

Paris, le 22 septembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-251

La Défenseure des droits,

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment son article 71-1 ;

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° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;

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° 2012-522 du 20 avril 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des lieutenants de sapeurs-pompiers professionnels ;

Saisie par Monsieur X, sapeur-pompier professionnel qui estime que sa candidature sur un poste d'officier d'un centre de secours n'a pas été retenue en raison de ses activités syndicales ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, auprès duquel a été introduite une requête indemnitaire.

Claire HÉDON

Observations devant le tribunal administratif de Z en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X, sapeur-pompier professionnel au service départemental d'incendie et de secours (SDIS) de Y, qui estime avoir fait l'objet d'un traitement défavorable en matière de promotion professionnelle, lié à ses activités syndicales.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Monsieur X exerce actuellement comme sous-officier de garde au centre de secours principal (CSP) de Y.

Il est par ailleurs représentant du personnel, secrétaire de la section départementale syndicale SDIS depuis 2017. Il siège en tant que représentant titulaire au comité technique et à la commission administrative paritaire du SDIS de Y.

Adjudant-chef depuis 2016, Monsieur X a, le 20 février 2020, réussi le concours interne de lieutenant de 2^e classe. Inscrit sur la liste d'aptitude à ce grade, il a présenté en mars 2020 plusieurs candidatures, dont l'une pour le poste d'officier proposé au centre de secours (CS) de W.

Le 15 avril 2020, il a participé à un entretien de recrutement pour ce poste. Il explique qu'au cours de cet échange, de nombreuses interrogations auraient porté sur sa capacité à se positionner comme cadre au regard de ses fonctions syndicales.

Le réclamant produit également une note du 20 avril 2020, adressée par le chef du pôle des ressources humaines du SDIS de Y au directeur départemental, dans laquelle il est indiqué que « *Les membres de la commission de recrutement se sont accordés sur la qualité de son entretien mais s'interrogent sur sa faculté à dissocier les fonctions liées à son mandat syndical des missions relevant d'un officier de centre.*

Par ailleurs, au regard de la position qui fut la sienne durant la période de grève, ayant occasionné des difficultés de gestion des personnels de la part des officiers, il convient de s'interroger sur la manière dont pourrait être pressentie cette nomination par ces mêmes officiers, tout en considérant, à l'inverse qu'une fin de non-recevoir à sa candidature pourrait être perçue comme de la discrimination syndicale ».

Le 8 juin 2020, sa candidature a été rejetée. En l'absence d'autre candidature, le poste n'a alors pu être pourvu.

Préalablement à cette décision, il avait, le 13 mai 2020, été reçu en entretien par le directeur départemental. Ce dernier lui aurait confirmé qu'il n'avait pas proposé au président du conseil d'administration du SDIS sa nomination au vu de son comportement durant les manifestations organisées en 2019, la hiérarchie craignant un possible manque de loyauté de sa part.

À la suite de cet entretien, Monsieur A, membre de la fédération INTERCO syndicale, a, le 17 mai 2020, proposé une médiation au directeur du SDIS, estimant que le rejet de cette candidature présentait un caractère discriminatoire. Cette proposition de règlement amiable n'a pas abouti favorablement.

Le 15 juin 2020, l'intéressé a présenté une seconde candidature au même poste, pour laquelle il a été reçu par la commission de recrutement le 24 juin 2020.

Le 8 juillet 2020, le président du conseil d'administration du SDIS a rejeté cette nouvelle candidature au motif que « *le choix s'est porté sur un candidat dont la formation et l'expérience sont plus en adéquation avec le profil recherché* ». Le poste d'officier proposé au centre de secours de W a finalement été pourvu en juillet 2020 par Monsieur B, lauréat du même concours interne, qui était précédemment affecté au SDIS de S.

C'est dans ce contexte que Monsieur X, estimant avoir été victime d'un traitement défavorable en raison de ses activités syndicales, a saisi le Défenseur des droits.

Postérieurement au dépôt de cette réclamation, il a, par l'intermédiaire de son conseil, adressé le 7 janvier 2021 une demande indemnitaire préalable à l'administration, sollicitant la réparation des préjudices qu'il estime avoir subis du fait du refus litigieux.

