

Paris, le 27 juillet 2021

Décision du Défenseur des droits n° 2021-217

La Défenseure 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 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 ;

Saisie par X, alors gardienne de la paix, d'une réclamation relative aux faits de harcèlement discriminatoire dont elle estime avoir fait l'objet de la part de collègues à la suite de son changement d'identité et de sexe et aux refus d'avancement au titre des années 2017 et 2018, en lien notamment avec les préjugés transphobes ;

Décide, en vue de régler la situation exposée ci-après, de recommander au ministère de l'Intérieur de procéder à la réparation du préjudice résultant du harcèlement discriminatoire et des refus d'avancement discriminatoire dont la réclamante a été victime, dès lors que cette dernière en aura fait la demande ;

Au-delà de la situation individuelle de Mme X, eu égard à l'importance de combattre avec la plus grande fermeté le harcèlement discriminatoire, estime nécessaire d'adresser des recommandations générales au ministère de l'Intérieur visant à :

- diligenter une enquête administrative dès que les faits de harcèlement discriminatoire sont signalés ;
- rappeler que les périodes d'absences liées à des congés pour maladie doivent être neutralisées pour apprécier la valeur professionnelle de l'agent lors de son avancement ;
- infliger des sanctions disciplinaires aux agents qui participent à un harcèlement d'ambiance discriminatoire.

La Défenseure des droits demande à être tenu informée des mesures prises conformément à sa recommandation dans un délai de quatre mois à compter de sa notification.

Claire HÉDON

Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, alors gardienne de la paix, affectée au commissariat de sécurité publique de Y qui allègue avoir fait l'objet de faits de harcèlement discriminatoire, en raison de son changement de sexe et d'identité.

Mme X évoque des propos et comportements transphobes¹ de la part de collègues qui ont dégradé ses conditions de travail et altéré son état de santé au point qu'elle a dû être placée en congé de longue durée pour dépression pendant près d'une année entre mars 2016 et janvier 2018. L'intervention de l'association *FLAG !* au sein de son service n'aurait, selon l'intéressée, pas permis de la protéger des attitudes de rejet et de discrimination de la part de certains de ces collègues.

Mme X, qui a été très éprouvée par le contexte de harcèlement transphobe, se plaint de l'absence de promotion au grade de brigadier de police en 2017 et 2018 en dépit des avis favorables émis par ses supérieurs hiérarchiques. L'intéressée indique que des collègues qui ont réussi l'examen professionnel de brigadier après elle et disposant d'une ancienneté moindre ont obtenu leur promotion alors que leurs mérites professionnels n'étaient pas supérieurs aux siens.

Mme X considère que le contexte de harcèlement transphobe explique l'absence de promotion au grade de brigadier de police en 2017 et 2018. Bien qu'elle ait obtenu sa promotion en 2019, l'intéressée a maintenu sa réclamation auprès du Défenseur des droits car elle considère que ses mérites professionnels justifiaient son avancement dès 2017.

Le Défenseur des droits a diligenté une enquête auprès du ministère de l'Intérieur par courriers du 7 novembre 2018 et 29 juillet 2020. Le ministère y a répondu les 28 mars 2019 et 22 novembre 2020.

Le 23 mars 2021, le Défenseur des droits a communiqué au ministère de l'Intérieur une note récapitulative précisant les éléments sur la base desquels il pourrait conclure à une discrimination.

Par lettre datée du 18 mai 2021, le ministère de l'Intérieur a présenté ses observations.

La Défenseure des droits estime que celles-ci ne sont pas de nature à lever la présomption de discrimination retenue dans la note récapitulative et considère que des recommandations doivent être adressées au ministère de l'intérieur de nature à réparer le préjudice subi par Mme X et à prévenir le renouvellement de situation similaire.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

Mme X a été titularisée en tant que gardienne de la paix, le 1^{er} octobre 1987. Après avoir été affectée au sein de la CSP de Z, l'intéressée a été mutée à la CSP de Y au mois de septembre 2001. Elle y exerce des fonctions d'opérateur radio depuis cette date.

En 2011, l'intéressée a entamé un parcours de transition dans le cadre d'un changement de sexe et d'identité qui s'est achevé en septembre 2014, M. X devenant officiellement Mme X.

