

Paris, le 7 juin 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-134

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

Vu 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 ;

Saisi par M. X, agent titulaire d'un établissement public, qui estime être victime d'un harcèlement discriminatoire en raison de ses activités syndicales ;

Décide de recommander au président de l'établissement :

- de supprimer les mentions discriminatoires de l'évaluation professionnelle de M. X au titre de l'année 2015 ;
- de soumettre la candidature de M. X, pour l'accès au corps supérieur, à l'avis de la commission paritaire d'établissement lors de la prochaine campagne de promotion ;
- d'inclure M. X au sein de la direction des affaires juridiques institutionnelles, compte-tenu de ses fonctions ;
- de l'indemniser pour le préjudice moral subi.

Demande à être tenu informé des suites réservées à ses recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

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

Le Défenseur des droits est saisi de la réclamation de M. X dont l'employeur considère comme incompatible le cumul des fonctions de responsable du service juridique et de représentant du personnel.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

M. X a été recruté par l'établissement public en cause à compter du 1^{er} septembre 2010, en qualité de chargé d'affaires juridiques.

Il a rapidement pris les fonctions de responsable du service des affaires juridiques, contentieuses et des assurances (SAJC).

En cette qualité, il était hiérarchiquement rattaché au directeur général des services de l'établissement (Mme Z jusqu'en septembre 2012, puis M. W).

M. X encadrait un juriste, M. A.

Sur le fondement de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, M. X a été titularisé par arrêté du 4 avril 2012. Le 1^{er} septembre 2012, il a été promu au grade supérieur.

Ses supérieurs hiérarchiques reconnaissaient ses compétences professionnelles. Lors de l'évaluation professionnelle de 2011, Mme Z notait : « *Connaissance experte, rigueur, aptitude au dialogue. Assure seul la gestion du service juridique. Clarté, disponibilité, qualité relationnelle* ». Lors de l'évaluation professionnelle de 2013, M. W déclarait notamment : « *M. X a une grande compétence juridique qu'il met au service de la prévention comme du règlement des litiges. Son évaluation des risques juridiques permet la sauvegarde constante de l'intérêt de l'établissement* ».

En décembre 2014, M. X a été élu représentant du personnel suppléant à la commission paritaire d'établissement (CPE) et au comité technique d'établissement public (CTEP). Il a été élu secrétaire de la section de l'Intersyndicale en octobre 2015.

Dès lors, il a pris l'initiative de ne plus assurer la mission de défense de l'établissement contre les recours formés par les personnels. Désormais, son subordonné, M. A, traitait ces dossiers en lien avec M. W.

Pourtant, dès son élection en décembre 2014, M. X s'est vu reprocher le cumul des fonctions de représentant du personnel et de responsable du service juridique par sa hiérarchie.

C'est ainsi qu'en décembre 2014, quelques jours après son élection, il a écrit un mail à M. W en qualité de responsable du service juridique et obtenu une réponse es-qualité de représentant du personnel. M. X sollicitait alors une augmentation des primes au profit de son subordonné car, du fait de sa réussite au concours et de sa titularisation, sa rémunération se trouverait diminuée.

En réponse à cette demande, M. W écrivait à M. X : « *Votre demande de fixer une rémunération plus favorable, via un taux de prime adapté, que celle qu'il perçoit en CDD me surprend : l'intersyndicale, à laquelle vous appartenez, s'est toujours opposée avec énergie à toute forme d'individualisation des primes (et même aux primes tout court d'ailleurs). Mais peut-être assistons-nous à une évolution de la doctrine syndicale ?* ».

Son évaluation professionnelle au titre de l'année 2015 contient plusieurs mentions de son engagement syndical.

En 2016, sa candidature à la promotion interne dans le corps supérieur a été écartée.

Une telle promotion est arrêtée au niveau ministériel, après avis de la commission administrative paritaire nationale et sur la base des propositions des chefs d'établissements. Ces derniers soumettent, pour leur établissement, une liste d'aptitude des agents les plus méritants, après avoir recueilli l'avis de la CPE.

En 2016, bien que satisfaisant aux conditions requises, la candidature de M. X n'a pas été présentée par l'établissement.

La même année, une réorganisation des services a conduit à une réaffectation de M. X sur un poste nouvellement créé de chargé de mission à la dévolution du patrimoine.

