

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n° MLD 2012-19

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

Vu le décret n°84-1051 du 30 novembre 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'état en vue de faciliter le reclassement des fonctionnaires de l'Etat reconnus inaptes à l'exercice de leurs fonctions ;

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. H relative aux retards dans l'avancement de sa carrière en raison de ses activités syndicales et de son état de santé, le Défenseur des droits décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil d'Etat.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Observations devant le Conseil d'Etat 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. H, ouvrier de l'Etat au sein d'une administration 1978 et représentant syndical, mis à disposition de l'administration par le ministère, à compter du 1^{er} juin 2003.
2. Il considère que ces retards sont liés à ses activités syndicales et à son état de santé 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. H 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. H 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 1^{er} décembre 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. Le tribunal a ainsi considéré :
 - que « *s'agissant de l'ensemble du retard de déroulement de la carrière invoqué par le requérant, notamment avant le 1^{er} juin 2003, tel qu'il ressort des pièces du dossier et du graphique qu'il produit, les éléments soumis au tribunal ne suffisent pas à faire présumer que ce retard aurait pour origine une discrimination d'ordre syndical dont aurait pâti M. H tout au long de sa carrière et particulièrement au moment des avancements de groupe et ce nonobstant la reconnaissance de sa valeur professionnelle* ».
8. S'agissant de la période postérieure au 1^{er} juin 2003, le tribunal a estimé :
 - que « *les décisions individuelles relatives à l'avancement des ouvriers de l'Etat mis à la disposition de l'entreprise nationale relèvent, depuis le 1^{er} juin 2003, non de la compétence du ministre, mais de celle du président de cette entreprise* », mais que « *si l'Etat reste responsable de la gestion et de l'administration du personnel civil ainsi mis à disposition, le requérant en se bornant à soutenir que l'Etat, en tant qu'employeur des ouvriers mis à la disposition de l'administration, reste responsable du déroulement de sa carrière, n'apporte aucun élément permettant d'établir que l'Etat aurait commis une faute dans l'exercice des attributions qui lui ont été dévolues par le décret du 3 mai 2002 susvisé ; qu'au contraire, il résulte de l'instruction que le ministère a rappelé en 2004 à l'administration les conditions réglementaires dans lesquelles les représentants syndicaux et membres de commissions devaient percevoir les accessoires de leur rémunération ; qu'en 2005 et 2006, il a également examiné la situation administrative de certains agents qui lui avait été signalée par la fédération nationale du syndicat des travailleurs de l'Etat ; qu'enfin les difficultés que M. H aurait rencontrées dans le cadre de sa profession auprès de l'administration depuis 2009 ne peuvent être imputées à une faute de l'Etat* ».
9. M. H a interjeté appel de ce jugement devant le Conseil d'Etat 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 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. Le Défenseur des droits se bornera à analyser le moyen tiré de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination lié aux activités syndicales de M. H, dans la mesure où celui tiré de la discrimination liée à son état de santé n'a pas été invoqué devant le Conseil d'Etat.
15. 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* ».
16. Ainsi, le droit syndical est constitutionnellement garanti aux agents publics et ne saurait être regardé comme un obstacle à l'exercice des fonctions.
17. 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.
18. 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.
19. 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.
20. 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).
21. Cette jurisprudence a été régulièrement confirmée par le Conseil d'Etat (par exemple : CE, 7 juillet 2010, Mme POLIAK, n°322636).
22. 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.

23. 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 et de son état de santé, 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) :

24. 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. H 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).
25. Toutefois, cette appréciation ne peut pas reposer sur des considérations syndicales.
26. 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.
27. 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.
28. 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.
29. 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°02/01 134).
30. 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.
31. 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 €).