¹ La 13^{ème} édition du baromètre des discriminations réalisée par le Défenseur des droits et l'OIT souligne que les personnes transgenres apparaissent particulièrement exposées aux préjugés et aux stéréotypes.

Mme X expose que dès l'annonce de sa transition, elle a fait l'objet de propos et de comportements transphobes qu'elle a signalés à sa hiérarchie. C'est dans ce contexte qu'elle a demandé le soutien de l'association *FLAG !* qui est intervenue au sein du commissariat pour sensibiliser et former la hiérarchie et les agents sur le sujet de la transsexualité.

L'intéressée souligne que le climat délétère dans lequel elle a été amenée à exercer ses fonctions l'a conduite à être placée en congé longue durée en raison d'un état dépressif jugé sévère par les médecins, à compter du 25 mars 2016. Elle n'a repris ses fonctions que le 25 janvier 2018.

Mme X, qui indique n'avoir engagé aucune plainte pour harcèlement afin de « *ne pas envenimer les choses et ne pas rendre la situation plus délétère qu'elle ne l'était* », n'exclut pas d'engager un recours indemnitaire concernant les préjudices qui ont résulté du refus de la nommer au grade de brigadier de police au titre des années 2017 et 2018. En effet, si elle a obtenu le grade convoité en 2019, Mme X soutient que ses mérites auraient justifié qu'elle soit promue dès 2017.

Elle verse au dossier l'avis rendu par le médiateur de la police nationale le 17 décembre 2018 qui estime « *compte tenu des manquements répétés au principe d'égalité dont vous avez effectivement été victime au titre des années 2017 et 2018, et au regard de la qualité de votre dossier professionnel, j'é mets l'avis que votre candidature à l'avancement au grade de brigadier de police soit examinée avec une attention toute particulière au titre de l'année 2019, sous réserve des mérites comparés des fonctionnaires remplissant les mêmes conditions* ».

Mme X considère que son avancement en 2017 et en 2018 a été entravé par des préjugés discriminatoires liés à son changement de sexe et d'identité. Elle produit un témoignage qui en atteste.

ANALYSE JURIDIQUE

► *Le cadre juridique et jurisprudentiel*

En vertu de l'article 58 de loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat « *l'avancement de grade a lieu, selon les proportions définies par les statuts particuliers, suivant l'une ou plusieurs des modalités ci-après :1° Soit au choix, par voie d'inscription à un tableau annuel d'avancement, établi par appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents. Soit par voie d'inscription à un tableau annuel d'avancement, établi après avis de la commission administrative paritaire, après une sélection par voie d'examen professionnel ...3° Soit par sélection opérée exclusivement par voie de concours professionnel...* ».

Aux termes de l'article 17 du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires actifs des services de la police nationale « *pour l'établissement du tableau d'avancement de grade qui est soumis à l'avis des commissions administratives paritaires, il est procédé à un examen approfondi de la valeur professionnelle des agents susceptibles d'être promus compte tenu des notes obtenues par les intéressés, des propositions motivées formulées par les chefs de service et de l'appréciation portée sur leur manière de servir. Cette appréciation prend en compte les difficultés des emplois occupés et les responsabilités particulières qui s'y attachent ainsi que, le cas échéant, les actions de formation continue suivies ou dispensées par le fonctionnaire et l'ancienneté* ».

Par ailleurs, l'article 12 du décret n° 2004-1439 du 23 décembre 2004 portant statut particulier du corps d'encadrement et d'application de la police nationale prévoit les conditions statutaires que les gardiens de la paix doivent remplir pour pouvoir prétendre à une inscription au tableau d'avancement pour le grade de brigadier de police.

