

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n°LCD-2012-30

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 la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires,

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

Saisi par Madame M d'une réclamation portant sur le refus de la proposer au grade d'inspecteur du travail au titre de l'année 2010, qu'elle estime discriminatoire à raison de son âge aurait été pris en considération,

décide de recommander au ministre :

- procéder à la réparation intégrale des préjudices subis par Mme M du fait de la discrimination dont elle a été l'objet,
- de rappeler aux responsables des directions régionales et départementales de prendre en compte, notamment en matière d'avancement le critère de l'âge ou tout autre critère visé par l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires,
- demande à être tenu informé, dans un délai de trois mois, des suites données à la présente décision.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

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

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, le 30 décembre 2009, par Madame M contrôleur du travail de classe exceptionnelle (5^{ème} échelon) d'une réclamation portant sur le refus de la proposer au grade d'inspecteur du travail qui lui a été opposé par le directeur départemental.
2. Mme M, qui remplit les conditions statutaires pour être promue au grade d'inspecteur du travail, depuis 1992, soutient que son âge (57 ans) a été un critère déterminant pour écarter sa candidature de la liste des agents proposés à l'avancement de grade au titre de l'année 2010.
3. Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, « *les procédures ouvertes par [...] la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits* ».
4. Le 16 décembre 2011, Mme M a informé le Défenseur des droits qu'elle avait été nommée au grade d'inspecteur du travail grâce à l'intervention de syndicats qui ont obtenu qu'elle soit promue hors contingent, en « *réparation du dommage subi depuis des années* ».
5. Bien qu'elle ait obtenu satisfaction, Mme M estime avoir subi un préjudice moral ainsi qu'une perte de chance d'être promue, dont elle demande aujourd'hui réparation.
6. Le 21 juillet 2011, dans le cadre de la procédure contradictoire, le Défenseur des droits a adressé, au directeur régional adjoint, M. R, un courrier précisant les circonstances de fait et de droit laissant présumer que Mme M avait fait l'objet d'un traitement discriminatoire à raison de son âge.
7. M. R a présenté ses observations, par courrier du 9 septembre 2011.
8. Au vu des éléments du dossier, il apparaît que le refus d'avancement opposé à Mme M en 2010 présente un caractère discriminatoire.
9. A titre liminaire, il convient de rappeler que la discrimination fondée sur l'âge est prohibée dans le domaine de l'emploi tant par le droit interne que par le droit communautaire.
10. Ainsi, l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoit qu'« *aucune distinction directe ou indirecte ne peut être faite entre les fonctionnaires (...), en raison de leur âge* ».
11. De même, 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 précise à l'article 2-2° que « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur (...) l'âge (...) est interdite en matière (...) d'emploi, (...) et de promotion professionnelle (...)* ».

12. En droit communautaire, l'article 3 de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail applicable à l'emploi public prévoit que l'interdiction de la discrimination concerne également « *les conditions d'accès à l'emploi (...) y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement (...), y compris en matière de promotion (...)* ».
13. 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).
14. Un tel dispositif, proche de celui de l'aménagement de la charge de la preuve posé par l'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précitée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la mesure litigieuse repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
15. Pour justifier sa décision de ne pas proposer Mme M à l'avancement, M. R évoque le contexte général dans lequel il est amené à examiner les choix de promotion. Le nombre d'agents promouvables important - 116 agents sur 186 contrôleurs en 2010 - et la réduction des effectifs de la fonction publique limite, selon lui, les possibilités de promotion et rendent donc les arbitrages plus difficiles.
16. Le Défenseur des droits ne méconnaît pas les difficultés évoquées par M. R mais ce contexte ne peut autoriser de dérogation aux principes d'égalité de traitement et de non discrimination. Ainsi, les propositions à l'avancement doivent être fondées sur la seule valeur des candidats définie à partir de critères objectifs étrangers à toute discrimination.
17. Selon l'article 18 du décret n°2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat, l'administration doit prendre en compte en vue de l'établissement du tableau d'avancement, « (...) 1°[les] notations attribuées à l'intéressé, 2°[les] propositions motivées formulées par les chefs de service (...). Les fonctionnaires sont inscrits au tableau par ordre de mérite. Les candidats dont le mérite est jugé égal sont départagés par l'ancienneté ».
18. Dans une note n°2009-61 du 9 octobre 2009, le Directeur de l'administration générale et de la modernisation des services (ci-après DAGEMO) a également rappelé aux directions régionales et départementales « *dans vos propositions, il conviendra de tenir compte non seulement des qualités professionnelles de l'agent dans son poste actuel et de son aptitude à occuper un emploi d'un niveau supérieur mais également de la*

diversité de son parcours professionnel depuis son accès au corps des contrôleurs du travail, sans omettre les fonctions de tuteur, maître de stage ou formateur qu'il aura éventuellement assurées ».