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

32. 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) ;
 - dans la même filière professionnelle ;
 - au même niveau de classification (groupe).
33. 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.
34. Ainsi, le panel retenu ne recense qu'entre 6 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.
35. 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.
36. 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, l'administration 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...).
37. Ainsi, le panel proposé par l'administration paraît devoir être écarté au bénéfice de celui proposé par le réclamant.
38. 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. H :
- 18 ouvriers ont été issus de la même promotion à l'Ecole de formation technique ;
 - 17 ouvriers sur ces 18 ont intégré l'administration avec la même profession matriculaire (mécanicien-monteur) ;
 - 12 ouvriers sur ces 17 exercent le même métier (profession d'emploi) et que, sur ces 12 ouvriers, 9 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.
39. M. H a intégré l'administration en 1978, sous statut d'ouvrier d'Etat catégorie V, 2^{ème} échelon, en qualité de mécanicien-monteur.
40. Il convient de rappeler qu'au début de ses activités syndicales, en 1994, les ouvriers comparants sont classés, comme le réclamant, au groupe VI échelon 8, à l'exception d'un seul qui est classé au groupe VII échelon 8.

41. Or, M. H n'a atteint le groupe VII qu'en 2000 et est resté classé dans le groupe VI pendant 11 ans (de 1989 à 1999 inclus), alors que ses comparants ont progressivement accédé au groupe VII à compter de 1994. Ainsi, en 1998, M. H était le dernier à n'avoir pas encore été promu au groupe VII.
42. Par suite, entre 1994 et 1999, M. H a accumulé un retard dans l'évolution de sa carrière. Il a ainsi mis beaucoup plus de temps que ses comparants à accéder au groupe VII, ce qui s'est répercuté sur la suite du déroulement de sa carrière.
43. Il convient aussi d'indiquer que les éléments du dossier ne font pas apparaître que M. H aurait fait l'objet de sanction disciplinaire ou de reproche objectif quant à sa manière de servir qui auraient pu expliquer un tel retard de carrière.
44. 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.
45. En effet, on constate que M. H a adhéré au syndicat en 1983 et a assumé ses premières responsabilités syndicales à partir de 1994, en tant qu'élu au CHSCT. Ainsi, dès cette dernière date, sa hiérarchie ne pouvait plus ignorer son appartenance au syndicat. C'est à partir de ce moment que l'écart entre M. H et ses comparants va se creuser à son détriment. A partir de 1996, il va d'ailleurs bénéficier d'une dispense partielle d'activité au titre de ses activités syndicales de représentant du personnel. Ses responsabilités syndicales se sont accrues par la suite.
46. 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. H.
47. 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.
48. Or, comme cela a été rappelé, le ministère n'apporte, quant à lui, aucune justification.
49. Il résulte de ce qui précède que le Défenseur des droits considère que M. H 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 l'administration (après le 1^{er} juin 2003) :

50. 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. H 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).
51. En effet, il convient de relever qu'après sa mise à disposition au sein de l'administration, ses comparants vont progressivement intégrer la catégorie hors groupe (M. P, en janvier 2008, ainsi que MM. R, S et T, en janvier 2009).
52. En outre, il ressort de l'enquête, qu'à deux reprises, en 2006 et en 2008, les supérieurs de M. H ont pris en compte ses mandats syndicaux dans le cadre de ses évaluations.
53. Ainsi, il résulte du compte-rendu de son entretien d'évaluation de 2006 que « *suite à ses différents mandats électifs, H est difficile à gérer. Pas facile de lui donner du travail car on ne sait pas quand il sera terminé. Sa place n'est pas dans une équipe de commandes urgentes* ». Le même notateur fait toutefois état de ce que M. H prévient de ses absences régulièrement et fait le maximum d'efforts pour s'organiser.
54. Il suit de là, que la difficulté « *de le gérer* » résulte directement, selon le notateur, de ses mandats électifs.