Ainsi, « *Peuvent être inscrits au tableau d'avancement pour l'accès au grade de brigadier de police :1-1. Les gardiens de la paix qui comptent, au 1er janvier de l'année pour laquelle le tableau d'avancement a été arrêté, quatre ans de services effectifs depuis leur titularisation dans ce grade, et qui, soit ont reçu par arrêté interministériel la qualité d'officier de police judiciaire, soit ont satisfait aux obligations d'un examen professionnel dont le contenu et les modalités sont fixés par arrêté du ministre de l'intérieur et du ministre chargé de la fonction publique ;1-2. Dans la limite du dixième de l'ensemble des promotions de grade de l'année à réaliser au titre du présent article, les gardiens de la paix affectés dans l'un des secteurs ou unités d'encadrement prioritaire, ayant satisfait aux obligations d'un examen professionnel dont le contenu et les modalités sont fixés par arrêté du ministre de l'intérieur et du ministre chargé de la fonction publique, et qui comptent, au 1er janvier de l'année pour laquelle le tableau d'avancement a été arrêté, soit quatre ans au moins de services effectifs depuis leur titularisation dans ce grade dont une année au moins dans un des secteurs ou unités d'encadrement prioritaire, soit six années au moins de services effectifs depuis leur titularisation ;2. Dans la limite du neuvième de l'ensemble des promotions de grade de l'année à réaliser au titre du présent article, les gardiens de la paix qui, au 1er janvier de l'année pour laquelle le tableau d'avancement a été arrêté, comptent douze ans de services effectifs depuis leur titularisation dans ce grade ;3. Les gardiens de la paix qui comptent, au 1er janvier de l'année pour laquelle le tableau d'avancement a été arrêté, dix ans au moins de services effectifs depuis leur titularisation dans ce grade, accomplis intégralement dans les secteurs classés difficiles définis par arrêté du ministre de l'intérieur ; 4. Les gardiens de la paix âgés de cinquante-quatre ans et demi au moins au cours de l'année considérée, qui comptent au moins deux ans de services effectifs dans l'échelon terminal de leur grade ».*

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la valeur professionnelle doit guider l'appréciation de l'administration lors de l'examen des dossiers des agents candidats à un avancement de grade de brigadier de police.

S'il est exact que le juge administratif ne contrôle pas le choix effectué par l'administration des agents qu'elle choisit d'inscrire ou de pas inscrire au tableau ce n'est qu'à la condition que ce choix ne soit pas fondé sur des faits matériellement inexacts et ne soit entaché ni d'une erreur de droit, ni d'une erreur manifeste d'appréciation (CE, n° 48018, 6 mars 1987).

Constitue une erreur de droit, le fait pour l'administration de s'être fondé sur le critère de la valeur professionnelle dès lors qu'il est établi que le refus d'avancement n'est pas justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En effet, 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 politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race ».*

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 prohibe également toute discrimination en matière de promotion professionnelle.

L'article 1^{er} de cette loi définit la discrimination directe comme : « *la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, 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* ».

Enfin, il doit être précisé que la personne qui estime faire l'objet d'une discrimination bénéficie d'un principe d'aménagement de la charge de la preuve, prévu par l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée : « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales* ».

► *Sur le refus d'avancement au grade de brigadier de police de Mme X*

En ce qui concerne le contexte de harcèlement discriminatoire

Mme X expose que les refus d'avancement en 2017 et 2018 s'inscrivent dans un contexte de harcèlement lié à son changement de sexe et d'identité. L'intéressée explique que sa transformation physique en personne de sexe féminin a été vécue pour un certain nombre de collègues comme mettant à mal l'image de la police nationale et entraîné de la part de ces derniers des réactions fortes de rejet qui ont porté atteinte à sa dignité et dégradé ses conditions de travail et sa santé.

Le ministère de l'Intérieur reconnaît que Mme X a pu faire l'objet « *de réflexions pesantes et de moqueries de la part de certains collègues* ».

Le ministère produit un courrier du 24 octobre 2012 de la commissaire divisionnaire de la CSP de Y, Mme A, qui décrit au directeur départemental de la sécurité publique, les réactions des fonctionnaires à l'annonce par Mme X de sa transidentité: « *5 % des fonctionnaires très compréhensifs, 5 % de fonctionnaires dans un rejet total et très critiques vis-à-vis d'une hiérarchie qui cautionne, laisse faire et écorne l'image de l'institution et 90 % de fonctionnaires perplexes, indifférents ou moqueurs. Le niveau de patience et de compréhension de ces 90% est très fragile. Ces fonctionnaires ne connaissent pas la position officielle de l'administration et peuvent penser que la hiérarchie locale est laxiste. Ils sont désabusés face à une situation exceptionnelle et méconnue. A leurs yeux, ce fonctionnaire est un homme déguisé en femme, et ils craignent les répercussions pour l'image du service et de la police nationale* ».

