de septembre 2012, M. A a obtenu une affectation au lycée B, mais toujours en zone de remplacement. Toutefois, depuis la mi-janvier 2013, M. A est en arrêt de travail pour maladie. Il a formulé une demande de reconnaissance en accident de service.

II) – Discussion :

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a considéré, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, qu'« *il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* » (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348 ; CE, 10 janvier 2011, Mme LEVEQUE, n° 325268).

Cette jurisprudence a été régulièrement confirmée par le Conseil d'Etat (par exemple : CE, 7 juillet 2010, Mme POLIAK, n° 322636).

Un tel dispositif, proche de celui de l'aménagement de la charge de la preuve posé, notamment, à l'article 4 de la 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, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la situation contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, les éléments produits par le réclamant constituent des indices sérieux laissant présumer une violation du principe de non-discrimination à raison de son état de santé et de son handicap, constituant une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

A- Sur les refus de proposition d'avancement de grade :

Il convient tout d'abord de rappeler, qu'il ressort des textes en l'espèce applicables, que le passage à la « hors classe » dépend de la notation globale du professeur, mais aussi de son expérience et de son investissement professionnel (cf. note de service n° 2008-169 du 16 décembre 2008 et note de service n° 2009-177 du 1^{er} décembre 2009, portant sur l'avancement de grade à la « hors classe » des professeurs d'EPS pour les années 2009 à 2012).

Il est, également, prévu qu'une attention particulière doit être portée « *à la promotion des agents les plus expérimentés* ».

Ces textes précisent que les avis des chefs d'établissement, sur le passage à la « hors classe » doivent, notamment, « *être prononcés en cohérence avec les notations des personnels concernés* ». Il doit, ainsi, être tenu compte de la valeur professionnelle des agents et il est prévu que les agents placés en congé de longue maladie sont promouvables, leur candidature devant être examinée au même titre que celle des autres agents.

La nomination d'un agent au grade supérieur repose, ainsi, sur plusieurs éléments parmi lesquels figurent, notamment, les notations des agents sur plusieurs années de telle sorte que l'absence prolongée d'un agent pour raison de santé sur une année et l'impossibilité, qui en résulte, de l'évaluer au titre de cette année ne peut être pris en compte au stade de la nomination au grade supérieur.

De plus, la notation est subordonnée à la présence effective de l'agent dans le service au cours de l'année (CE, 5 février 1975, ministre de l'éducation nationale c/ Orzalek, n° 92802) et s'effectue sur la

base des services accomplis (CE, 3 septembre 2007, M. Villeneuve, n° 284.954). Toutefois, lorsque la présence de l'agent au cours de l'année est insuffisante pour que sa valeur puisse être appréciée, l'Etat employeur ne peut valablement décider de reconduire la notation de l'année précédente (CE, 5 février 1975, n° 92802).

S'agissant du droit des discriminations, l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 susvisée, dispose qu' « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé (...) de leur handicap (...) ».

Par ailleurs, l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 susvisée dispose, notamment, que : « le fonctionnaire en activité a droit : (...) 2° des congés de maladie (...) ».

En outre, le Conseil d'Etat a jugé 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 » et qu'ainsi, d'une manière générale, « les agents en congé de maladie conservent leur droit à l'avancement d'échelon et à l'avancement de grade, que cet avancement soit prononcé au choix ou à l'ancienneté » (CE, 17 octobre 1990, n° 73922 ; CE, 10 juillet 1996, n° 147553). Par conséquent, les seules absences pour maladie dûment justifiées d'un agent, ne peuvent suffire à fonder un refus d'avancement de grade.

Ainsi, les périodes de congé pour maladie ordinaire, de longue maladie ou de longue durée ne doivent pas être prises en compte pour l'avancement, sauf à retenir l'existence d'une discrimination. Par suite, l'administration ne peut, sauf à entacher sa décision de refus d'avancement de grade de discrimination liée à l'état de santé et au handicap, opposer à un agent ses congés de maladie.

