

Paris, le 1^{er} mars 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-033

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 le code général de la fonction publique ;

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° 2006-441 du 14 avril 2006 portant statut particulier des corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire ;

Saisie par Monsieur X, personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire qui conteste la perte du bénéfice d'une promotion interne, au motif que sa situation de handicap n'aurait pas été prise en compte par l'administration ;

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

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, personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, qui estime avoir subi une discrimination au travail en lien, notamment, avec son handicap.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Monsieur X est major au centre pénitentiaire de Y. Il bénéficie par ailleurs de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH) depuis mai 2019.

Les 14 et 15 décembre 2020, la commission administrative paritaire (CAP) compétente à l'égard du corps de commandement du personnel de surveillance a rendu un avis sur la liste d'aptitude établie, dans le cadre d'un plan de requalification, pour la promotion au choix dans ce corps, prononcée au titre de l'année 2020. Une première liste d'aptitude a été diffusée le 27 janvier 2021, sur laquelle Monsieur X apparaît en 284^e position, puis une liste d'aptitude rectificative le 15 février 2021, sur laquelle il a été classé en 300^e position.

L'administration a alors adressé aux agents un formulaire dans lequel ils devaient indiquer leurs souhaits d'affectation parmi les différents centres pénitentiaires ayant des postes de lieutenant à pourvoir. Dans ce document, figure la mention suivante : « *si vous décidez de n'inscrire qu'un nombre restreint de vœux et qu'aucun de ceux-ci n'est satisfait, il sera considéré que vous refusez le bénéfice de la promotion* ».

Le 17 février 2021, Monsieur X a rempli ce document en formulant un seul vœu d'affectation, pour le centre pénitentiaire de Y. Dans un courrier adressé à la direction de l'administration pénitentiaire (DAP) le 28 janvier 2021, il avait expliqué sa situation personnelle et les raisons pour lesquelles une affectation hors du département ne lui semblait pas envisageable, faisant état notamment des contraintes liées à son handicap et à sa situation familiale.

Le 5 mars 2021, la DAP a communiqué la liste des agents promus dans le corps de commandement, avec indication de leur lieu d'affectation à compter du 1^{er} mai 2021. Le réclamant ne figure pas parmi les agents promus.

Le 8 mars 2021, ce dernier a formé un recours gracieux contre le refus de nomination, rejeté par la DAP le 12 mai 2021.

C'est dans ce contexte que, contestant la décision de l'administration de lui refuser le bénéfice de la promotion au motif qu'il n'avait pas formulé de vœu de mobilité hors de Y, Monsieur X a saisi le Défenseur des droits, lequel a ouvert une instruction auprès du directeur de l'administration pénitentiaire (DAP), au titre de ses compétences en matière de lutte contre les discriminations dans la fonction publique.

Postérieurement à cette réclamation, Monsieur X a formé un recours devant le tribunal administratif de Z, dans lequel il soulève, notamment, le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination fondé sur le handicap.

Au regard de l'ensemble des pièces et informations transmises par le réclamant, de nature à faire présumer l'existence d'une discrimination prohibée par la loi, le Défenseur des droits a, par correspondance du 20 avril 2021, rappelé à la DAP le cadre général applicable s'agissant

de la prise en compte du handicap dans le cadre des procédures de mutation, d'avancement de grade ou de promotion de corps, et proposé de réexaminer la situation de l'intéressé au regard de ce cadre.

Dans sa réponse du 18 juin 2021, le directeur de l'administration pénitentiaire a précisé que « *Dans le cadre de la réforme du corps de commandement, environ 1 400 postes de premiers surveillants ou majors pénitentiaires seront requalifiés en postes d'officiers pénitentiaires. Pour sa mise en œuvre, seuls les agents occupant, au jour de leur promotion, un poste requalifié sont promus sur place. À contrario, ceux n'occupant pas un poste requalifié se voient proposer une liste de postes requalifiés vacants* ».

S'agissant plus particulièrement de la réclamation de Monsieur X, il a fait valoir qu'aucune suite favorable n'avait pu être réservée à sa demande d'affectation sur un poste au centre pénitentiaire de Y dans la mesure où « *il n'y avait qu'un seul poste vacant au centre pénitentiaire de Y, qui constitue l'unique vœu de M. X alors qu'il disposait de la possibilité d'être affecté dans le corps de commandement dans un autre établissement* ».

Dans ce même courrier, il a rappelé que « *La procédure d'affectation des agents, établie selon l'ancienneté dans les grades de premier surveillant et de major pénitentiaire des agents concernés, impose de respecter l'ordre d'inscription au tableau d'avancement* ».