Le 29 mars 2021, le SDIS de Y a, par l'intermédiaire de son conseil, rejeté cette demande au motif, notamment, que ses décisions « *ont toujours été fondées sur des critères objectifs totalement étrangers à l'activité syndicale de Monsieur X, celui-ci ne pouvant affirmer avoir été victime d'une quelconque discrimination* ».

Le 7 mai 2021, cet agent public a saisi le tribunal administratif de Z d'une requête sollicitant, notamment, l'indemnisation des préjudices qu'il estime avoir subis en lien avec les faits de discrimination allégués.

MESURES D'INSTRUCTION RÉALISÉES PAR LE DÉFENSEUR DES DROITS

Par courrier du 18 août 2020, le Défenseur des droits a, sur le fondement de ses compétences en matière de lutte contre les discriminations dans la fonction publique, ouvert une instruction auprès du président du conseil d'administration du SDIS de Y, demandant la transmission d'un certain nombre de pièces et informations.

Après relance le 26 novembre 2020, l'administration a, le 4 janvier 2021, transmis les documents sollicités et fait part de ses observations sur ce dossier. En outre, en réponse à la demande du Défenseur des droits d'obtenir communication des évaluations professionnelles du candidat retenu sur le poste d'officier au CS de W, elle a précisé que le dossier individuel de cet agent, Monsieur B, recruté par la voie du détachement, était conservé par son administration d'origine, le SDIS de S.

Le Défenseur des droits s'est alors rapproché de cet autre établissement public afin d'obtenir la communication des comptes rendus des évaluations professionnelles de Monsieur B. Ces documents ont été transmis le 26 février 2021 par le président du conseil d'administration du SDIS de S.

Le 16 avril 2021, le Défenseur des droits a informé le SDIS de Y qu'au vu des éléments recueillis dans le cadre de son instruction, il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination prohibée par la loi. Une « note récapitulative », formalisant la position provisoire de l'institution, a été portée à la connaissance de l'administration.

En vertu du principe de l'aménagement de la charge de la preuve s'appliquant dès lors qu'un agent public s'estime victime de discrimination, l'administration a été invitée à transmettre, dans un délai de deux mois à compter de la réception de cette note récapitulative, tout élément nouveau (éléments de fait, pièces et observations) qu'elle estimerait utile de porter à la connaissance de l'institution avant qu'une position définitive ne soit arrêtée sur cette réclamation.

Au terme de cette instruction contradictoire, le Défenseur des droits entend présenter des observations devant le tribunal administratif de Z, sur la base de l'analyse présentée au SDIS le 16 avril 2021 et à laquelle celui-ci n'a pas répondu.

ANALYSE DE LA RÉCLAMATION

Sur le principe de liberté de la preuve en matière de discrimination

Dans sa requête introductive d'instance, Monsieur X indique qu'une copie de la note précitée du 20 avril 2020 a été récupérée sur un photocopieur.

Dans sa correspondance adressée le 4 janvier 2021 au Défenseur des droits, le président du conseil d'administration du SDIS soutient ne pas avoir eu connaissance de cette note et fait valoir que ce document « *adressé à l'attention exclusive d'un supérieur hiérarchique fait l'objet d'une diffusion par le biais du logiciel de courrier Acropolis sous la forme d'un courrier réservé. Dès lors, Monsieur X n'aurait pu obtenir ladite note qu'en méconnaissance de l'article 226-15 du code pénal relatif au secret des correspondances (...)* ».

Sur ce point, il convient de rappeler que, pour faire présumer de l'existence d'une discrimination prohibée par la loi, une personne peut soumettre toutes sortes de pièces, documents, sources, informations ou encore indices, sans considération des circonstances dans lesquelles ces faits ont été recueillis. Pour décider des suites à apporter à une réclamation, le Défenseur des droits se prononce au vu de l'ensemble des pièces et informations qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité.

Le principe de liberté de la preuve s'applique également à la procédure juridictionnelle.

