

Paris, le 10 février 2012

Décision du Défenseur des droits MLD-2012-18

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°2002-832 du 3 mai 2002 relatif à la situation des personnels de l'Etat mis à la disposition de l'entreprise nationale prévue à l'article 78 de la loi de finances rectificative pour 2001 ;

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

Saisi d'une réclamation de M. G relative aux retards dans l'avancement de sa carrière en raison de ses activités syndicales, le Défenseur des droits décide de présenter les observations suivantes devant la Cour administrative d'appel.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Observations devant la Cour administrative d'appel de Nantes dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. Par courrier enregistré le 30 avril 2010, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie des retards dans l'avancement de la carrière de M. G, représentant syndical, et ouvrier de l'Etat du ministère depuis 1981, qui a été muté au sein d'une administration à compter de 1988, et mis à disposition de l'administration par le ministère, dès le 1^{er} juin 2003.
2. Il considère que ces retards sont liés à ses activités syndicales ce qu'il estime discriminatoire à son encontre.
3. Cette réclamation s'inscrit dans le cadre d'une saisine collective introduite par dix autres syndicalistes, également ouvriers de l'Etat mis à la disposition de l'administration.
4. M. G a formulé une demande indemnitaire au titre des préjudices qu'il estime avoir subis auprès du Ministre.
5. Sans nier l'existence d'une discrimination syndicale, sa demande a été rejetée par une décision du 26 septembre 2008, au motif tiré de l'incompétence du ministère et de la seule responsabilité de l'administration, auprès de laquelle M. G a été mis à disposition depuis le 1^{er} juin 2003.
6. Ce dernier a attaqué ce refus devant le tribunal administratif, qui a rejeté son recours par jugement du 18 mars 2010, au motif que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être recherchée que pour la période antérieure au 1^{er} juin 2003, date à laquelle le personnel avait été mis à disposition de l'administration.
7. Pour cette période, le tribunal a estimé que le réclamant n'apportait pas la preuve de l'existence d'une discrimination à raison de ses activités syndicales.
8. Le tribunal a ainsi considéré :
 - que « *M. G soutient sans être utilement contredit qu'il a connu une progression plus lente que les ouvriers auxquels il peut être pertinemment comparé* » et « *qu'il n'a notamment pu accéder au groupe VI qu'en 1995, avec un retard d'un an sur le dernier de ceux-ci et après avoir passé 14 ans dans le groupe V* ». Toutefois, le tribunal souligne que « *dès lors d'une part qu'il n'établit pas avoir été proposé au choix ni s'être porté candidat aux essais avant 1995 et avoir été écarté de l'avancement par décision du chef d'établissement, et d'autre part, que s'il allègue que sa valeur professionnelle justifiait qu'il accédât au groupe VI à la même vitesse que les ouvriers auxquels il se compare, la seule circonstance qu'il ait réussi l'essai pour son passage au groupe VI en 1995 n'est pas de nature à établir* » la discrimination ;
 - que « *si plusieurs délégués syndicaux se sont trouvés privés de certains éléments de leur rémunération en raison de leurs absences à titre syndical, il résulte de l'instruction que le défaut de versement de certaines primes résulte d'erreurs et d'oublis dans la liquidation de la paie et non de mesures consécutives à l'engagement syndical des intéressés* », et que « *si la mention d'absences à titre syndical apparaît, après le 1^{er} juin 2003, dans les comptes-rendus d'évaluation de deux agents, cette circonstance ne peut suffire à établir une prise en considération pénalisante et généralisée de telles absences dans les décisions d'avancement avant le 1^{er} juin 2003* » ;
 - que les procès-verbaux de commission d'avancement produits par les ouvriers syndiqués, pour la plupart postérieurs au 1^{er} juin 2003, n'établissent pas que les délégués syndicaux auraient été, en tant que tels, habituellement écartés de l'avancement avant cette date et que « *si le requérant soutient que les derniers avancements accordés à certains ouvriers pour compenser un séjour trop long dans le groupe hiérarchique se sont faits au choix et non à l'essai, ces décisions ont été prises après le 1^{er} juin 2003* » ;
9. M. G a interjeté appel de ce jugement devant la Cour administrative d'appel et a sollicité du Défenseur des droits qu'il présente des observations au soutien de sa requête.

