

Paris, le 13 novembre 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-307

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°2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat.

Saisi par Monsieur X, commandant de police, d'une réclamation portant sur la prise en compte de ses absences pour congé maladie dans l'appréciation portée sur sa manière de servir qui a eu pour effet une baisse significative de sa notation pour 2017.

Prends acte de la décision du ministre de l'intérieur de supprimer la mention relative à l'état de santé de M. X figurant sur la fiche d'entretien professionnel au titre de l'année 2017.

Décide en vue de régler la situation exposée dans la décision de recommander au ministère de l'intérieur :

- de procéder au réexamen de la notation de M. X pour l'année ainsi qu'à la réparation des préjudices qui ont résulté de la notation discriminatoire ;
- d'adresser aux agents ayant effectué la notation litigieuse un rappel du principe de non-discrimination et des sanctions encourues en cas de violation de ce principe.

Demande à être tenu informé des mesures prises conformément à sa recommandation dans un délai de trois mois à compter de sa notification.

Jacques TOUBON

Recommandation

Le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X, commandant de police au sein du service Y, qui estime ne pas avoir été évalué sur des critères objectifs dès lors que ses congés pour maladie¹ ont été pris en compte dans l'appréciation défavorable portée sur son travail par son supérieur hiérarchique. M. X estime avoir fait l'objet d'une discrimination fondée sur son état de santé.

Faits et procédure

M. X a été affecté en septembre 2015 au service Y en tant que coordonnateur de service.

Le 29 mars 2017, M. X s'est vu notifier son évaluation annuelle. L'intéressé a alors pris connaissance d'une baisse significative de sa notation par rapport à celles des années précédentes et de mentions portant sur ses absences pour congé maladie libellées de la façon suivante « *En 2016, les nombreux arrêts maladie du commandant X l'ont empêché d'accomplir pleinement les missions confiées* ». Enfin, il a également été informé de l'avis défavorable qui a été porté sur son aptitude à des fonctions plus importantes qui contraste avec les avis favorables formulés ces dernières années par ses supérieurs hiérarchiques.

M. X indique qu'il a demandé à M. Z, chef du Y, de revoir son appréciation et que c'est en raison de son refus verbal qu'il a décidé d'engager différents recours. Ainsi, par courrier daté du 28 avril 2017, M. X a sollicité la révision de son évaluation dans le cadre d'un recours hiérarchique et a également saisi la CAP qui doit examiner sa situation le 17 novembre 2017.

M. X a saisi le tribunal administratif de W d'un recours en annulation de son entretien professionnel pour l'année 2017.

C'est dans ce contexte que M. X a sollicité l'intervention du Défenseur des droits, le 4 mai 2017.

Au regard des éléments du dossier, le Défenseur des droits a estimé que la présomption de discrimination ne pouvait être écartée. Ainsi, dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve, il a demandé le 10 juillet 2017 au directeur général de la police nationale de présenter une argumentation de nature à démontrer que la notation de M. X était fondée sur des critères étrangers à toute discrimination.

Le 17 août 2017, la direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'intérieur a informé le Défenseur des droits de sa décision de supprimer la mention relative à l'état de santé figurant sur la fiche d'entretien professionnel de M. X au titre de l'année 2017.

Le Défenseur des droits prend acte de cette décision mais estime nécessaire d'adresser au ministère de l'intérieur plusieurs recommandations dès lors que ses services n'ont pas démontré que la notation contestée reposait sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

¹ M. X a été placé congé maladie du 2 juin au 2 septembre 2016 suite à une opération chirurgicale. Il avait également été placé en congé maladie au mois de mars 2016.

Analyse juridique

L'examen de la réclamation de M. X s'inscrit dans un cadre juridique précis. En effet, le dispositif juridique applicable en matière de notation proscrit toute mention discriminatoire et le juge administratif sanctionne l'administration pour faute dès lors que les notations font apparaître directement ou indirectement la prise en compte d'un critère prohibé pour évaluer les mérites d'un agent.

Le cadre juridique garanti une évaluation fondée exclusivement sur les mérites exempté de toute considération fondée sur un critère discriminatoire

En vertu de l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 « *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé* ».

Par ailleurs, 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, applicable aux agents publics prohibe toute discrimination directe ou indirecte en raison de l'état de santé.

En outre, l'article 17 de la loi n°83-634 précise que les « *notes et appréciations générales attribuées aux fonctionnaires* » expriment « *leur valeur professionnelle* ».