Dès lors, en l'espèce, si M. A n'avait pas de droit acquis à être promu à la « hors classe », la décision du recteur refusant de proposer sa promotion au titre des années 2009 à 2012 devait reposer sur des critères objectifs, exempts de toute discrimination liée à son état de santé et son handicap, ce qui ne semble pas avoir été le cas en l'espèce.

Il convient, tout, d'abord de relever que M. A remplissait, dès 2008, l'ensemble des conditions requises pour pouvoir prétendre à la « hors classe ».

C'est ainsi, que tout au long de sa carrière, il a toujours été très bien noté. Depuis 2002, sa note administrative est de 40/40, soit le maximum. Les appréciations générales des directeurs d'établissement ont toujours été élogieuses. Il a, ainsi, toujours accumulé des « très bien », sur les trois critères de la notation administrative (ponctualité/assiduité, activité/efficacité et autorité/rayonnement).

Les inspections dont il a fait l'objet sont toutes favorables. Ainsi, la dernière inspection qui s'est tenue en 1994 a donné lieu à un avis « bien » et à une note de 51/60.

Toutefois, n'ayant pas été inspecté depuis cette date, le réclamant a sollicité à deux reprises, une nouvelle inspection, mais n'a jamais obtenu de réponse. Or, l'absence de nouvelle inspection l'a pénalisé et, c'est ainsi, notamment, que sa note pédagogique a été maintenue à 51/60 depuis 1994.

Il est dans ces conditions difficile de l'apprécier à sa juste valeur, la contribution au service dans les dernières années étant pourtant décisives pour le choix à une promotion.

Par ailleurs, en ce qui concerne ses activités extra-scolaires, M. A multiplie les activités et investissements à caractère sportif dans plusieurs disciplines, ce qui démontre son dévouement pour son métier.

Or, comme cela a été rappelé, depuis 2009, la candidature de M. A n'a régulièrement pas été retenue et, depuis cette date, son arrêt de longue maladie a expressément été pris en compte par son chef d'établissement.

C'est ainsi, notamment, que par courrier du 31 mai 2011, le recteur a indiqué à l'intéressé, que « *lors de l'élaboration des tableaux d'avancement de grade 2009/2010 et 2010/2011, votre chef d'établissement a émis un avis défavorable à votre accès à la hors classe des professeurs EPS au motif que votre mise en congé de longue maladie ne lui permettait pas une juste évaluation de votre manière de servir. (...) Je maintiens les termes de mes réponses précédentes et confirme l'avis « Assez bien » arrêté lors des CAPA précédentes* ».

Pour 2011/2012, dans un courrier du 27 janvier 2012 adressé à M.A, le recteur a précisé qu'étant « *en congé de longue maladie du 19 septembre 2008 au 31 août 2011, les avis émis lors de l'élaboration des tableaux 2010-2011 ont donc été reconduits pour la campagne 2011-2012* », ce qui apparaît pour le moins en contradiction avec la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat.

Il ressort, ainsi, du dossier une incohérence entre le parcours professionnel de M. A et les refus de proposition à l'avancement qui lui ont été opposés à compter de son placement en congé de longue maladie. De tels refus ne correspondant pas à sa manière de servir, en contradiction avec les textes susmentionnés.

En outre, il n'est pas contesté par l'administration que deux autres agents, MM. F et G, qui ont un parcours professionnel comparable à celui de M. A ont été promus à la « hors classe » et ont été inspectés plus souvent que l'intéressé.

S'agissant de la campagne de promotion au titre de 2012, il ressort également de l'enquête, que deux autres agents de l'académie ont été promus alors qu'ils bénéficiaient d'une ancienneté inférieure à celle du réclamant (respectivement, une ancienneté au 11^{ème} échelon de la « classe normale » de 2 ans, 10 mois et 22 jours au 31 décembre 2011 pour l'un, et 1 an et 1 mois pour l'autre).