Le Conseil d'État a déjà jugé, par exemple, qu'un tribunal administratif ne commet pas d'erreur de droit en se fondant sur une pièce confidentielle irrégulièrement soustraite à son auteur dès lors qu'elle avait pu être discutée contradictoirement par les parties¹. Comme le rappelait le conseiller d'État Patrick FRYDMAN dans une étude publiée en 2015, le juge administratif « *fait ainsi primer la libre discussion de la preuve sur l'examen des conditions dans lesquelles celle-ci a été obtenue* »².

Ce principe vaut à plus forte raison lorsque le requérant allègue avoir été victime de discrimination, eu égard aux difficultés propres à l'établissement des preuves en ce domaine. La liberté de la preuve constitue le corollaire nécessaire du principe de l'aménagement de la charge de la preuve.

Monsieur X a pu régulièrement communiquer cette pièce au Défenseur des droits et la transmettre au tribunal administratif afin qu'elle soit soumise au débat contradictoire entre les parties.

La discussion sur les circonstances exactes dans lesquelles la note du 20 avril 2020 a été portée à la connaissance de Monsieur X est donc sans influence sur l'appréciation du caractère discriminatoire de la décision administrative contestée.

Sur l'interdiction d'une discrimination liée aux activités syndicales dans la carrière des agents publics

1. Sur le droit syndical reconnu aux sapeurs-pompiers professionnels

¹ CE, sous-sections réunies, 8 novembre 1999, *Élection cantonale de Bruz*, req. n° 201966.

² Patrick FRYDMAN, « Le principe de loyauté de la preuve devant le juge administratif », *Procédures*, n° 12, décembre 2015, p. 26.

Aux termes des dispositions du sixième alinéa 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* ».

L'article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pose le principe selon lequel les agents publics « *peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats (...)* ».

Seule une disposition contraire peut exclure l'exercice du droit syndical consacré par le sixième alinéa du préambule de la constitution de 1946 et l'article 8 du titre premier du statut général des fonctionnaires.

C'est sur le fondement d'une disposition expresse que, par exemple, le droit de constituer des groupements professionnels à caractère syndical est refusé aux militaires³. Les militaires de la brigade des sapeurs-pompiers de Paris (BSSP) et du bataillon de marins pompiers de Marseille (BMPM) ne disposent ainsi pas du droit syndical.

Tel n'est pas le cas pour les sapeurs-pompiers professionnels, qui bénéficient bien du droit syndical reconnu aux fonctionnaires par l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983. Il en est d'ailleurs de même pour les sapeurs-pompiers volontaires, comme l'a récemment réaffirmé le Conseil d'État⁴.

Dès lors que ces agents peuvent être régulièrement investis de mandats syndicaux, ils ne sauraient être victimes d'un traitement défavorable lié à leurs activités syndicales.

2. Sur l'impossibilité de traiter différemment un agent public sur le fondement de ses seules activités syndicales

L'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pose un principe de non-discrimination, directe ou indirecte, à l'égard des fonctionnaires en raison, notamment, de leurs opinions syndicales.

En outre, 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, en son article 1^{er}, 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* ».

Il résulte de l'article 2 de la même loi que « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière (...) d'accès à l'emploi (...) ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle.*

Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (...) ».

Comme l'indique expressément l'article 5 de la même loi, ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des employeurs, publics et privés. Les fonctionnaires territoriaux ne peuvent dès lors subir de discrimination, directe ou indirecte, notamment dans leur évolution de carrière.

Sur le cadre applicable à la nomination d'un agent inscrit sur la liste d'aptitude au grade de lieutenant de 2^e classe de sapeur-pompier professionnel

1. Sur le rappel des règles au vu desquelles Monsieur X a été inscrit sur liste d'aptitude

³ Article L. 4121-4 du code de la défense.

⁴ Voir notamment CE, chambres réunies, 12 mai 2017, req. n° 390665.

Les lieutenants de sapeurs-pompiers professionnels relèvent d'un cadre d'emplois de catégorie B, auquel il peut être accédé par concours interne ou externe, organisés par la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises⁵.