Mme X a porté plainte, le 3 octobre 2012, à la suite du commentaire laissé par un collègue sur le blog qu'elle tenait. Les propos de ce collègue, resté anonyme, sont les suivants « *Tu fais honte à la police et au drapeau national. J'espère que tu vas mourir pendant ton opération. Un collègue outré* »

S'il apparaît que la hiérarchie locale a bien réagi en considérant Mme X comme une agente dès l'annonce de sa transition et accepté que l'association FLAG ! intervienne au sein de la CSP pour sensibiliser les agents à la question de la transidentité, il y a lieu de s'interroger sur

l'efficacité des « rappels à l'ordre » évoqués par le ministère dans son courrier dès lors que les comportements discriminatoires à l'encontre de la réclamante ont perduré.

En effet, Mme X a été placée en congé longue durée pour dépression entre mars 2016 et janvier 2018 et il ressort des rapports médicaux établis par des médecins psychiatres agréés que l'environnement de travail constitue bien l'une des causes de l'épuisement professionnel de l'intéressée. Dans le rapport rédigé le 12 décembre 2016, l'expert psychiatre indique « *elle s'attendait à une certaine incompréhension mais pas à tant de virulence. C'est en effet, depuis, menaces de mort, évitement, d'autant plus de la part des collègues et des amis avec qui elle avait été proche (...). Cela fait maintenant six ans que cela dure, Mme X présente un épuisement face à cette situation d'autant qu'en tant que chef de groupe, la situation s'est aggravée au point que sur le plan professionnel, cela lui porte préjudice (...). Il semble que ce soit en effet l'accumulation des difficultés, Mme X pensant que ses collègues « se lasseraient » et la majoration de ces conséquences professionnelles qui entraînent une décompensation dépressive nette avec une grande tristesse, une souffrance morale importante, des insomnies avec des ruminations sur un fond d sentiment d'impasse et l'idée de ne pas trouver une solution (...). Madame X souffre d'un état dépressif sévère, justifiant d'une impossibilité de retour au travail dans les conditions actuelles et de la prolongation du congé maladie ordinaire ».*

Ces éléments tendent à montrer que l'intéressée a été amenée à exercer ses fonctions dans un environnement de travail intimidant voire hostile durant plusieurs années et tendent également à souligner la responsabilité de l'administration au regard de son obligation de sécurité en matière de protection de la santé de ses agents.

La réclamante qui a dénoncé les comportements de certains de ses collègues et porté plainte pour injures et menaces de mort n'a pas été informée qu'elle pouvait prétendre au bénéfice de la protection fonctionnelle.

Dans sa réponse à la note récapitulative, le ministère soutient qu'aucun rapport concernant les menaces de mort ne figuraient dans le dossier administratif de Mme X. Toutefois, dans la mesure où la réclamante a déposé sa plainte auprès du commissariat où elle exerçait ses fonctions, il semble difficile d'admettre que sa hiérarchie de proximité n'ait pas été informée des motifs de sa plainte et des soupçons pesant sur son entourage professionnel. Or, aucune enquête interne n'a été diligentée pour tenter de rechercher l'auteur de ce message haineux.

En tout état de cause, l'administration qui avait connaissance du climat de harcèlement puisqu'elle confirme les moqueries et réflexions liées à son changement d'identité et de sexe dont Mme X a été victime n'explique pas les raisons pour lesquelles elle n'a pas jugé opportun d'engager une enquête administrative pour apprécier la nature et la gravité des comportements des fonctionnaires au regard de leurs obligations déontologiques et examiner les effets de ces agissements sur la situation de la réclamante que ce soit sur ses conditions de travail et sur son état de santé.

La Défenseure des droits considère qu'un agent qui contribue avec d'autres agents à créer un environnement hostile par son propos ou son comportement transphobe doit être sanctionné disciplinairement, alors même qu'il n'a pas agi de façon répétée ainsi que le prévoit l'article 222-33 du code pénal pour le harcèlement sexuel.