Par suite, les refus de proposition à l'avancement contestés apparaissent en lien avec l'état de santé et le handicap de M. A et doivent, dès lors, être considérés comme discriminatoires en méconnaissance de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires.

B- Sur le refus d'affectation sur un poste adapté à son handicap :

S'agissant, ensuite, des aménagements raisonnables, l'article 6 *sexies* de la loi du 13 juillet 1983 précitée prévoit qu'« *afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail (...) de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser (...), sous réserve que les charges consécutives à la mise en oeuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur* ».

Pour les mutations, l'article 60 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 susvisée dispose, que « *dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille. Priorité est donnée (...) aux fonctionnaires handicapés relevant de l'une des catégories mentionnées aux 1°,2°,3°,4°,9°,10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail (...)* ».

Ainsi, eu égard au bon fonctionnement du service et sous réserve d'une charge déraisonnable, une priorité légale est accordée, pour leurs demandes de mutation, notamment aux fonctionnaires reconnus handicapés.

En l'espèce, il convient de rappeler que par arrêté du 31 août 2011, le recteur d'académie a décidé d'affecter M. A en zone de remplacement au sein du collège C, ce qu'il a contesté en raison de son état de santé. Le recteur a cependant confirmé sa décision.

Il n'a, ainsi, pas été tenu compte de l'avis du comité médical, qui avait émis un avis favorable à une reprise des fonctions à temps partiel thérapeutique avec affectation en lycée. Ainsi, dans un courrier

en date du 8 novembre 2011, le médecin de prévention rappelle, que : « *cette recommandation n'a pas été suivie par le rectorat qui l'a affecté en remplacement au collègue C. Cette reprise est difficile, M. A est confronté au stress de la route tôt le matin, il est fatigable. Cet état de stress retentit à l'équilibre de l'HTA qualifiée sévère par son cardiologue et la thérapeutique antihypertensive a dû être réajustée (...).* »

Il n'a pas davantage été tenu compte de la décision de la maison départementale des personnes handicapées du 8 octobre 2009 relative au maintien de M. A au sein d'un établissement sur un poste adapté.

Or, l'affectation de l'intéressé sur un poste en zone de remplacement n'a pas favorisé la reprise progressive de son travail.

C'est ainsi, qu'il s'est vu prescrire un arrêt de travail pour surmenage du 12 au 14 octobre 2011. Comme cela a été rappelé, il a ensuite été en arrêt pour maladie du 11 janvier au 10 avril 2012 inclus, mais a tout de même été maintenu sur cette affectation, le recteur ayant refusé de faire droit à ses demandes de mutation, malgré la priorité prévue en cette matière au profit des agents reconnus handicapés (cf. article 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée).

Le 11 avril 2012, M. A a repris ses fonctions à C en mi-temps thérapeutique. Puis, du 1^{er} juin au 5 juillet 2012, il a été affecté à D, puis à E du 25 au 29 juin 2012. Il n'a, toutefois, pas accepté cette affectation à Houdain dès lors qu'elle ne respectait pas les prescriptions horaires du mi-temps thérapeutique.

Il résulte ainsi de ce qui précède, que les préconisations médicales n'ont pas été respectées, malgré le statut de travailleur handicapé de M.A. Ainsi, aucun aménagement de son poste n'a été recherché à son retour de congé de longue maladie, alors qu'aucune charge déraisonnable n'est alléguée par l'académie.

Cette situation doit également être regardée comme constitutive d'une discrimination prohibée à l'égard de M. A.

C- Sur les préjudices :

Conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif tel une discrimination a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis (par exemple : Cass., Soc., 23 novembre 2005, n° 03-40 826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225) permettant de la replacer dans la situation où elle se serait trouvée si le comportement dommageable n'était pas intervenu.

Par suite, le Défenseur des droits considère que les préjudices subis par l'intéressé devraient être intégralement réparés par l'Etat.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance du tribunal.