S'agissant du concours interne, il résulte de la lecture combinée de l'article 36 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et des articles 4 et 5 du décret n° 2012-522 du 20 avril 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des lieutenants de sapeurs-pompiers professionnels que le recrutement en qualité de lieutenant de 2^e classe intervient après inscription sur liste d'aptitude des candidats admis.

C'est dans ce cadre que Monsieur X a, en février 2020, été inscrit sur liste d'aptitude pour la nomination au grade de lieutenant de 2^e classe. Il a alors présenté plusieurs candidatures, dont l'une pour un poste d'officier au centre de secours de W, qui n'a pas été retenue par le président du conseil d'administration⁶ du SDIS de Y.

2. Sur le contrôle des motifs d'une décision portant refus de nomination après inscription sur liste d'aptitude

Au cours de l'entretien qui s'est déroulé le 17 mai 2020 avec Monsieur A, le directeur du SDIS aurait justifié sa position en rappelant notamment que les agents inscrits sur liste d'aptitude n'ont pas de droit à être nommés et que le refus de nomination n'a pas à être motivé.

Il convient toutefois de ne pas se méprendre sur la portée de ces principes.

D'une part, le fait qu'un refus de nomination ne rentre pas dans le champ des actes soumis à l'obligation de motivation ne dispense pas l'administration d'avoir à justifier, notamment en cas de contentieux, des motifs d'un tel refus. L'absence d'obligation de motivation n'a ainsi pas pour effet de soustraire la décision et ses motifs réels au contrôle du juge.

D'autre part, les fonctionnaires territoriaux inscrits sur liste d'aptitude à la suite de leur réussite à un concours interne n'ont effectivement pas de droit à être nommés sur un poste, l'article 44 de la loi du 26 janvier 1984 susmentionnée indiquant que « *L'inscription sur une liste d'aptitude ne vaut pas recrutement* ».

Si les candidats déclarés admis à l'issue d'un concours de recrutement au sein de la fonction publique territoriale ne disposent d'aucun droit à être nommés fonctionnaires dans un emploi donné, le refus de nomination ne peut intervenir que sur le fondement de considérations liées à l'intérêt du service et exemptes de toute discrimination. Un motif discriminatoire ne peut valablement fonder une décision de rejet d'une candidature sur un poste, alors même que l'inscription sur liste d'aptitude à l'issue du concours ne confère pas un droit à nomination sur un poste vacant correspondant au grade de lieutenant de 2^e classe.

Sur l'application en l'espèce du principe de l'aménagement de la charge la preuve

Les informations transmises par Monsieur X, notamment l'analyse de sa candidature faite par la commission de recrutement établissant un lien entre ses activités syndicales et une incapacité alléguée à se positionner comme cadre, permettent de faire présumer l'existence d'un traitement discriminatoire.

⁵ Cf. les dispositions de l'article 8 du décret n° 90-850 du 25 septembre 1990 portant dispositions communes à l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels.

⁶ L'article L. 1424-30 du code général des collectivités territoriales dispose que « *Le président du conseil d'administration (...) nomme les personnels du service d'incendie et de secours* ».

Lorsque des éléments de fait suffisants ont été soumis par l'agent pour faire présumer une atteinte au principe de non-discrimination, « *il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* »⁷.

Un tel dispositif fait peser sur l'administration mise en cause la charge de montrer que la situation contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Dans l'arrêt d'assemblée *Perreux* rendu en 2009⁸, le Conseil d'État a précisé que cette dialectique de la preuve permet de tenir « *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* ».

1. Sur l'appréciation de la manière de servir de Monsieur X

La décision litigieuse du 8 juin 2020 a été prise alors que Monsieur X était, à cette date, le seul agent à avoir présenté une candidature examinée par la commission de recrutement. La question d'une comparaison de mérites entre plusieurs candidats ne se posait donc à l'évidence pas pour cette première décision de refus.

S'agissant de la seconde décision de refus du 8 juillet 2020, motivée par le fait que « *le choix s'est porté sur un candidat dont la formation et l'expérience sont plus en adéquation avec le profil recherché* », les éléments recueillis par le Défenseur des droits dans le cadre de son instruction n'ont pas permis d'étayer cette affirmation.