De ce fait, son domaine de compétence a été restreint et il n'avait plus la responsabilité d'encadrer un agent. Surtout, il n'a pas été rattaché à la direction des affaires juridiques de l'établissement.

A compter du 5 décembre 2017, M. X s'est vu confier une nouvelle mission de formateur juridique. Il reste affecté hors de la direction des affaires juridiques.

Saisi par M. X, le Défenseur des droits a engagé une instruction auprès de l'établissement. Celui-ci a transmis les éléments sollicités et a fait part de ses observations dans deux courriers reçus les 25 novembre 2016 et 27 décembre 2017.

ANALYSE JURIDIQUE

Le dispositif juridique

Aux termes de l'article 6 de la loi n° 83-634 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* ».

La discrimination peut être caractérisée par des faits de harcèlement moral dès lors que ceux-ci sont motivés par la prise en compte d'un critère de discrimination prohibé par la loi.

Le harcèlement moral est défini par l'article 6 *quinquiès* de la loi du 13 juillet 1983 comme « *les agissements répétés (...) qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

L'article 1^{er} 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 dispose également que : « *Constitue une discrimination directe 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* ». L'article 1^{er} poursuit : « *La discrimination inclut (...) tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa [notamment, les activités syndicales] et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a jugé, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le requérant, *« 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 »* (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348).

Un tel dispositif, également repris à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la décision contestée n'est pas fondée sur un motif discriminatoire.

En l'espèce, M. X soutient qu'il fait l'objet de mesures défavorables depuis qu'il exerce une activité syndicale, portant atteinte à sa dignité et à son état de santé. En cela, il s'estime victime de harcèlement discriminatoire.

Les mentions discriminatoires dans l'évaluation professionnelle

Le compte rendu d'entretien professionnel de l'année 2015 de M. X fait état, à plusieurs reprises, de son engagement syndical.

Au titre des "Événements survenus au cours de la période écoulée ayant entraîné un impact sur l'activité", M. W signale que *« M. X est devenu représentant des personnels à la CPE ITRF et au CTEP. Il a pris des responsabilités syndicales »*.

Au titre de sa "Contribution à l'activité du service", M. W signale que *« l'activité de M. X en matière de droit de la fonction publique s'est un peu réduite en raison de la situation de conflit d'intérêt qu'il a pu rencontrer entre ses mandats syndicaux et son rôle de conseil du président »*.

Au titre de la "Démarche envisagée et des moyens à prévoir, dont la formation, pour faciliter l'atteinte des objectifs", M. W propose, non pas des formations pour développer ses compétences professionnelles, mais de lui permettre *« d'exercer ses responsabilités syndicales sans qu'il soit en situation de conflit d'intérêts, en aménagement son poste de travail ou en lui proposant de nouvelles fonctions compatibles avec l'exercice de son mandat syndical »*.

Selon l'établissement, le fait de mentionner que l'agent exerce des responsabilités syndicales n'est pas prohibé dès lors que l'employeur ne porte pas d'appréciation sur la manière dont l'agent exerce ses activités syndicales. En l'espèce, les mentions, précédemment relevées, ne feraient qu'éclairer le contexte professionnel, à savoir un changement de la nature des dossiers traités par le réclamant et une réduction de son temps de travail au titre de sa décharge :

« Vous constaterez que les mentions liées à l'activité syndicale de M. X et portées sur le compte-rendu de l'évaluation professionnelle de 2015 n'ont été faites que pour décrire la situation nouvelle de M. X depuis son élection en qualité de représentant syndical et ses conséquences sur son activité de juriste spécialisé dans le contentieux de la fonction publique pour le compte de l'Etablissement (notamment les recours NBI) » (courrier du 27 décembre 2017).

Or, le Défenseur des droits ne partage pas cette analyse de la portée du principe de non-discrimination en raison des activités syndicales.

En vertu de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 précitée, le fait d'exercer une activité syndicale ne doit pas être pris en considération lors de l'évaluation professionnelle de l'agent. Aux termes de l'article 17 de cette même loi, les notes et les appréciations générales attribuées aux fonctionnaires expriment leur valeur professionnelle.

A cet égard, le fait de mentionner l'exercice d'une activité syndicale est dépourvu de tout lien avec la manière dont l'agent exerce ses fonctions durant sa présence dans le service. Dès lors, il n'est pas justifié de faire état, le cas échéant, des responsabilités syndicales de l'agent dans ses évaluations professionnelles.