Enfin, l'administration, tenue à une obligation de sécurité, est aussi responsable de la faute de ses agents lorsqu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions des faits de harcèlement. Tout agent victime peut demander réparation tant à l'auteur devant le juge judiciaire qu'à l'administration devant le juge administratif, sans avoir à établir une faute de service distincte (CE, 26 juillet 1918, Epoux Lemonnier, Rec. p. 761).

Aussi, la Défenseure des droits considère que Mme X s'est vue imposer de la part de ses collègues des agissements discriminatoires qui ont créé un environnement hostile et offensant de nature à constituer une discrimination au sens de l'article 1er alinéa 3 de la loi n° 2008-496 précitée.

En ce qui concerne l'appréciation de la valeur professionnelle de Mme X

Dans une décision rendue le 13 janvier 2010 (n° 314923), le Conseil d'Etat a pris en compte le « *contexte de harcèlement à connotation raciste* » dans lequel un gardien de police avait réalisé son stage pour annuler le refus de sa titularisation de la commune. Il a considéré que « *les circonstances du déroulement du stage n'avaient pas permis que soient appréciées les capacités professionnelles* » du requérant.

Dans le cas d'espèce, la question qui se pose est celle de savoir si les mérites professionnels de l'intéressée ont été appréciés sur la base d'éléments objectifs, tels que ceux rappelés à l'article 17 du décret n° 95-654 précité, ou si des considérations discriminatoires ont prévalu pour écarter Mme X de son avancement en 2017 puis en 2018.

Sur le refus d'avancement en 2017

La Défenseure des droits s'est interrogée dans sa note récapitulative sur les circonstances qui ont entouré la décision prise par le ministère de l'intérieur en 2017. En effet, le ministère a privilégié l'avancement de M. B, non proposé par le chef de service et la CAP . en octobre 2016 mais bénéficiant d'un soutien syndical sur la base de critères discriminatoires.

En effet, lors de CAP ., le représentant du personnel a exprimé sa préférence pour M. B de la façon suivante : « *je propose que pour le département du Morbihan, M. Jean-Pierre B remplace Mme X sur le rang complémentaire. En effet, M. B est assidu au travail tandis que Mme X compte de nombreux arrêts maladie ces dernières années. Ainsi, il estime que promouvoir Mme X pourrait envoyer un mauvais signe aux fonctionnaires, même s'il ne juge évidemment pas sa situation sur le plan médical* ».

L'administration locale a maintenu son choix de proposer Mme X en expliquant au représentant du personnel : « *il est difficile de pénaliser une personne pour des arrêts médicaux, qui plus est dûment constatés (...) M. B est un bon fonctionnaire mais il n'a pas été classé cette année. Concernant Mme X, [l'administration] explique que c'est un cas particulier mais qu'elle totalise 29 ans d'ancienneté depuis sa titularisation contre 12 ans pour M. B, ce qui constitue un écart très important. Il indique que la direction départementale de sécurité publique du Morbihan a pris en compte en toute objectivité la valeur professionnelle de Mme X qui donne satisfaction au CIC et qui se situe dans la bonne moyenne à la CSP Y (...). Il précise que Mme X n'étant pas syndiquée, personne ne la soutient, et confirme le choix du directeur de la classer en rang complémentaire* ».

Toutefois, l'avis de la hiérarchie de proximité n'a pas été suivi par le ministère de l'intérieur qui a expliqué dans un premier temps que « *M. B bénéficiait toutefois d'une notation sensiblement supérieure à celle de Mme X puisqu'il a été noté « 6 » depuis 2014 et a été jugé en progrès en 2015 alors que Mme X a également été noté au niveau « 6 » en 2014, 2015 et 2016 mais jugé stable ces trois années de son évolution* ».

La Défenseure des droits a souligné dans la note récapitulative qu'elle n'était pas convaincue par l'argumentation développée par le ministère. En effet, elle relève que Mme X est notée au niveau « 6 » depuis 2013 et que sa notation n'est pas inférieure à celle de M. B. En 2016, le supérieur de M. B le juge d'ailleurs « *stable* » contrairement à 2015 et le directeur départemental de la sécurité publique ne l'a pas proposé à la promotion de brigadier.