19. M. R admet qu' « (...) *il n'y a pas eu de « pesées » des mérites respectifs des agents entre Madame A et Madame M, puisque ce ne sont pas ces critères là qui ont été appliqués* » mais réfute catégoriquement les allégations de Mme M en affirmant qu'« *il n'y pas eu de discrimination dans cette affaire mais un élément de circonstance, sur demande de ma hiérarchie, de prendre en compte l'arrivée des agents d'un service de l'inspection du travail, ce qui m'a conduit à arbitrer dans le sens de Madame A et non de Madame M* ».
20. Il précise « *au début de l'année 2009, les services de cette inspection ayant fusionné avec nos services, j'ai dû tenir compte de leur historique et j'ai ainsi ajouté aux trois proposés un agent appartenant au pôle travail mais issu des rangs de cette inspection* »
21. Ainsi, sur les postes proposés à l'avancement, M. R fait valoir que le « *contexte particulier* » issu du rapprochement avec cette inspection du travail l'a conduit à sélectionner un agent issu des rangs de cette inspection, Mme A.
22. Or, il ressort des pièces du dossier que l'âge de Mme M n'a pas été étranger à la décision de ne pas proposer sa candidature à l'avancement.
23. En effet, Mme M disposait depuis 2008 du soutien de sa hiérarchie directe pour être promue au grade d'inspecteur du travail.
24. Ses qualités professionnelles et son aptitude à occuper un emploi supérieur ne sont pas contestées. Tant l'appréciation générale portée sur ses fiches de notation 2007¹ que la nature des activités exercées en 2010² visées dans les fiches individuelles de proposition montrent que Mme M est un agent dont les mérites apparaissent supérieurs à ceux de Mme A.
25. Le Défenseur des droits note que M. R a évoqué de lui-même l'âge de la réclamante comme un obstacle à une promotion dans un courrier daté du 6 novembre 2009 : « *pour l'année 2010, dans la mesure où votre motivation dans différents domaines de votre activité restera forte, je m'engage à réétudier une possible proposition dès lors bien évidemment qu'elle sera appuyée par votre hiérarchie de proximité. Mais sachez que la politique actuelle de la l'administration ne privilégie pas les promotions à l'aube du départ en retraite. C'est un élément dont je dois tenir compte en raison du faible nombre de postes proposés nationalement à la promotion* ».
26. Or, l'administration interrogée dans le cadre de l'instruction, souligne qu'aucune règle imposant une limite d'âge à la promotion n'a été fixée. Elle fait valoir que des agents ont été inscrits sur la liste d'aptitude alors qu'ils sont âgés de plus de 54 ans (en 2010, 7 agents sur 23 étaient âgés de 58 ans et plus).

¹ Il apparaît que celle de Mme A présentée comme « *un agent sérieux et consciencieux qui sait s'investir dans des actions transversales lorsque nécessaire* » est moins élogieuse que celle de Mme M décrite comme un « *excellent agent de contrôle qui assure les missions de contrôleur du travail seule sur cette section depuis le dernier trimestre 2007* ».

² Mme M a assuré de nombreuses actions de formation et de tutorat en 2009, activités jugées essentielles par l'administration et devant être prises en compte pour sélectionner les agents méritants.

27. Enfin s'agissant des candidats proposés par M. R, ils étaient tous plus jeunes que Mme M puisqu'ils avaient entre 44 et 50 ans.
28. Au vu de ce qui précède et au regard de l'aménagement de la charge de la preuve, le Défenseur des droits estime que le Directeur départemental n'a pas présenté d'éléments permettant d'écartier la présomption de discrimination rapportée par la réclamante et estime que l'âge de Mme M est un critère qui n'a pas été étranger dans la décision de ne pas la proposer à l'avancement de grade.
29. Le Défenseur des droits demande à être tenu informé, dans un délai de trois mois, des suites de la présente décision.