Ces seuls éléments ne paraissant pas de nature à écarter la présomption de discrimination dans ce dossier, et la proposition de règlement amiable ayant été déclinée par l'administration, le Défenseur des droits a, par correspondance du 6 octobre 2021, informé le directeur de l'administration pénitentiaire qu'au vu des éléments portés à sa connaissance, il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination prohibée par la loi. Une « note récapitulative », formalisant la position provisoire de l'institution, a alors 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 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 soit arrêtée sur cette réclamation.

Aucune réponse n'a été apportée à cette note récapitulative malgré une relance transmise à l'administration.

Au terme de cette procédure contradictoire, le Défenseur des droits entend présenter des observations devant le tribunal administratif de Z.

ANALYSE DE LA RÉCLAMATION

Sur l'interdiction d'une discrimination liée au handicap dans la carrière des agents publics et l'obligation d'aménagement raisonnable

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, en ses articles 1 et 2, toute forme de discrimination fondée sur le handicap, notamment en matière de promotion professionnelle. Comme l'indique l'article 5 de la même loi, ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des employeurs, publics et privés.

S'agissant plus particulièrement de la fonction publique, aux termes de l'article L. 131-1 du code général de la fonction publique (CGFP), correspondant à l'ancien 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 leur état de santé (...), de leur handicap (...) ».

En outre, dès lors qu'un agent bénéficie de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, son employeur est tenu à une obligation d'aménagement raisonnable.

Conformément aux dispositions de l'article L. 131-8 du même code (anciennement article 6 *sexies* de la loi du 13 juillet 1983 susmentionnée), « *Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des personnes en situation de handicap, les employeurs publics (...) prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux personnes [handicapés] (...) d'accéder à un emploi (...), de développer un parcours professionnel et d'accéder à des fonctions de niveau supérieur (...)* ». Ces dispositions s'appliquent « *sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées* ».

Le Conseil d'État¹ juge que ces dispositions imposent à l'autorité administrative de prendre les mesures appropriées, au cas par cas, pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service.

Il est à noter que l'ancien article 6 *sexies*, aujourd'hui repris à l'article L. 131-8 du code général de la fonction publique, avait été modifié par l'article 92 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique pour mieux prendre en compte la situation des travailleurs handicapés. Alors que le dispositif antérieur était centré principalement sur le recrutement et le maintien dans l'emploi des agents en situation de handicap, la réglementation pose désormais l'obligation pour les employeurs publics de prendre les mesures appropriées pour permettre aux agents handicapés de développer un parcours professionnel.

Sauf s'il démontre qu'elles font peser sur le service une charge disproportionnée, le refus de l'employeur de prendre de telles mesures s'avère constitutif d'une discrimination. Ainsi que le rappelle l'article 2 de la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), régulièrement ratifiée et publiée², « *La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable* ».

Sur le cadre juridique applicable à la promotion interne d'un fonctionnaire de l'État en situation de handicap

1. Sur le rappel des dispositions statutaires au vu desquelles le réclamant a été inscrit sur liste d'aptitude

Conformément aux dispositions de l'article 23 du décret n° 2006-441 du 14 avril 2006 portant statut particulier des corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, « *Les lieutenants pénitentiaires sont recrutés : (...) 3° Dans la limite de 5 % des emplois à pourvoir, au choix, parmi les majors et les premiers surveillants pénitentiaires et qui, au 1er janvier de l'année d'établissement de la liste d'aptitude, ont accompli au moins douze ans de services*

¹ CE, sous-sections réunies, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, req. n° 311312.

² Cf. décret n° 2010-356 du 1er avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif).

effectifs dans le corps d'encadrement et d'application, dont cinq ans en qualité de premier surveillant ou de major pénitentiaire.

Les nominations sont prononcées après inscription sur une liste d'aptitude établie par ordre de mérite par le garde des sceaux, ministre de la justice ».

En l'espèce, l'inscription sur liste d'aptitude de Monsieur X est intervenue sur le fondement des dispositions de l'article 38 du décret n° 2019-1038 du 9 octobre 2019, qui a modifié le statut particulier des corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire.

Ce texte prévoit, à titre transitoire, un plan de promotion interne facilitant l'accès au corps de commandement.

L'article 38 du décret du 9 octobre 2019 dispose ainsi que « *Par dérogation à l'article 23 [du décret du 14 avril 2006], peuvent (...) être recrutés dans le corps de commandement jusqu'au 31 décembre 2023 : (...) 2° Par voie d'inscription sur une liste d'aptitude, au choix, parmi les majors pénitentiaires et les premiers surveillants qui comptent, au 1er janvier de l'année au titre de laquelle la liste d'aptitude est établie, douze ans d'ancienneté dans le corps d'encadrement et d'application, dont quatre en tant que premier surveillant (...)* ».

Un tel dispositif, même s'il revêt un caractère transitoire, doit être organisé dans le respect de l'ensemble des règles applicables à la promotion interne des fonctionnaires de l'État et des garanties posées par la loi et la jurisprudence pour assurer l'effectivité du principe de non-discrimination fondé sur le handicap.