Dans un arrêt du 4 février 2014, le juge administratif a considéré « *qu'à supposer que les décharges syndicales dont bénéficiait légalement M. F et son handicap physique aient pu nuire à la bonne organisation d'un service de police secours, il appartenait à l'administration [...] d'organiser différemment ses unités en tenant compte des contraintes syndicales et physiques de M. F et non de prendre en compte ces circonstances dans le cadre de l'évaluations de ses mérites professionnels* » (CAA Marseille, 04/02/2014, n° 12MA02071).

De manière analogue, le Conseil d'Etat a jugé que la présence, dans le dossier administratif d'un agent, d'une lettre faisant état de son mandat syndical était injustifiée, considérant que ce document n'était « *pas nécessaire à la gestion de la situation administrative de l'intéressé* » (CE, 25/06/2003, n° 251833).

Il ressort de ce qui précède que l'évaluation professionnelle n'est pas le lieu pour faire état de l'engagement syndical de l'agent et que toute mention en ce sens peut être considérée comme discriminatoire.

En outre, le fait que le ministre compétent, sur la base de l'avis de la commission administrative paritaire nationale, ait rejeté la demande de révision de l'évaluation professionnelle de M. X ne remet pas en cause le caractère discriminatoire des mentions contestées.

L'absence de promotion interne

Les propositions de listes d'aptitude pour l'accès aux corps supérieurs sont arrêtées par le président de l'établissement, après consultation de la CPE, avant d'être soumises à la CAP nationale.

En application de l'article 58 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, les listes d'aptitudes sont établies « *par appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents* ».

Face au nombre important de candidatures et à la difficulté de départager les dossiers des agents, l'établissement a mis en place une méthode pour faciliter l'élaboration d'un classement des candidatures.

Les deux organisations syndicales présentes à la CPE sont invitées à pré-classer les candidatures. En fonction de ce classement, chaque candidature est dotée d'un certain nombre de points. Si l'une des candidatures figure dans les pré-classements de plusieurs parties présentes à la CPE, alors elle bénéficie de points supplémentaires.

Dans les faits, le président de l'établissement suit l'avis de la CPE et les candidatures qui cumulent le plus de points sont inscrites sur la liste d'aptitude, en vue de la CAP nationale.

Lors de la campagne d'avancement professionnel au titre de l'année 2016, le président de l'établissement a décidé de modifier la méthode d'élaboration de la liste d'aptitude pour le corps supérieur, auquel prétendait M. X.

Contrairement à ce que soutient l'établissement dans son courrier du 27 décembre 2017, ce changement de méthode a uniquement été appliqué pour l'élaboration de la liste d'aptitude au corps auquel prétendait M. X. C'est ce qui ressort explicitement du compte rendu de la CPE de l'établissement qui s'est tenue le 8 février 2016 : « *M. Le Président indique que le système de classement par points ne lui apparaît pas applicable sur ce sujet et ne sera donc pas utilisé dans le cadre de l'inscription sur la liste d'aptitude [d'un autre corps] ».*

Surtout, il apparaît que le « système de classement par points » aurait conduit l'établissement à inscrire la candidature de M. X sur la liste d'aptitude soumise, ensuite, à la CAP nationale.

En effet, dans la mesure où la candidature de M. X était proposée en 1^{ère} position par les deux syndicats représentants du personnel, il aurait cumulé plus de points que les autres candidats. Il aurait dû, selon cette méthode, figurer parmi les candidats proposés par l'établissement.

Or, en application de la nouvelle méthode, la candidature de M. X n'a pas été retenue au profit d'autres agents. L'établissement soutient que la méthode appliquée, consistant à étudier les rapports d'aptitude des candidats et le périmètre de leurs fonctions, serait tout à fait objective. En l'espèce, le dossier de M. X serait apparu « *plus neutre et en deçà des autres rapports* » (courrier du 27 décembre 2017), expliquant qu'il n'ait pas été retenu.

Pourtant, si la nouvelle méthode, appliquée exceptionnellement pour l'élaboration de la liste d'aptitude aux corps supérieur, était véritablement plus objective que l'autre méthode de classement par points, alors l'établissement aurait dû l'appliquer pour élaborer les autres listes d'aptitude pour l'accès aux corps supérieurs.