10. Par courriers du 8 novembre 2010 et du 19 mai 2011, le Défenseur des droits a mené une instruction auprès du Ministre et du Président directeur général de l'administration, qui y ont respectivement répondu par courriers du 23 novembre 2010, du 15 décembre 2010 et du 5 août 2011.
11. Le Ministre s'est reconnu compétent pour la période antérieure au 1^{er} juin 2003 mais n'a pas apporté de commencement d'explication permettant de réfuter l'existence d'une discrimination pour cette période.
12. S'agissant de l'administration, elle s'est reconnue compétente pour la période postérieure au 1^{er} juin 2003, tout en produisant des éléments de justification concernant la période antérieure à cette date, mais a rejeté l'existence de toute discrimination.
13. Une enquête a également été menée auprès du réclamant, par courrier du 21 janvier 2011, auquel il a répondu le 5 avril suivant.
14. Concernant le cadre juridique applicable, il convient de rappeler qu'aux termes de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ».
15. Ainsi, le droit syndical est constitutionnellement garanti aux agents publics et ne saurait être regardé comme un obstacle à l'exercice des fonctions.
16. Il résulte également du principe constitutionnel d'égal accès aux emplois et fonctions publics posé à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, un principe d'égalité de traitement des agents publics d'un même corps dans le déroulement de leur carrière, sans autre distinction que celle de leurs vertus et talents.
17. Ces principes sont applicables aux ouvriers de l'Etat dans la mesure où, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans sa décision du 3 mars 2010 (n° 325714), ces derniers ont la qualité d'agents publics non titulaires de l'Etat.
18. Ainsi, alors même qu'il pourrait être objecté que les ouvriers d'Etat ne relèvent pas de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ils bénéficient d'un principe général de non-discrimination.
19. 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 ou d'égalité 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).
20. Cette jurisprudence a été régulièrement confirmée par le Conseil d'Etat (par exemple : CE, 7 juillet 2010, Mme POLIAK, n° 322636).
21. 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.

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

I) Sur la responsabilité :

A) – De l'Etat (avant le 1^{er} juin 2003) :

23. Il convient de rappeler que la règle de l'avancement moyen ne s'applique qu'aux représentants syndicaux qui bénéficient d'une dispense totale d'activité. En l'espèce, il n'est pas contesté que M. G ne disposait pas d'une dispense totale. Ainsi, l'avancement auquel a vocation l'intéressé ne peut être fondé que sur l'appréciation portée sur ses seuls mérites (par exemple, CE, 28 juin 2010, n° 326571 ; CE, 16 avril 2010, n° 313118).
24. Toutefois, cette appréciation ne peut pas reposer sur des considérations syndicales.
25. Pour déterminer s'il existe un écart entre des agents dans l'évolution de leur carrière, il convient de comparer des ouvriers placés dans une situation comparable, en excluant les carrières exceptionnelles ou les cas particuliers.
26. A ce titre, il paraît aussi utile de rappeler que le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de mettre en œuvre un « *contrôle de comparaison* »¹ s'agissant notamment d'un refus de nomination à un poste de chargé de formation à l'ENM, alors même que le Ministre de la justice disposait dans ce cadre d'un pouvoir discrétionnaire (cf. CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348, précité). Le Conseil d'Etat a ainsi été conduit à comparer les valeurs respectives des agents concernés.
27. Toutefois, avant de procéder à cette comparaison, il convient d'analyser la méthode de comparaison proposée par le réclamant et reconnue par le tribunal administratif.
28. Les comparatifs produits par le réclamant ont été établis par un expert, M. X, suivant une méthode scientifique comparative déjà appliquée en matière de discrimination par la Cour de justice de l'Union Européenne (par exemple : CJCE, 27 octobre 1993, ENDERBY, C-127-92) et validée par le juge civil français (par exemple : Cass., Soc., 28 mars 2000 FLUCHERE et A. c/SNCF ; Cons. Prud'h. de Versailles, sect. Industrie, 30 mars 2004, n° 02/01134).
29. Les agents démontrent que depuis qu'ils sont investis de mandats syndicaux, ils n'ont obtenu aucune évolution de carrière, et en apportent la preuve en fournissant des tableaux comparatifs de l'évolution de carrière de leurs collègues ayant la même ancienneté, engagés au même niveau de qualification et appartenant au même atelier.
30. C'est ainsi que, dans une espèce similaire concernant un constructeur automobile, la Cour de cassation notamment, a constaté l'absence de raisons particulières de stagnation de la carrière des agents concernés et a relevé que la justification avancée par l'employeur ne reposait sur aucun élément objectif ou qu'il n'apportait aucune explication satisfaisante ou convaincante. En application de l'aménagement de la charge de la preuve, la Cour en a conclu que seule l'appartenance syndicale des intéressés expliquait le comportement de l'employeur et que la discrimination s'en trouvait ainsi démontrée (Cass, Soc., 30 janvier 2002). Ainsi, la direction de l'entreprise mise en cause a été condamnée à verser à chacun des six salariés une provision pour discrimination comprise entre 10 000 et 100 000 francs (1500 et 15 000 €).
31. En l'espèce, en se fondant sur les données recueillies auprès du service de ressources humaines de l'administration, l'analyse produite par le réclamant consiste en une comparaison avec un panel d'ouvriers n'étant investi d'aucun mandat syndical et embauchés :