A l'instar des éléments retenus par l'administration de proximité pour écarter la candidature de M. B, le médiateur interne de la police nationale considère dans son avis rendu le 17 décembre 2018 que « (...) [M. B] bénéficiait d'une notation comparable mais d'une ancienneté très nettement inférieure à [celle de Mme X], ce dernier critère restant une composante de l'expérience et, par voie de conséquence, de la valeur professionnelle ».

Le médiateur a aussi souligné : « Par ailleurs, sa candidature n'a pas été proposée par la CAP. du 14 octobre 2016 alors que la vôtre avait été retenue en rang complémentaire » pour conclure « Dès lors en l'absence tant de justification précise des nécessités de service que d'éléments objectifs tirés de la situation personnelle de M. B qui justifierait la préférence de l'administration pour cet agent, le traitement de votre dossier est intervenu en violation du principe d'égalité et la promotion de ce fonctionnaire doit être regardée comme intervenue à votre détriment ».

Dans ses dernières observations, le ministère de l'Intérieur explique que la valeur professionnelle de M. B est avérée ce qui ne permet toutefois pas de justifier qu'elle était d'un niveau supérieur à celle de la réclamante.

En effet, si l'on s'attache à examiner les candidatures respectives de Mme X et de M. B au regard des critères énumérés à l'article 17 du décret n° 95-654 du 9 mai 1995 précité, la valeur professionnelle de la réclamante se distingue de celle de M. B à plusieurs égards. En effet, Mme X a été proposée par le directeur départemental, son supérieur hiérarchique ainsi que par la CAP. contrairement à M. B. De plus, son ancienneté dans le grade de gardien de la paix était aussi plus importante.

L'opacité de la procédure de sélection au niveau de la CAP nationale du 30 mars 2017 ne permet pas de comprendre le choix du ministère en faveur de M. B.

Ainsi, invité à expliciter les critères objectifs qui avaient prévalu, le ministère a indiqué dans sa lettre du 22 novembre 2020, « le procès-verbal de cette commission nationale ne permet pas de connaître les raisons pour lesquelles ses membres en ont décidé ainsi et la direction générale de la police nationale, interrogée à ce sujet, ne dispose pas davantage d'information ».

Puis dans ses dernières observations, le ministère a fait valoir que le dossier de M. B « [avait] été signalé lors de la commission administrative paritaire nationale « avancement de grade » 2017 » sans autre précision.

Dans ce contexte, l'analyse développée dans la note récapitulative selon laquelle le ministère a privilégié la candidature de M. B en raison d'un soutien syndical lors de la CAP nationale, n'est pas remise en cause.

Dans son rapport 2017, le médiateur interne de la police nationale consacre un développement spécifique aux interventions des organisations syndicales qui ne seraient pas motivées par la valeur professionnelle ou une situation particulière des agents soutenus : « l'analyse des saisines du médiateur en 2017 démontre que la prise en compte des interventions perdure et demeure source d'injustice et d'amertume profonde chez les agents. Ce dysfonctionnement avait déjà été souligné dans les rapports 2013, 2014 et 2015 du médiateur. La pratique qui consiste à accueillir les interventions, provenant pour un certain nombre d'entre elles des organisations syndicales mais aussi de différentes autorités administratives ou politiques, et à promouvoir ou à muter les agents sur le seul fondement de ce soutien circonstanciel et non sur le fondement de critères objectifs et transparents, continue à produire des effets néfastes. Outre son caractère illégal et discriminatoire, elle mine la confiance des policiers dans leurs institutions : hiérarchie administrative ou représentants syndicaux. Il est donc nécessaire de mettre en œuvre des outils objectifs et transparents dans les procédures de gestion afin de

respecter le principe d'égalité. Il n'est pas possible d'exiger un comportement exemplaire des policiers si l'administration ne l'est pas elle-même dans sa gestion ».

En l'espèce, lors de la CAP, le représentant du personnel a explicitement demandé à ce que la candidature de Mme X soit écartée, au profit de celle de M. B, en se fondant sur « *les nombreux arrêts maladie* » de la réclamante. La hiérarchie de proximité a aussi indiqué : « *Mme X n'étant pas syndiquée, personne ne la soutient, et confirme le choix du directeur de la classer en rang complémentaire* ».