Aux termes de l'article 3 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'entretien d'évaluation « *porte, principalement, sur les résultats professionnels obtenus par le fonctionnaire au regard des objectifs qui lui ont été assignés et des conditions d'organisation et de fonctionnement du service dont il relève, sur ses besoins de formation compte tenu notamment, des missions qui lui sont imparties et sur ses perspectives d'évolution professionnelle en termes de carrière et de mobilité (...)* ».

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, lorsque le moyen d'illégalité invoqué repose sur le caractère discriminatoire d'une décision, le Conseil d'Etat souligne de façon constante depuis 2009 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).

Le juge administratif estime de façon constante que l'état de santé constitue un critère étranger à l'évaluation de la valeur professionnelle d'un fonctionnaire et en conclut que l'absence liée à des congés de maladie ne peut être valablement prise en compte pour établir la notation d'un agent (CAA Bordeaux, 1er déc. 1997, n° 95BX00498, Synd. interco. ordures ménagères Garrigue Vistrenque).

De surcroît, le fait de reprocher à un agent, ses absences dûment justifiées à raison de son état de santé, alors que les fonctionnaires en activité ont « *droit à des congés de maladie (...), à des congés de longue maladie (...)* » (article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 susvisée), constitue également pour le juge administratif un élément permettant de retenir la discrimination (notamment, Cour d'Appel de Reims, n° 10/01827, 15 juin 2011 ; Cour d'Appel de Paris, n° 10/09598, 28 juin 2011).

Dans un dossier similaire à celui de M. X qui concernait un gardien de la paix, le tribunal administratif de Nice dans son jugement rendu le 3 mars 2017 estimé qu'« *en se fondant sur le manque de disponibilité de l'intéressé résultant de placements réguliers de congés maladie provoqués notamment par des accidents de service, les notations de l'intéressé au titre des années 2009 et 2010 reposent sur la prise en compte de l'état de santé de l'intéressé et, ainsi, sur des critères entachés de discrimination. Dès lors, M. X est fondé à soutenir que l'Etat a commis une faute de nature à engager sa responsabilité* » (requête n°1402976).

Dans cette affaire, le juge administratif a suivi un raisonnement identique à celui tenu par le Défenseur des droits dans le même dossier. Constatant dans sa décision MLD n°2013-28 en date du 20 mars 2013, que des critères étrangers à la manière de servir, tels que ses absences d'ordre privé (pour raisons de santé), pourtant dûment justifiées, avaient été retenus pour procéder aux évaluations de l'intéressé, il avait conclu au fait que le réclamant avait subi une discrimination fondée sur son état de santé.

Il convient de relever que le Défenseur des droits avait recommandé au ministère de l'Intérieur d'adresser une note à ses services rappelant les dispositions de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et l'obligation d'assurer aux agents un déroulement de carrière exempt de toute discrimination, notamment en ce qui concerne les évaluations.

Cette recommandation a été suivie par le ministère qui a assuré au Défenseur des droits, le 5 novembre 2013, « *le télégramme qui sera diffusé en juin 2014 pour l'ouverture de la campagne de notation des agents du corps d'encadrement et d'application de la police nationale comportera un rappel de l'obligation prévue à l'article 6 de la loi de 1983* ».

Ainsi, le guide de l'entretien professionnel des corps actifs de la police nationale de la DCRPN rappelle aux évaluateurs que les périodes d'absences liées à des congés pour maladie ne peuvent être prises en compte dans l'appréciation de la manière de servir de l'agent et doivent selon les termes de ce guide être neutralisées (p.49). De ce fait, le guide souligne que « *seule la période d'activité de l'agent doit être retenue dans l'appréciation des résultats et de la manière de servir et aucune pénalisation ne saurait intervenir du fait des absences pour les congés autorisés* ».

Ainsi, l'évaluateur doit non seulement s'interdire de faire figurer des mentions explicites telles que « *a été absent plusieurs mois pour maladie* » mais aussi procéder à une neutralisation des absences de l'agent ce qui implique d'examiner le travail accompli par l'agent durant la seule période d'activité. Ainsi, l'examen portant sur l'atteinte des objectifs doit nécessairement conduire l'évaluateur à reconsidérer les objectifs en regard du temps de présence de l'agent. A défaut, considérer que les objectifs ont été partiellement atteints du fait des absences pour congé maladie aboutit à porter une appréciation discriminatoire sur le travail accompli.

Enfin, des indications relatives au manque de disponibilité ou à une assiduité insuffisante peuvent également révéler la prise en compte d'absences pour maladie d'un agent dans l'appréciation de sa valeur professionnelle et emporter la qualification de discrimination.