- à la même époque que le réclamant : même année d'embauche, à plus ou moins 1 an (élargie à 2 ans dans les périodes de faible embauche) ;

¹ Cf. conclusions de M. Mattias GUYOMAR, sous CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348.

- dans la même filière professionnelle ;

- au même niveau de classification (groupe).

32. Dans le cadre de leur réclamation collective devant le Défenseur des droits, les réclamants rappellent qu'ont été retirés du panel définitif l'ouvrier ayant bénéficié de l'avancement le plus favorable ainsi que l'ouvrier qui a connu l'évolution de carrière la plus faible (il s'agit de profils « *atypiques* »). Ont également été retirés du panel, d'autres profils « *atypiques* » au sein de l'entreprise, soit parce qu'ils ont eu des périodes longues d'inactivité, de changement de services ou de fonctions, soit qu'ils soient passés chefs d'équipe et bénéficient ainsi d'un avancement spécifique sans rapport avec celui des autres ouvriers, soit encore que la profession matriculaire de l'embauche ne corresponde plus avec la réalité des fonctions exercées. Les ouvriers présentant un contexte personnel propre (comportemental, médical...) n'ont pas davantage été retenus.
33. Ainsi, le panel retenu ne recense qu'entre 8 et 11 comparants. Une base beaucoup plus large (entre 49 et 342 ouvriers selon les dossiers) avait été déterminée au départ, à laquelle ont été appliqués des filtres en fonction de l'ancienneté, des diplômes et des métiers. Cette démarche a permis ainsi de sélectionner le panel le plus représentatif.
34. L'administration pour sa part, a présenté un autre panel comparant le réclamant avec les ouvriers classés au même niveau que lui à la date de sa mise à disposition par le ministère. N'étant pas compétente avant le 1^{er} juin 2003, elle ne souhaite pas prendre en compte la date d'embauche.
35. Toutefois, le panel comparatif proposé par l'administration n'apparaît pas pertinent pour examiner la responsabilité de l'Etat, dès lors qu'il ne prend pas en compte le déroulement de carrière entre la date d'embauche et le 1^{er} juin 2003. Par suite, la SA compare notamment des agents qui ont été embauchés avec 20 ans d'écart et pour la plupart correspondant à des profils « *atypiques* » (notamment, longues absences liées à des arrêts maladie, ils n'exercent plus leur profession d'embauche, dates d'embauches différentes par rapport à celle du réclamant...).
36. Ainsi, le panel proposé par l'administration paraît devoir être écarté au bénéfice de celui proposé par le réclamant.
37. Il ressort de l'analyse effectuée par le Défenseur des droits à partir de la sélection du panel de comparants présentée par le réclamant que, s'agissant de M. G :
- 226 ouvriers ont été embauchés, à la même époque à plus ou moins un an de sa date d'embauche en sortie d'école (1980, 1981 et 1982), à l'administration et toujours présents aux effectifs ;
 - 18 ouvriers sur ces 226 ont intégré au sein de l'administration avec la même profession matriculaire (ouvrier technique électricien) ;
 - 11 ouvriers sur les 18 exercent le même métier (profession d'emploi) : électricien ou électrotechnicien et que, sur ces 11 ouvriers, 8 ont été sélectionnés pour former le panel de comparants, après avoir retiré du groupe la plus faible progression de carrière et le plus fort avancement, ainsi qu'un cas « *atypique* ».
38. M. G a intégré la SA en 1988, sous statut d'ouvrier d'Etat catégorie V, 6^{ème} échelon, en qualité d'électricien.
39. Il convient de rappeler que, M. G n'atteint le groupe VI qu'en 1995, soit après 14 ans passés dans le groupe V, alors que ses comparants l'atteignent dès 1985 et l'ont tous intégré en 1994 (**annexe 1** : courbe retraçant le déroulement de carrière du panel de référence).
40. Ainsi, au début de ses activités syndicales, en 1995, tous les ouvriers comparants relèvent, comme le réclamant, du groupe VI, échelon 8, à l'exception d'un seul qui est classé au groupe VII, échelon 8.
41. Cette constatation semble d'ailleurs avoir également été faite par le tribunal administratif qui indique que « *M. G soutient sans être utilement contredit qu'il a connu une progression plus lente que les ouvriers auxquels il peut être pertinemment comparé* » et « *qu'il n'a notamment pu accéder au groupe*

VI qu'en 1995, avec un retard d'un an sur le dernier de ceux-ci et après avoir passé 14 ans dans le groupe V».

42. Toutefois, après 1995, M. G est le seul à stagner à nouveau de manière injustifiée au groupe VI.
43. En effet, M. G n'atteint le groupe VII qu'en 2005, après avoir été autorisé à passer l'essai, soit 10 années plus tard par rapport à ses comparants, alors que ces derniers ont commencé à l'atteindre dès 1995 et l'ont quasiment tous intégré en 2000.
44. M. G a ainsi mis beaucoup plus de temps que ses comparants à accéder aux groupes VI et VII, ce qui s'est répercuté sur la suite du déroulement de sa carrière.
45. Il convient aussi d'indiquer que les éléments du dossier ne font pas apparaître que M. G aurait fait l'objet de sanction disciplinaire ou de reproche quant à sa manière de servir qui auraient pu expliquer un tel retard de carrière.
46. Il s'agit donc de déterminer si ce retard constaté peut avoir un lien avec son engagement syndical. Tel semble être le cas en l'espèce.
47. En effet, on constate que M. G a adhéré au syndicat en 1995 et assumé ses premières responsabilités syndicales à partir de 1996, en tant qu'élu sur une liste et, en 1997 comme membre de la commission exécutive et qu'ainsi, dès 1996, sa hiérarchie ne pouvait plus ignorer son appartenance au syndicat. C'est à partir de ce moment que l'écart entre M. G et ses comparants va se creuser à son détriment. Au titre de ses responsabilités syndicales, il a d'ailleurs bénéficié d'une décharge de travail à temps partiel. Ses responsabilités syndicales se sont accrues par la suite.
48. Ainsi, il existe une concomitance entre la date de la prise en charge de ses responsabilités syndicales et la stagnation de la carrière de M. G.
49. Enfin, le fait que dix autres ouvriers de l'Etat, eux-aussi syndiqués, n'aient pas vu leur carrière avancer dans les mêmes conditions que des agents dépourvus de responsabilité syndicale, constitue un indice supplémentaire.
50. Or, comme cela a été rappelé, le ministère n'apporte, quant à lui, aucune justification.
51. Il résulte de ce qui précède que le Défenseur des droits considère que M. G a été victime d'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination à raison de son appartenance syndicale dans le déroulement de sa carrière, avant le 1^{er} juin 2003.