Pourtant, les agents en congé de maladie conservent leur droit à l'avancement (CE, 17 octobre 1990, n° 73922).

Par ailleurs, l'absence d'activité ou d'appartenance syndicale ne peut entraîner un traitement défavorable en matière de promotion. En effet, la liberté d'adhérer au syndicat de son choix garantie par l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 a pour corollaire la liberté de ne pas adhérer à un syndicat (CEDH, n° 7601/76).

De plus, selon la Défenseure des droits, le choix de promouvoir M. B, candidat « *plus conforme* » à l'image que certains se font de la police nationale a pu être privilégiée par le ministère lors de la CAP nationale afin de répondre à la demande aux représentants syndicaux et « *aux agents très critiques vis-à-vis d'une hiérarchie qui cautionne, laisse faire et écorne l'image de l'institution* » selon les termes employés dans une note du 24 octobre 2012 par la commissaire divisionnaire, Mme A.

L'attestation de M. C, brigadier-chef de police, souligne ainsi l'intérêt pour l'administration et les syndicats, de ne pas froisser des agents hostiles à Mme X: « *[j'] atteste sur l'honneur avoir rapporté voici quelques mois à Madame X lors d'une discussion concernant son avancement au grade de brigadier de police le fait qu'au vu des troubles créés autour de sa personne par les collègues de son service qu'un syndicat ou la hiérarchie ne prendrait pas fait et cause pour cette dernière tout en sachant que cela pourrait « courroucer » les fonctionnaires qu'elle « gênait ». Cette réflexion se basait sur mon expérience personnelle et des conversations que j'avais pu avoir avec différents collègues à ce sujet* ».

Dans ces circonstances, dès lors que les mérites professionnels de Mme X apparaissent supérieurs à ceux de M B, la Défenseure des droits estime que la réclamante a subi, en 2017, un traitement défavorable en matière d'avancement fondé sur un cumul de critères discriminatoires en violation des dispositions précitées.

Sur le refus d'avancement en 2018

Le ministère de l'Intérieur a été invité à transmettre les pièces permettant de justifier des mérites professionnels des trois collègues promus en 2018, à savoir Messieurs D et F et Mme G.

En effet, dans son avis du 17 décembre 2018, le médiateur interne de la police nationale a procédé à l'analyse comparée des mérites de Mme X avec les trois collègues précités et considéré que l'administration n'apportait « *aucun élément objectif de nature à justifier ses préférences pour l'inscription de ces fonctionnaires au tableau d'avancement alors qu'elle a écarté votre candidature pourtant meilleure. Il est dès lors manifeste que ces nominations sont intervenues en violation du principe d'égalité de traitement entre fonctionnaires appartenant au même corps et vous porte préjudice* ».

Il résulte de l'examen des pièces transmises par le ministère que M. D avait un niveau de notation comparable (6) à celui de Mme X mais que son ancienneté (titularisé en 1993) était inférieure à celle de l'intéressée (titularisée en 1987). De plus, l'appréciation des mérites de

M. D ne semble pas le démarquer et expliquer que sa candidature ait été préférée à celle de Mme X pour la promotion de brigadier en 2018. Ainsi, son supérieur indique sur son évaluation au titre de l'année 2017 : « *le sous brigadier D est affecté au CIC depuis 3 ans. Il se perfectionne d'années en années dans son travail d'opérateur, apprenant de mieux en mieux les différentes procédures, gérant au mieux le réseau radio en fonction des événements et des effectifs. De fort caractère, il est ponctuel et de tenue irréprochable. Les différents stages proposés dans le domaine des transmissions lui seront utiles pour sa progression et son efficacité professionnelle. Titulaire des qualifiantes brigadier, il est apte à des fonctions plus importantes. Le sous-brigadier D aspire à une affectation au sein du GSP. Invité à poursuivre ainsi* ». L'appréciation qui a été faite sur le travail de Mme X pour l'année 2016, citée plus avant, apparaît plus élogieuse (notamment « opératrice confirmée », « elle mérite amplement l'accès au grade de brigadier »).