Sur la notation 2017 contestée par M. X

A l'appui de sa réclamation, M. X produit l'entretien professionnel 2017 dans lequel son supérieur hiérarchique, M. Z, précise : « *En 2016, les nombreux arrêts maladie du commandant X l'ont empêché d'accomplir pleinement les missions confiées (...)* ». Par ailleurs, M. X souligne que sa notation 2017 est à la baisse sur l'ensemble des items et comporte un avis défavorable concernant son aptitude à des fonctions plus importantes.

Invité à justifier que la notation pour 2017 de M. X n'avait pas pris en compte ses absences pour congé maladie, le ministère de l'intérieur a admis que la mention relative à l'état de santé ne pouvait figurer sur sa fiche d'entretien professionnel. Toutefois, le ministère n'a pas montré que l'appréciation qui avait été portée sur la qualité de son travail, ses aptitudes personnelles, ses compétences professionnelles et managériales ainsi que sur sa capacité à exercer des fonctions supérieures étaient exclusivement fondées sur sa manière de servir.

Ainsi l'analyse du dossier conduit le Défenseur des droits à faire plusieurs observations.

A titre liminaire, le Défenseur des droits constate qu'en dépit d'un cadre juridique extrêmement précis et de consignes explicites émanant du ministère de l'Intérieur rappelés plus avant, le supérieur hiérarchique de M. X a fait mention dans son appréciation des arrêts maladie de ce dernier, alors qu'il ne pouvait ignorer que de telles mentions étaient étrangères à l'appréciation des mérites du réclamant et illégales car fondées sur un critère discriminatoire, l'état de santé. Ce comportement est donc manifestement discriminatoire.

En sus des mentions portant sur « *ses nombreux arrêts maladie* », le Défenseur des droits relève également que ce supérieur hiérarchique a considéré que M. X était inapte à des fonctions plus importantes et a indiqué, pour ses aptitudes, ses compétences professionnelles et managériales, des notes très en deçà des notes attribuées pour les années précédentes. Ainsi à titre d'exemple, s'agissant de sa disponibilité et son implication dans le travail, alors qu'il était noté 7 pour 2014, 2015 et 2016, son supérieur lui a attribué 5 pour 2017².

Il en est de même des appréciations générales qui diffèrent de façon notable de celles des années 2015 et 2016. Ainsi pour 2015, l'évaluateur considère que l'intéressé est « *particulièrement impliqué, rigoureux et fiable, M. X est un collaborateur qui exerce ses missions avec une analyse rigoureuse des dossiers qui lui sont confiés (...). Son accès à l'échelon fonctionnel de commandement serait une récompense très méritée* » et pour 2016 qu'il est « *un collaborateur dont le travail a été très apprécié* » et qu'il « *mérite de passer à l'échelon fonctionnel de commandant* ».

Enfin, s'agissant du niveau d'atteinte des objectifs fixés, aucun élément du dossier ne permet de constater que les absences de M. X ont été neutralisées et que les objectifs ont été examinés à la lumière du travail accompli durant son seul temps de présence. Au contraire, le Défenseur des droits note que son supérieur a spécifié « *peu de projets structurants portés dans leur globalité du fait du fractionnement de sa présence* », ce qui laisse entendre que son absence a bien été prise en compte mais à son désavantage. Cela est corroboré par l'appréciation générale portée par son évaluateur N+1 lorsqu'il souligne que M. X n'a pas exercé pleinement les missions qui lui ont été confiées en raison de ses « *nombreux arrêts maladie* » en 2016.

Par suite, le Défenseur des droits considère que M. X est fondé à considérer que sa notation pour 2017 repose sur des critères étrangers à sa manière de servir et que son état de santé a bien été pris en compte de façon défavorable dans son évaluation professionnelle.

² La note de 7 équivaut à un niveau « supérieur » et 5 au niveau « très bon »

En conséquence, le retrait de la mention relative à l'état de santé figurant sur la fiche d'entretien professionnelle est une mesure nécessaire mais elle est insuffisante au regard du principe de réparation intégrale des préjudices subis qui découle de la jurisprudence civile et administrative (par exemple, Cass. Soc, 23 novembre 2005, n° 03-40 826 ; CE, 11 juillet 2011, n°321225).

Par suite, le Défenseur des droits décide de recommander au ministère de l'Intérieur :

- de procéder au réexamen de la notation de M. X pour l'année 2017 ainsi qu'à la réparation des préjudices qui ont résulté de la notation discriminatoire ;
- d'adresser aux agents ayant effectué la notation litigieuse un rappel du principe de non-discrimination et des sanctions encourues en cas de violation de ce principe.

Jacques TOUBON