2. Sur les garanties applicables aux agents en situation de handicap

Lors de l'examen des possibilités d'affectation des agents retenus pour bénéficier d'un avancement de grade ou d'une promotion de corps, l'administration ne peut légalement faire perdre le bénéfice d'une telle mesure à un agent en situation de handicap sans avoir procédé à un examen circonstancié de sa situation personnelle et des contraintes liées à son handicap.

En vertu des dispositions de l'article L. 522-22 du CGFP (anciennement dernier alinéa de l'article 58 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État), « *L'avancement de grade d'un fonctionnaire de l'État est subordonné à son acceptation de l'emploi qui lui est assigné dans son nouveau grade. Sous réserve de l'application des dispositions des articles L. 512-19 et L. 512-21 relative aux priorités d'affectation, son refus peut entraîner sa radiation du tableau d'avancement (...)* ».

Conformément aux dispositions de l'article L. 512-19 du même code (anciennement II de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 susmentionnée), « *Dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service (...), les affectations prononcées tiennent compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille. Les demandes de mutation sont examinées en donnant priorité aux fonctionnaires de l'État relevant de l'une des situations suivantes : (...) 2° Être en situation de handicap relevant de l'une des catégories mentionnées à l'article L. 131-8* ».

Figure ainsi, parmi les priorités légales en matière d'affectation des fonctionnaires, la situation de handicap.

Sur le fondement de ces dispositions, le juge administratif annule les décisions portant radiation de la liste d'aptitude ou refus d'inscription à un tableau d'avancement lorsque l'administration ne démontre pas avoir examiné l'ensemble des possibilités d'affectation tenant compte, notamment, de la situation familiale et du handicap de l'agent.

Ainsi, dans un arrêt de 2010³ rendu à propos d'un refus d'avancement de grade d'une fonctionnaire de l'État qui avait réussi un examen professionnel et demandait à être promue sur place, le Conseil d'État a relevé que « le ministre de la défense (...) se borne à soutenir que le seul poste ouvert à l'avancement était situé à Châtelleraut et que, faute de choix, l'administration était en situation de compétence liée ; que toutefois, il résulte de ce qui a été dit plus haut que le tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'il appartenait à l'administration, en application des articles 58 et 60 ci-dessus rappelés, d'examiner si d'autres possibilités permettaient de prendre en compte la situation familiale de Mme A ».

Plus récemment, à propos d'un refus de promotion dans le corps des attachés d'administration de l'État, la cour administrative d'appel de Nantes⁴ a annulé la décision faisant perdre à l'agente le bénéfice de sa réussite à l'examen professionnel en relevant qu' « en se limitant à rechercher un emploi adapté à l'état de santé et au handicap de la requérante au sein de la seule liste des postes d'attachés à pourvoir dans les services de la police nationale, le ministre a méconnu l'obligation qui lui incombait, en application des dispositions précitées des articles 27 et 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, de rechercher un emploi approprié au salarié reconnu handicapé » et qu'« en ne prenant pas en compte la circonstance particulière que constituait l'état de santé de l'intéressée comme l'y invitait l'article 60 de la même loi, [il a] commis une erreur manifeste d'appréciation ».

L'administration doit accomplir toutes les diligences nécessaires en vue d'identifier des possibilités d'affectation tenant compte de la situation familiale et du handicap de l'agent. Pour les fonctionnaires en situation de handicap, seule la justification de charges disproportionnées peut exonérer l'employeur de l'obligation d'aménagement raisonnable issue de l'article 6 sexies précité.

Ce cadre juridique est rappelé par les lignes directrices de gestion en matière de promotion et de valorisation des parcours 2021/2023, élaborées par le ministère de la justice.

Ces dernières, qui insistent sur la nécessité d' « assurer l'égalité (...) envers les personnels en situation de handicap »⁵, soulignent notamment que « La mobilité géographique ne doit plus apparaître comme un obstacle (...) à la promotion. Son impact potentiellement discriminant sur la carrière des agents est pris en considération. Ainsi, dans les cas où une mobilité fonctionnelle est obligatoire, comme pour les promotions de corps, une mobilité géographique n'est pas exigée lorsque cela est rendu possible au regard des postes vacants au sein de la même résidence administrative »⁶.

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

Conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve, l'agent qui allègue avoir été victime d'une discrimination n'a pas à en démontrer l'existence. Il lui incombe, cependant, de présenter des éléments de fait de nature à faire présumer une atteinte au principe de non-discrimination.

Lorsque de tels éléments ont été produits, « il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »⁷. Un tel dispositif fait peser sur l'administration mise en cause la charge de

³ CE, sous-sections réunies, 9 avril 2010, req. n° 328922.

⁴ CAA Nantes, 6 décembre 2017, n° 16NT01113.