S'agissant de M. F et de Mme G, ces derniers ont été proposés par la CAP. Toutefois, leur notation en 2017 (5) est inférieure à celle de la réclamante (6). De plus, pour Mme G, il convient de relever que sa note a diminué en 2017 et que son supérieur hiérarchique indique qu'elle est apte à des fonctions plus importantes « *à terme* » et qu'elle « *doit poursuivre ses efforts* ».

Quant à M. F, noté 5 et « *stable* » depuis 2014, l'appréciation de son supérieur au titre de 2017 est la suivante : « *soucieux du bon fonctionnement du service a accepté de prendre en charge de nouvelles fonctions au sein de son unité (...). Élément consciencieux et organisé dans son travail. Détenteur des unités de valeur depuis 2009 mérite d'être proposé au grade de brigadier* ».

Au vu de sa notation depuis 2014, des appréciations de ses supérieurs et du fait que sa candidature ait été proposée par le directeur départemental de la sécurité publique et classée par la CAPI. En 2016, la valeur professionnelle de Mme X semble supérieure à celles de M. F et de Mme G. Cette analyse, développée dans la note récapitulative, n'a pas été contestée par le ministère dans ses ultimes observations.

En revanche, le ministère conteste que l'absence prolongée de Mme X entre 2016 et 2018 a été prise en compte défavorablement lors de l'examen de sa promotion. Toutefois, selon les explications du ministère, M. F et Mme G ont été proposés par le chef de service « *notamment compte tenu de leur activité sur l'année écoulée* » tandis que « *l'absence d'appréciation littérale* » sur l'activité professionnelle de Mme X qui avait été absente toute l'année 2017 a été prise en compte par le directeur départemental pour ne pas la proposer.

Un agent en congé de maladie conserve son droit à l'avancement de grade. Pour que ce droit soit effectif, l'administration ne pouvait donc pas prendre en compte, défavorablement, l'absence d'appréciation de l'activité professionnelle de Mme X pour 2017.

En effet, il était tout à fait loisible à l'administration de s'appuyer sur les appréciations littérales qui figuraient sur les évaluations professionnelles de Mme X des années précédentes et de les comparer à celles des autres agents précités.

En privilégiant des candidats, pourtant moins bien notés, « *compte tenu de leur activité sur l'année écoulée* », la Défenseure des droits estime que le ministère a traité de manière défavorable Mme X pour des motifs liés à son absence pour congé maladie, ce qui constitue une discrimination en lien avec le critère prohibé de l'état de santé.

Par ailleurs, tout comme en 2017, la Défenseure des droits estime que l'absence de soutien syndical et les préjugés transphobes d'une partie des fonctionnaires de police ont pu exercer une influence sur la décision du ministère, considérée comme « *un cas particulier* » comme l'a relevé le représentant de l'administration lors de la CAP. en octobre 2016, pour l'évincer en 2018 au profit agents moins méritants.

Bien que Mme X a été promue brigadière de police le 1^{er} juillet 2019, il résulte de l'analyse qui précède que l'intéressée aurait dû être promue dès 2017.

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).

En conséquence, afin de remédier à cette situation et réparer les préjudices subis par Mme X, la Défenseure des droits recommande au ministère de l'Intérieur d'accorder le bénéfice de la protection fonctionnelle à Mme X et de procéder à la réparation du préjudice matériel et moral résultant des faits de harcèlement discriminatoire et des refus de promotion discriminatoires dont la réclamante a été victime, dès lors que cette dernière en aura fait la demande ;

Au-delà de la situation individuelle de Mme X, eu égard à l'importance de combattre avec la plus grande fermeté le harcèlement discriminatoire, la Défenseure des droits estime nécessaire d'adresser des recommandations générales au ministère de l'Intérieur visant à :

- diligenter une enquête administrative dès que les faits de harcèlement discriminatoire sont signalés ;
- rappeler que les périodes d'absences liées à des congés pour maladie ne peuvent être prises en compte défavorablement et qu'elles doivent être neutralisées pour prendre en compte l'activité professionnelle de l'agent avant son absence pour congé maladie ;
- infliger des sanctions disciplinaires aux agents qui participent à un harcèlement d'ambiance discriminatoire.

Claire HÉDON