Il apparaît que ce changement soudain de méthodologie ne porte préjudice qu'à M. X et il n'est pas démontré que cette méthode serait véritablement plus objective que l'autre.

L'affectation sur un poste isolé

Le fonctionnaire est titulaire de son grade, mais pas de son emploi. Aussi, l'employeur public peut décider de changer l'affectation d'un agent pour des raisons de service.

Dans un arrêt du 25 septembre 2015, le Conseil d'Etat rappelait que « *les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours ; qu'il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération ; que le recours contre de telles mesures, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination, est irrecevable » (n° 372624).*

La légalité d'une décision ne se mesure donc pas uniquement à l'aune de la gravité de ses effets. Dès lors que la décision est motivée par des considérations discriminatoires, le juge exerce son contrôle de légalité car, quel qu'en soient les effets, une discrimination constitue toujours une atteinte grave à un droit fondamental de l'agent.

En l'espèce, il ressort de l'instruction que la décision de changement d'affectation de M. X traduit une discrimination. En effet, le réclamant est devenu le seul agent chargé d'une mission juridique à exercer ses fonctions hors de la direction des affaires juridiques.

L'établissement ne saurait soutenir qu'il y avait un conflit d'intérêt entre les fonctions de M. X et son engagement syndical dès lors qu'il n'exerçait plus, depuis décembre 2014, de fonctions susceptibles d'entrer en conflit avec ses missions syndicales. Il est devenu d'autant plus facile de prévenir ce risque au regard du champ de compétence élargi de la nouvelle direction juridique.

Aucun élément ne permet de justifier objectivement le fait que M. X ait été écarté de la direction juridique qui avait vocation, selon l'établissement, à réunir toutes les fonctions de support juridique de l'établissement.

Les postes de chargé de mission à la dévolution du patrimoine et de formateur juridique sur lesquels M. X a été successivement affecté relèvent, selon les fiches de poste correspondantes, de la catégorie des affaires juridiques.

Pourtant, il a été affecté hors de la nouvelle direction des affaires juridiques institutionnelles, il n'a été rattaché à aucun service administratif de l'établissement et il a été placé directement sous l'autorité du président de l'établissement.

En cela, on ne saurait considérer que la mesure de changement d'affectation de M. X serait une simple mesure d'organisation du service et surtout, son isolement n'est pas justifié.

La dégradation de l'état de santé du réclamant

L'ensemble des mesures défavorables décrites ci-dessus, dont M. X serait victime depuis son engagement syndical en décembre 2014, a emporté des conséquences sur son état de santé.

Depuis le début de l'année 2015, M. X a été reçu à quatre reprises par le médecin de prévention.

Il est également suivi par le psychologue du travail depuis décembre 2015.

Enfin, il aurait cumulé plus de jours d'arrêt maladie en deux années que tout au long de sa carrière. Il a ainsi été placé en congé de maladie ordinaire du 6 juin 2016 au 5 septembre 2016, du 16 décembre 2016 au 3 janvier 2017, du 14 février 2017 au 24 mars 2017.

On note donc une réelle dégradation de l'état de santé de M. X depuis le début de l'année 2015, concomitamment à la dégradation de ses conditions de travail, ce qui tend à confirmer le lien de causalité entre ces deux constats.

En conclusion, le Défenseur des droits considère que M. X est victime d'un harcèlement discriminatoire en lien avec son activité syndicale au sens de la loi du 13 juillet 1983 et de la loi du 27 mai 2008.

Conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif, tel un harcèlement ou 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).

Dès lors, afin de remédier à cette situation et de rétablir le réclamant dans ses droits, le Défenseur des droits recommande au président de l'établissement :

- de supprimer les mentions discriminatoires de l'évaluation professionnelle de M. X au titre de l'année 2015 ;
- de soumettre la candidature de M. X, pour l'accès au corps supérieur, à l'avis de la commission paritaire d'établissement lors de la prochaine campagne de promotion ;
- d'inclure M. X au sein de la direction des affaires juridiques institutionnelles, compte-tenu de ses fonctions ;
- de l'indemniser pour le préjudice moral subi.

Le Défenseur des droits demande à être tenu informé des suites réservées à ses recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON