

Paris, le 17 juillet 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017- 220

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

Vu le décret n° 2014-513 du 20 mai 2014 portant création d'un régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel dans la fonction publique de l'Etat ;

Vu l'instruction du ministère de l'Intérieur du 25 mai 2016 sur les modalités de gestion de l'indemnité de fonctions, sujétions et expertise des corps administratifs du ministère ;

Saisi par le tribunal administratif de Z d'une demande d'avis relative à la requête introduite par M. X, attaché d'administration de l'Etat au sein de la préfecture de Z qui considère que son régime indemnitaire serait déterminé en considération de son engagement syndical (n° 1600967-2) ;

Décide de présenter les observations suivantes.

Jacques TOUBON

<p>Observations devant le Tribunal administratif de Z en application des dispositions de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits</p>

RAPPEL DES FAITS

M. X détient le grade d'attaché d'administration de l'Etat. Il est affecté au sein de la préfecture de Z.

Depuis le 1^{er} janvier 2015, il bénéficie d'une décharge totale d'activité afin d'exercer un mandat syndical. Auparavant, il exerçait les fonctions de formateur au sein du bureau des ressources humaines de la préfecture.

En vue de l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2016 du nouveau régime indemnitaire fixé par le décret du 20 mai 2014 portant création d'un régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (ci-après, « RIFSEEP ») dans la fonction publique de l'Etat, M. X a été classé dans le groupe 3 de son corps correspondant aux fonctions de rédacteur, d'instructeur, d'analyste, de chargé de mission, d'études ou d'affaires confirmé.

Or, il fait valoir qu'au regard de son expérience professionnelle, il devrait être classé dans le groupe 1 qui correspond aux emplois fonctionnels et aux emplois de directeur de préfecture, qui lui donnerait droit à une indemnité plus élevée. Il soutient que ce classement, qui détermine le montant de l'indemnité de fonctions, sujétions et expertise (IFSE), prendrait en considération le fait qu'il bénéficie d'une décharge totale d'activité.

Il estime ainsi faire l'objet d'une discrimination syndicale.

M. X a exercé un recours gracieux auprès de la préfecture de Z contre le classement retenu, qui a été rejeté.

Il a présenté un recours devant le tribunal administratif de Z tendant à l'annulation de la décision par laquelle la préfecture a rejeté son recours gracieux.

Le tribunal administratif sollicite l'avis du Défenseur des droits au regard de ses compétences en matière de lutte contre les discriminations qui lui sont dévolues par l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011.

Dans le cadre de son instruction, le Défenseur des droits a demandé à la préfecture de Z de lui faire part de ses observations. Celle-ci a répondu par un courrier reçu le 20 janvier 2017.

DISCUSSION

Aux termes de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions (...) syndicales ». Ce principe s'applique notamment en matière de rémunération des fonctionnaires, qui s'entend comme le traitement mais aussi les primes et indemnités créés par un texte législatif ou réglementaire.

L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations définit la discrimination directe comme « *la situation dans laquelle, sur le fondement (...) de ses activités syndicales (...), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».

S'agissant des modalités d'administration de la preuve applicable lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé, le Conseil d'Etat juge « *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* » (arrêt du 30 octobre 2009, n° 298348). Cette règle est également posée à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008.

L'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 garantit aux fonctionnaires un « *droit syndical* », qui leur permet notamment de solliciter une décharge d'activité, partielle ou totale, afin d'exercer un mandat syndical.

L'article 23 bis de la même loi dispose que « *Sous réserve des nécessités du service, le fonctionnaire en position d'activité ou de détachement qui, pour l'exercice d'une activité syndicale, bénéficie d'une décharge d'activité de services ou est mis à la disposition d'une organisation syndicale, est réputé conserver sa position statutaire* ».

Les fonctionnaires en position d'activité qui bénéficient d'une décharge syndicale doivent donc être traités comme s'ils continuaient à occuper leur ancien poste.

A cet égard, le juge administratif a prévu qu'ils devaient continuer à percevoir l'équivalent des primes et des indemnités attachées à leur ancien emploi.

Cette solution a été posée dans une décision du Conseil d'Etat du 27 juillet 2012 (n° 344801) : « *le fonctionnaire de l'Etat qui bénéficie d'une décharge totale de service pour l'exercice d'un mandat syndical a droit, durant l'exercice de ce mandat, que lui soit maintenu le bénéfice de l'équivalent des montants et droits de l'ensemble des primes et indemnités légalement attachées à l'emploi qu'il occupait avant d'en être déchargé pour exercer son mandat, à l'exception des indemnités représentatives de frais et des indemnités destinées à compenser des charges et contraintes particulières, tenant notamment à l'horaire, à la durée du travail ou au lieu d'exercice des fonctions, auxquelles le fonctionnaire n'est plus exposé du fait de la décharge de service* ».

Dans un arrêt du 11 février 2015 (n° 371257), le Conseil d'Etat a étendu cette solution en précisant que « *le fonctionnaire bénéficiant d'une décharge totale de service a droit à l'attribution d'une somme correspondant à une prime instituée postérieurement à la date de cette décharge, dès lors qu'il aurait normalement pu prétendre à son bénéfice s'il avait continué à exercer effectivement son emploi* ».