La manière de servir de Monsieur X, en qualité de sous-officier, ne soulevait aucune difficulté et les comptes rendus de ses entretiens professionnels insistaient même sur ses qualités d'encadrant et ses capacités à accéder à un niveau supérieur de responsabilité.

Dans le compte rendu de l'entretien professionnel réalisé au titre de l'année 2018, le chef de centre mentionne par exemple que « *très concerné par l'intérêt du personnel et du service, il constitue pour l'encadrement du centre un relai important et une force de proposition* » tandis que le chef du groupement du bassin annécien souligne qu'il s'agit d'un « *sous-officier très impliqué dans son travail ; une responsabilité fonctionnelle doit lui être donnée* ».

Dans le compte rendu de l'entretien professionnel au titre de l'année 2019, son supérieur hiérarchique souligne qu'il fait « *remontre à l'encadrement du centre les problématiques des sapeurs-pompiers non officiers* » et le chef du groupement du bassin annécien relève qu'il « *dispose des qualités professionnelles pour tenir l'emploi de lieutenant* ».

Aucune difficulté – tant en termes de savoir-faire que de savoir-être – n'est relevée dans les différents comptes rendus.

S'agissant de Monsieur B, finalement retenu, si les comptes rendus transmis au Défenseur des droits par son administration d'origine font également apparaître qu'il s'agissait d'un sous-officier qui « *[possédait] toutes les qualités nécessaires pour exercer des fonctions d'un niveau supérieur* », il ne ressort pas de ces comptes rendus qu'il disposerait de compétences managériales plus développées que Monsieur X.

Il peut notamment être observé qu'au titre de l'année 2018, son supérieur hiérarchique justifie les appréciations portées sur ses capacités d'encadrement par « *la jeunesse de cette nouvelle*

⁷ Voir l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée.

⁸ CE, ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, req. n° 298348.

affectation » et, au titre de l'année 2019, il écrit que « *l'adjudant B vient d'intégrer l'équipe chef de la garde. L'année 2020 confirmera le potentiel de cet agent* ».

En définitive, il n'apparaît pas que le candidat retenu aurait justifié de compétences supplémentaires par rapport à Monsieur X.

Au demeurant, l'administration elle-même reconnaît le sérieux de la candidature du réclamant et la qualité de sa prestation orale lors de l'entretien de recrutement, écrivant que « *Les membres de la commission de recrutement se sont accordés sur la qualité de son entretien* ».

Il ressort en revanche de la même note que la candidature de Monsieur X a été écartée, en dépit de sa qualité, en raison d'une interrogation « *sur sa faculté à dissocier les fonctions liées à son mandat syndical des missions relevant d'un officier de centre* ».

Or cette assertion ne repose sur aucun fait tangible, aucun élément ne permettant de penser que le réclamant ne serait pas en mesure de faire le départ entre sa fonction de sapeur-pompier et son engagement syndical.

Au contraire, les appréciations portées par la hiérarchie de Monsieur X dans les comptes rendus des entretiens professionnels précités soulignent, dans ses fonctions de sous-officier, sa capacité à rendre compte à sa hiérarchie, sa loyauté ainsi que ses compétences pour accéder à des responsabilités supérieures.

2. Sur la prise en compte du comportement de Monsieur X lors du mouvement national de grève de sapeurs-pompiers de 2019

Il convient tout d'abord de rappeler quelques éléments de contexte national nécessaires à la compréhension de ce dossier.

Entre juin 2019 et janvier 2020, les syndicats de sapeurs-pompiers regroupés en intersyndicale (CGT, FASPP-PATS, FO-SIS, syndicale-SDIS, UNSA-SDIS, SPASDIS-CFTC, Avenir Secours, CGE-CGC) ont organisé, à l'échelle nationale, une série de manifestations. Leurs revendications principales portaient sur une revalorisation significative de l'indemnité de feu ou encore des garanties apportées en matière de retraite en lien avec la reconnaissance du caractère dangereux de leur métier.