55. Dans son compte-rendu d'entretien d'évaluation de 2008, le notateur indique cette fois que, « *H a amélioré son organisation de ses différents mandats électifs mais il est toujours difficile de lui donner des commandes urgentes où les délais sont de plus en plus courts* ».
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° 09-7 2733), 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. Par ailleurs, M. H souligne, sans être utilement contredit, que certaines de ses primes, dont la prime de rendement, ont été réduites en raison de ses activités syndicales.
59. Ainsi, dans un courrier du 15 novembre 2004 du Ministre adressé à l'administration, dans lequel il lui demandait de remédier à des cas de discriminations syndicales, il précise qu' « *il a été porté à ma connaissance que des salariés de votre entreprise qui exerçaient avant le changement de statut, des fonctions représentatives du personnel ou syndicales ainsi que les membres de différentes commissions, n'avaient pas perçu, dans l'exercice de leur mandat, une rémunération strictement égale à celle qu'ils auraient reçue s'ils avaient accomplis leurs tâches habituelles. En effet, il semble apparaître que dès lors qu'un élu exerçait son mandat syndical sous le couvert d'une dispense à temps partiel – ce qui est le cas de M. H – d'une autorisation d'absence ou d'une autorisation d'absence pour assister aux réunions d'organismes institutionnels (...), celui-ci était placé dans une position de comptabilité administrative qui lui faisait perdre des accessoires de rémunérations tels que : -l'indemnité pour travaux pénibles et insalubres (...) ».*
60. Le tribunal administratif a, ainsi, souligné « *que le ministère a rappelé en 2004 à l'administration les conditions réglementaires dans lesquelles les représentants syndicaux et membres de commissions devaient percevoir les accessoires de leur rémunération ; qu'en 2005 et 2006, il a également examiné la situation administrative de certains agents qui lui avait été signalée par la fédération nationale du syndicat des travailleurs de l'Etat* ».
61. Le Défenseur des droits considère que l'ensemble de ces éléments constituent des indices importants permettant de caractériser la discrimination dont M. H a été l'objet, contrairement à ce qu'indique le tribunal administratif.
62. Par ailleurs, M. H rappelle qu'ayant été déclaré médicalement inapte à son poste de travail en 2008, il est resté sans proposition de reclassement de janvier 2009 à octobre 2010, et aucun aménagement de son poste de travail n'a été recherché.
63. Il ressort du dossier, qu'à son retour de congé maladie en janvier 2009, aucun effort n'a été réalisé pour adapter son poste de travail d'origine à son état de santé ou à son handicap. Cette situation a perduré de janvier 2009 à septembre 2010, période pendant laquelle il n'a pas eu de véritable travail (le travail d'inventaire et d'étiquetage n'ayant duré que 2 mois).
64. Depuis le 11 octobre 2010, suite à une réorganisation du service Santé Sécurité au travail et, à sa demande, M. H a été affecté sur un poste d'adjoint santé sécurité.
65. Toutefois, un tel poste ne résulte pas d'une proposition de reclassement de sa direction.
66. Or, il convient de rappeler que sous réserve de charges disproportionnées pour l'employeur public, l'absence de mise en œuvre de mesures appropriées pour permettre à l'agent d'exercer ses fonctions est constitutif d'une discrimination (cf. article notamment délibération de la Halde n°2010-146 du 14 juin 2010 ; CJCE, 11 juillet 2006, CHACON NAVAS, C-13/05).

67. En outre, il existe une obligation incombant à l'employeur public de reclassement des agents publics reconnus inaptes physiquement (CE, 2 octobre 2002, n°227868). Dans cette décision, le Conseil d'Etat a considéré que le reclassement pour inaptitude physique des agents publics constitue un principe général du droit. Ce principe général protège ainsi également les agents non titulaires de droit public.
68. Par suite, il résulte de la combinaison de l'article 63 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat et du décret n°84-1051 du 30 novembre 1984 susvisés, dont les principes peuvent être étendus aux agents non titulaires : - qu'en cas d'inaptitude à exercer ses fonctions, et d'impossibilité d'aménagement du poste de travail, l'administration est tenue d'inviter l'agent à présenter une demande de reclassement. L'absence d'une telle invitation peut être regardée comme un élément constitutif de discrimination à raison de l'état de santé.
69. En outre, 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. H ils ont tous bénéficié d'un déroulement de carrière plus favorable que le sien au regard notamment de leur date d'embauche.
70. Il apparaît, également, que les comparatifs transmis comportent de nombreuses erreurs. Par suite, ils manquent de pertinence, alors au surplus, que les ouvriers comparants proposés correspondent à des profils « *atypiques* ».
71. 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. H par le ministère reposent 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 :

72. Le retard constaté dans la carrière de M. H 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.
73. 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 8 26 ; 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.
74. 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.
75. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance du Conseil d'Etat.