B) – De la l'administration (après le 1^{er} juin 2003) :

52. Le Défenseur des droits considère que le retard de carrière constaté avant le 1^{er} juin 2003 a eu des répercussions sur la suite de la carrière de M. G au sein de l'administration, seule responsable à compter de cette date s'agissant des décisions individuelles concernant les ouvriers de l'Etat (articles 3 et 10 du décret n° 2002-832 du 3 mai 2002 susvisé).
53. Comme cela a été rappelé, M. G n'atteint le groupe VII qu'en 2005, après avoir été autorisé à passer l'essai, alors que ses comparants ont commencé à l'atteindre dès 1995 et l'ont quasiment tous intégré en 2000.
54. Par ailleurs, le compte-rendu d'entretien annuel d'évaluation de M. G du 28 novembre 2007 témoigne de la prise en compte des activités syndicales de l'intéressé, puisqu'il y est notamment précisé, dans la colonne « points observés » de la rubrique « *aspects métiers : bilan de l'année* », la mention suivante « *ne correspond pas à la fiche de poste du fait de la présence 40 % (fonctions syndicales)* ».
55. De même, sa fiche de notation établie en novembre 2008 concernant son poste au sein du service Santé au Travail fait expressément mention de ses indisponibilités en raison de ses mandats et activités syndicales.

56. Or, l'activité syndicale d'un agent en décharge partielle ou totale ne doit en aucun cas être mentionnée sur sa fiche de notation. Ainsi, dans un jugement du 22 décembre 2010 (n° 0819489/5-3), le tribunal administratif de Paris a considéré que le critère du temps de présence du fonctionnaire au sein du service, eu égard à sa décharge d'activité, n'est pas au nombre de ceux qui peuvent être pris en compte par l'autorité investie du pouvoir de fixer l'appréciation générale et la note exprimant la valeur professionnelle du fonctionnaire, à moins de commettre une erreur de droit.
57. De même, dans un arrêt du 23 mars 2011 (n° 09-72733), la Cour de cassation a rappelé qu'il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié et que toute mesure contraire est abusive et donne lieu à des dommages et intérêts, même si les événements sont rappelés de manière objective et non sous la forme d'un grief.
58. Le Défenseur des droits considère que les faits précités constituent des indices importants permettant de caractériser la discrimination dont il a été l'objet, contrairement à ce qu'indique le tribunal administratif.
59. Par ailleurs, s'agissant des comparants sélectionnés pour le panel établi par l'administration (**annexe 2** : tableau comparatif), alors qu'ils ont une ancienneté non comparable à celle de M. G, ils ont tous bénéficié d'un déroulement de carrière plus favorable que le sien au regard de leur date d'embauche en groupe V.
60. Enfin, s'il est vrai que, comme le rappelle l'administration, les agents n'ont aucun droit à l'avancement au choix et que, par suite, elle n'est pas tenue de motiver les refus de telles promotions, cet argument ne suffit pas, conformément au principe d'aménagement de la charge de la preuve, à établir que les décisions prises à l'égard de M. G par le ministère de reposit sur des critères objectifs, exempts de toute discrimination (CE, 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348 ; CE, 10 janvier 2011, Mme LEVEQUE, n° 325268).

II) – Sur le Préjudice :

61. Le retard constaté dans la carrière de M. G s'est répercuté sur le montant de sa rémunération. Il existe ainsi un différentiel entre la rémunération qu'il aurait dû percevoir si sa carrière avait évolué comme celle de ses comparants, et celle qu'il a perçue.
62. 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.
63. Par suite, le Défenseur des droits considère que les préjudices subis par l'intéressé devraient être intégralement réparés par l'Etat responsable pour la période antérieure au 1^{er} juin 2003.
64. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance de la Cour.