Dans son courrier adressé le 4 janvier 2021 au Défenseur des droits, l'administration souligne que « *Monsieur X a notamment appelé fin novembre 2019, dans le cadre de ses fonctions de secrétaire de la section syndicale SDIS, à manifester en tenue de feu (...)* » et, qu'après un rappel à l'ordre à l'ensemble des personnels par le directeur départemental, « *il n'a pas hésité à publier une nouvelle communication contestant l'autorité hiérarchique en des termes offensants* ».

Elle a transmis, au soutien de cette affirmation, deux documents.

Le premier, intitulé « *Appel à manifester le 5 décembre 2019* », émane de la section syndicale SDIS Y. Ce tract contient notamment un passage libellé en ces termes : « *Nous donnons consigne à nos collègues sapeurs-pompiers de manifester cette fois en tenue de feu dans un souci de protection contre toute agression des forces de maintien de l'ordre* ».

À la suite de cet appel à manifester, le directeur du centre a diffusé une note le 29 novembre 2019 mentionnant que deux organisations syndicales « *encouragent les manifestants à revêtir les équipements de protection individuelle de la mission de lutte contre*

l'incendie », ce qui est interdit⁹, et avertissant que « *tout contrevenant s'expose à des poursuites judiciaires et/ou disciplinaires* ».

Le bureau syndical SDIS Y a alors diffusé un tract contenant une image intitulée « *Le management par le bâton* » assortie de la mention suivante : « *Au SDIS Y pas de discussions juste les menaces de sanctions* ».

Dans ce tract, le bureau syndical SDIS Y écrit notamment que « *Le dialogue social avec vous, M. le Directeur, n'existe pas. Il y a bien des échanges, mais ce n'est qu'une tribune pour vos paroles trop souvent hautaines et systématiquement empreintes de rapports de force. Nous souhaitons, nous, trouver des terrains d'entente* ».

Il ajoute que « *Si malgré tout, vous souhaitez tous nous punir après le défilé du 5 décembre, vous serez dans l'obligation de punir tout le monde, tant la mobilisation solidaire a été grande sur le terrain et dans les casernes du SDIS Y* ».

Le Défenseur des droits n'ignore pas l'importance du principe hiérarchique auquel sont soumis les sapeurs-pompiers professionnels. Mais, comme le soulignait le commissaire du gouvernement Heumann dans ses conclusions sur une décision de principe rendue en 1956¹⁰ qui, en dépit du caractère un peu daté des termes employés, conserve toute sa pertinence, « *les obligations de réserve et de déférence exigées des fonctionnaires sont la traduction d'un principe de subordination* » alors que « *le syndicalisme, dont l'arme principale est la grève, signifie combat* ».

Dans le même sens, René Chapus rappelait que l'activité syndicale nécessite une « *vivacité* » et un « *mordant* »¹¹ qui heurtent nécessairement le principe hiérarchique.

En d'autres termes, dès lors que les sapeurs-pompiers professionnels disposent du droit d'adhérer à des syndicats et de participer à des mouvements de grève, ceux d'entre eux investis de mandats syndicaux bénéficient nécessairement d'une liberté d'expression et de comportement renforcée par rapport à celle de leurs collègues – sauf à priver de toute effectivité le droit syndical qui leur est reconnu.

Cette liberté n'est certes pas sans limite et les principales décisions rendues par le juge administratif en la matière méritent d'être brièvement rappelées.

En premier lieu, l'action doit s'inscrire dans le cadre de la défense des intérêts professionnels.

Dans une décision de 1997, a ainsi été jugé légale une sanction de rétrogradation prise à l'égard d'un fonctionnaire qui avait publié des articles presque exclusivement consacrés à une critique violente de la politique du Gouvernement qui n'avait aucun lien avec la défense des intérêts professionnels¹².

Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'action contestée s'inscrivait bien dans le cadre d'intérêts communs à défendre, tenant plus particulièrement aux conditions d'emploi des agents, aux indemnités qui leur sont dues et à la protection sociale dont ils bénéficient.