Cette solution jurisprudentielle s'applique aux primes liées aux fonctions comme à celles liées à la manière de servir de l'agent.

Traités fictivement comme s'ils occupaient leurs fonctions, les fonctionnaires en décharge d'activité ne sont ainsi pas désavantagés du fait de leurs activités syndicales.

En l'espèce, se pose la question du montant de l'indemnité de fonctions, sujétions et expertise (IFSE) auquel peut prétendre un agent qui bénéficie d'une décharge totale d'activité.

L'IFSE est une indemnité qui s'attache aux fonctions assurées par le fonctionnaire et non à la manière dont il les exerce.

L'article 2 du décret du 20 mai 2014 portant création d'un RIFSEEP dans la fonction publique de l'Etat définit le montant de l'IFSE « *selon le niveau de responsabilité et d'expertise requis dans l'exercice des fonctions* ». Plus précisément, « *Les fonctions occupées par les fonctionnaires d'un même corps ou statut d'emploi sont réparties au sein de différents groupes au regard des critères professionnels suivants : 1° Fonctions d'encadrement, de coordination, de pilotage ou de conception ; 2° Technicité, expertise, expérience ou qualification nécessaire à l'exercice des fonctions ; 3° Sujétions particulières ou degré d'exposition du poste au regard de son environnement professionnel* ».

Pour le corps des attachés d'administration de l'Etat, dont fait partie le réclamant, 4 groupes de fonctions ont été arrêtés par l'instruction du ministère de l'Intérieur du 25 mai 2016 sur les modalités de gestion de l'IFSE des corps administratifs du ministère.

Les fonctions qui supposent le niveau de responsabilité le plus élevé sont classées dans le groupe 1. Il s'agit des emplois fonctionnels et de directeur de préfecture.

Sont classés dans le groupe 2, les emplois de chef de bureau, d'adjoint de directeur ou de chef de service, de chef de service de gestion opérationnelle, de secrétaire général de sous-préfecture (sauf les emplois fonctionnels), de chargé de mission ayant des fonctions nécessitant un niveau d'expertise ou de technicité important et exigeant, et enfin de chef de cabinet.

Sont classées dans le groupe 3, les autres fonctions d'encadrement et les emplois de rédacteur, d'instructeur, d'analyste, de chargé de mission, d'études ou d'affaires confirmé.

Enfin, sont classées dans le groupe 4 les fonctions de chargé de mission, de chargé de secteur et d'assistant.

Dès lors que l'agent occupe effectivement son poste, il est aisé d'identifier le groupe auquel il doit être rattaché pour déterminer le montant de l'IFSE auquel il peut prétendre.

L'exercice est plus délicat pour le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge d'activité car, bien qu'il soit en position d'activité, il n'exerce pas de fonctions.

En l'espèce, M. X estime qu'en ayant été classé dans le groupe 3, et non dans le 1^{er} groupe, il aurait été discriminé. Conformément au principe d'aménagement de la charge de la preuve rappelé précédemment, il appartient à l'administration de montrer que ce classement ne résulte pas de la prise en considération d'un critère de discrimination.

Interrogée par le Défenseur des droits, la préfecture de Z indique que son choix de classer le réclamant a été déterminé par son expérience professionnelle liée tant à son poste qu'à ses missions syndicales. Elle indique qu'elle tiendrait compte de l'expérience acquise par le réclamant au travers de ses activités de représentant du personnel et de participant aux instances représentatives de niveau local et national. Ces considérations justifieraient, selon la préfecture, le classement du réclamant dans le groupe 3 des fonctions de son corps.

Toutefois, ces considérations sont contraires au principe de non-discrimination qui impose une neutralité absolue de l'employeur par rapport aux activités syndicales d'un agent.

Ce principe se justifie d'autant plus que les employeurs ne peuvent pas apprécier, ni contrôler, les missions syndicales exercées par un agent représentant du personnel.

Dès lors, il apparaît que la préfecture n'a pas pris en compte des critères objectifs pour arrêter le classement de M. X. En cela, sa décision apparaît comme discriminatoire.

Le montant de l'IFSE versée au réclamant aurait ainsi dû être arrêté en se basant sur les missions qu'il exerçait avant de bénéficier d'une décharge d'activité, conformément à la jurisprudence établie du Conseil d'Etat rappelée précédemment.

En l'espèce, M. X occupait le poste de formateur avant de bénéficier d'une décharge totale d'activité. Selon sa fiche de poste, il lui incombait de mettre en œuvre des actions de formation à destination des agents de la filière administrative dans le domaine des ressources humaines, et notamment sur la reconnaissance des acquis de l'expérience professionnelle, le management, la formation professionnelle tout au long de la vie, le droit individuel à la formation. Il devait également accompagner les agents, à titre individuel, dans la préparation de leurs épreuves de concours. A cet égard, le titulaire du poste était placé sous l'autorité hiérarchique du chef du bureau des ressources humaines.

M. X était le seul agent de la préfecture à occuper un tel poste, et le poste a été supprimé après son départ. Pour autant, l'administration dispose des éléments suffisants pour le classer dans l'un des groupes déterminés en application du décret du 20 mai 2014, sans prendre en considération ses activités syndicales.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend présenter à la formation de jugement.

Jacques TOUBON