⁵ Page 2.

⁶ Page 7.

⁷ Voir l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée et CE, ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req. n° 298348.

montrer que la situation contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, la lecture de la liste des agents promus dans le corps de commandement dans le cadre du plan de requalification, diffusée le 5 mars 2021, permet de constater que 5 candidats à la promotion interne ont été nommés sur des postes de lieutenant au centre pénitentiaire de Y (Messieurs A, B, C, D ainsi que Madame F). Parmi ces 5 agents nommés sur des postes de lieutenant pénitentiaire au centre de Y, l'un d'entre eux était moins bien classé que le réclamant. Il s'agit de Madame F, agente figurant en 382^e position sur la liste d'aptitude rectificative diffusée le 15 février 2021.

Le Défenseur des droits constate donc que 5 candidats à la promotion interne ont été nommés sur des postes de lieutenant au centre pénitentiaire de Y et que ces postes, qui pouvaient être compatibles avec les contraintes liées notamment à la situation de handicap de Monsieur X, ne lui ont pas été proposés.

Or, si les promotions doivent être prononcées dans l'ordre du tableau d'avancement ou de la liste d'aptitude, les affectations des fonctionnaires promus doivent être décidées dans le respect des priorités légales définies à l'article L. 512-19 du CGFP précité, parmi lesquelles figure le handicap.

En outre, même si la DAP fait valoir que « *seuls les agents occupant, au jour de leur promotion, un poste requalifié sont promus sur place* », et que « *a contrario, ceux n'occupant pas un poste requalifié se voient proposer une liste de postes requalifiés vacants* », une telle pratique de gestion ne saurait aboutir à soustraire l'administration à l'obligation d'aménagement raisonnable à laquelle elle est tenue s'agissant des agents en situation de handicap. L'obligation d'aménagement raisonnable lui impose d'examiner l'ensemble des possibilités permettant de tenir compte, parmi les candidats inscrits sur liste d'aptitude, de ceux bénéficiant de la qualité de travailleur handicapé.

En l'espèce, alors même que cinq surveillants pénitentiaires promus dans le corps de lieutenant ont été nommés sur des postes au centre pénitentiaire de Y, les services chargés des ressources humaines lui ont fait perdre le bénéfice de la promotion en se bornant à constater qu'il n'avait pas formulé de vœux d'affectation en dehors de cet établissement.

Dans sa réponse au recours gracieux formé par l'intéressé, l'administration défend ainsi la position selon laquelle « *possibilité lui était donnée d'être affectée sur un autre établissement. Celle-ci n'a pas été saisie par Monsieur X* ».

Comme il a été rappelé précédemment, le principe de non-discrimination fondé sur le handicap ainsi que l'obligation d'aménagement raisonnable, garantis par les articles L. 131-1 et L. 131-8 du CGFP, imposent à l'employeur public de prendre en compte les besoins concrets de l'agent au regard de son handicap, notamment lors de l'examen de ses possibilités d'affectation sur un poste.

De surcroît, la position de la DAP, aboutissant à radier automatiquement un agent en situation de handicap de la liste d'aptitude au seul motif de l'absence de mobilité géographique, méconnaît les orientations précitées figurant dans les lignes directrices de gestion ministérielles, selon lesquelles la mobilité géographique ne doit plus apparaître comme un obstacle à la promotion des agents en situation de handicap. Une telle situation ne manque pas d'étonner, le ministère de la Justice ne se conformant pas aux lignes directrices de gestion qu'il a pourtant lui-même élaborées.

L'administration soutient enfin qu' « *il n'y avait qu'un seul poste vacant au centre pénitentiaire de Y* », ce qui n'aurait « *pas permis à M. X d'être affecté sur son établissement actuel* ».

Ce faisant, et alors que le réclamant l'avait informée en temps utile des contraintes liées notamment à sa situation de handicap, rendant difficile une mobilité hors du département, elle ne démontre ni même n'allègue avoir pris toutes les mesures appropriées pour lui permettre d'accéder à un emploi de lieutenant pénitentiaire, notamment en recherchant s'il existait d'autres postes vacants ou susceptibles de l'être au sein de cet établissement ainsi que dans d'autres établissements relevant de la même résidence administrative.

Il apparaît donc que la DAP a méconnu l'obligation d'aménagement raisonnable qui lui imposait de prendre en compte le handicap de Monsieur X lors de l'examen des possibilités d'affectation.

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 particulier, la DAP ne démontre pas avoir accompli les diligences nécessaires pour rechercher d'autres possibilités d'affectation permettant de prendre en compte le handicap du réclamant. Sauf à ce qu'elle puisse justifier de l'existence de charges disproportionnées qui y auraient fait obstacle, un tel défaut d'aménagement raisonnable caractérise une discrimination fondée sur le handicap.

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

Claire HÉDON