Le fait que le mouvement national de grève ait pris fin lorsque le ministre de l'Intérieur a, dans un courrier adressé le 28 janvier 2020 à l'intersyndicale des sapeurs-pompiers professionnels, annoncé une série d'engagements sur ces différentes revendications professionnelles, atteste

⁹ Voir notamment l'article 2 du décret n° 90-850 du 25 septembre 1990 portant dispositions communes à l'ensemble des sapeurs-pompiers professionnels.

¹⁰ CE, 18 mai 1956, *M. Boddaert*, n° 15589, *Lebon* p. 213, *RPDA* 1956, p. 105, concl. Heumann.

¹¹ René Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e édition, 2001, tome 2, n° 286.

¹² CE, sous-sections réunies, 23 avril 1997, *M. Bitauld*, req. n° 144038.

que cette action s'inscrivait dans le strict cadre de la défense des intérêts professionnels des agents.

En second lieu, même lorsque l'action s'inscrit dans ce cadre, elle ne doit pas excéder certaines limites.

Dans un arrêt de 1989, le Conseil d'État a par exemple jugé que la participation de représentants du personnel à des actes de séquestration ne relevaient pas de l'exercice normal d'un mandat syndical¹³. Et dans une décision récente, il a rappelé que le mandat syndical n'autorise pas « *des propos particulièrement irrespectueux et agressifs* »¹⁴ – lesquels avaient justifié dans cette affaire une sanction disciplinaire du premier groupe.

Il n'en reste pas moins que la liberté d'expression et de comportement des agents investis de fonctions syndicales demeure beaucoup plus étendue que celle des agents publics en général, le juge administratif insistant dans cette même décision sur la « *liberté d'expression particulière qu'exigent l'exercice de leur mandat et la défense des intérêts des personnels qu'ils représentent* ».

À titre d'illustration, la cour administrative d'appel de Bordeaux¹⁵ a, dans un arrêt récent, annulé la sanction disciplinaire prononcée contre un agent public auquel il était reproché d'avoir tenu dans un article de presse des propos extrêmement critiques. La cour, après avoir relié les propos tenus au mandat de l'agent, a considéré que la critique s'inscrivait dans le registre de mots acceptables dans le cadre de sa mission de représentant du personnel.

En l'espèce, les propos figurant dans les deux documents diffusés par le bureau syndical SDIS Y paraissent bien relever de la liberté d'expression particulière qu'exige l'exercice de leur mandat par les délégués syndicaux, au sens où l'entend la jurisprudence administrative.

En tout état de cause, aucune sanction disciplinaire n'a été prise ni même envisagée à l'encontre de ce fonctionnaire, ce qui montre que l'administration n'a pas regardé les propos et le comportement de cet agent comme contraires à ses obligations professionnelles.

En définitive, si le SDIS justifie, dans son courrier adressé au Défenseur des droits le 4 janvier 2021, le refus de nomination par un « *comportement contraire aux exigences de réserve et de loyauté attachées aux fonctions managériales postulées* », il n'établit pas que les prises de position adoptées par Monsieur X dans le cadre de ses activités syndicales auraient été incompatibles avec l'exercice des fonctions d'officier au centre de secours de W.

CONCLUSION

Au terme de son instruction contradictoire, la Défenseure des droits considère que les explications de l'administration n'ont pas permis de montrer que la situation contestée serait justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En écartant sa candidature sur un poste d'officier pour un motif discriminatoire, le SDIS a commis une faute de nature à engager sa responsabilité. 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 subis¹⁶.

¹³ CE, sous-sections réunies, 1^{er} février 1989, req. n° 64575.

¹⁴ CE, sous-sections réunies, 27 janvier 2020, req. n° 426569, point 3.

¹⁵ CAA Bordeaux, 14 décembre 2020, n° 18BX03178.

¹⁶ Pour un exemple récent de condamnation d'un SDIS à la somme de 9 500 euros en réparation des préjudices subis par un sapeur-pompier professionnel en lien avec ses activités syndicales et sa participation à un mouvement de grève : CAA Marseille, 18 mars 2021, n° 19MA05513.

Telles sont les observations que je souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Claire HÉDON