

Paris, le 9 juillet 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-192

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° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP) de la situation de M. X, surveillant pénitentiaire ayant réussi le concours commun interne pour le recrutement d'agents de catégorie C des ministères compétents, organisé au titre de 2017, qui devait rejoindre une direction en qualité d'agent administratif principal des finances publiques de 2^{ème} classe stagiaire, mais s'est vu opposer par cette direction, le 23 mai 2018, un refus à sa nomination en cette qualité, qu'il estime discriminatoire en raison de sa religion ;

Décide de recommander au directeur compétent d'indemniser M. X des préjudices matériels et moraux nés de la décision litigieuse, dès lors que l'intéressé lui aura adressé une demande en ce sens.

La Défenseure des droits demande à être informée des suites réservées à sa recommandation dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON

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

▪ **Faits et procédure :**

Le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP) a saisi le Défenseur des droits de la situation de M. X. Surveillant pénitentiaire ayant réussi le concours commun interne pour le recrutement d'agents de catégorie C des ministères compétents, organisé au titre de l'année 2017, M. X devait rejoindre une direction en qualité d'agent administratif principal des finances publiques de 2^{ème} classe stagiaire. Toutefois, l'intéressé s'est vu opposer par la direction, le 23 mai 2018, un refus à sa nomination en cette qualité.

La décision litigieuse, adoptée sur le fondement de l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, est ainsi motivée : « *au cas particulier, compte tenu des éléments dont nous avons connaissance vous concernant, il n'est pas possible de prononcer votre nomination en qualité d'agent administratif principal des finances publiques de 2^{ème} classe stagiaire* ».

Le réclamant estime que cette décision est discriminatoire car elle serait fondée sur sa religion.

Il rappelle, en effet, que lorsqu'il était surveillant pénitentiaire à la prison de Y de septembre 2012 à juin 2017, il aurait fait l'objet, de la part de la direction de cette maison d'arrêt, de harcèlement moral discriminatoire en raison de sa religion dans la mesure où, notamment, le port de sa barbe lui aurait été reproché, tout comme le fait de détenir le Coran et deux livres sur l'Islam dans un kiosque réservé aux surveillants.

M. X estime ainsi que le refus de nomination précité serait directement lié à cette situation et que, par conséquent, il serait discriminatoire.

Cette situation a conduit à une importante dégradation de l'état de santé du réclamant qui a été arrêté à plusieurs reprises pour maladie. C'est ainsi que dans une attestation du 31 mars 2018, la psychologue clinicienne auprès des personnels du centre pénitentiaire de Y indique que le réclamant lui a fait part « *d'éléments confinant aux harcèlement et aux propos diffamatoires, provoquant un syndrome anxio-dépressif réactionnel. Alors qu'aucune preuve n'est retenue contre lui* ».

En outre, il convient de rappeler que, de juin 2017 à mars 2019, M. X a été muté, conformément à ses vœux, au centre pénitentiaire de Z et qu'à compter de mars 2019, il a exercé ses fonctions de surveillant pénitentiaire au sein de l'établissement carcéral pour mineurs de W.

Dans le cadre de la procédure d'instruction du dossier par les services du Défenseur des droits, plusieurs courriers, dont une note récapitulative datée du 25 janvier 2021, ont été adressés au directeur compétent, qui a souligné que :

- le refus de nomination contesté est fondé sur une « note blanche » transmise par les services de police territoriaux à la direction compétente intitulée « X », portant sur la conduite de l'intéressé lorsqu'il était affecté à la maison d'arrêt de Y ;

- d'après cette « note blanche », l'intéressé, qui faisait partie d'un groupe surnommé « groupe Daesh » dont il serait le 2^{ème} membre le plus actif, aurait plaidé la cause d'un détenu placé à l'isolement consécutivement à son prosélytisme religieux, aurait discuté régulièrement en arabe dans les cellules avec certains détenus, se serait fait surnommer « frère X », et

aurait « oublié volontairement » un sac rempli d'ouvrages sur l'Islam dans un bureau destiné à recevoir les détenus. Un rapport d'explications lui a alors été demandé et une lettre d'observations lui a été adressée.

Par un jugement du 15 juillet 2020 (n° 1804218), le tribunal administratif de W a annulé la décision du 23 mai 2018 par laquelle le directeur a refusé de nommer M. X en qualité d'agent administratif principal des finances publiques de 2^{ème} classe stagiaire, en considérant qu' :

« il n'est nullement établi en l'espèce que l'unique document dont se prévaut l'autorité administrative pour fonder sa décision, constitue une « note blanche » (...). L'administration (...), à qui il appartenait de se rapprocher de l'administration d'origine de M. X, ne produit en particulier aucun rapport d'enquête, et aucun signalement ou sanction disciplinaire dont l'intéressé aurait fait l'objet à raison des faits susmentionnés, alors qu'il est par ailleurs constant que l'enquête interne a conclu à l'absence de preuve de radicalisation ou de dangerosité et que M. X a toujours donné satisfaction dans sa manière de servir. La réalité des faits reprochés à M. X n'étant établie par aucune autre pièce du dossier, ce dernier est fondé à soutenir que la décision du 23 mai 2018 (...) repose sur des faits matériellement inexacts ».

Le ministère compétent n'a pas fait appel de ce jugement qui est par suite devenu définitif.

Dans son dernier courrier adressé au Défenseur des droits, le 1^{er} mars 2021, le directeur compétent a indiqué que :

- la décision de refus de recrutement opposée à M. X a été uniquement prise sur le fondement d'éléments qui ont mis en doute le fait qu'il dispose des garanties de probité requises pour intégrer les services de la direction compétente ;

- dans son jugement précité, le juge administratif a procédé à l'annulation au fond de ce refus tout en reconnaissant à l'administration la possibilité d'exiger des garanties de probité au-delà des conditions générales prévues par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, mais n'a pas retenu de motif discriminatoire ;

- en application de ce jugement, par arrêté du 16 novembre 2020, l'intéressé a été nommé en qualité d'agent administratif principal de 2^{ème} classe stagiaire. Ainsi, depuis le 15 décembre 2020, il a été affecté en cette qualité au sein d'une direction départementale, à la trésorerie de W.

Par ailleurs, M. X a déposé une plainte pénale pour les mêmes faits que ceux dénoncés devant le Défenseur des droits, plainte toujours en cours d'instruction. L'autorisation d'instruire a été accordée par le Procureur de la République du tribunal judiciaire de W au Défenseur des droits les 26 septembre et 1^{er} octobre 2018.

Enfin, il convient de rappeler que, par plusieurs courriers, le Défenseur des droits a également mené une enquête auprès du centre pénitentiaire de Y et d'une autre direction, qui y a répondu par un courrier reçu le 14 septembre 2020. Elle y indique que :

- au centre pénitentiaire de Y, M. X s'est vu reprocher un positionnement inadapté caractérisé par une trop grande proximité et familiarité avec la population pénale ainsi qu'un manque de neutralité dans l'exercice de ses fonctions. Des recadrages sur sa pratique professionnelle ainsi que sur le port de l'uniforme ont été réalisés par sa hiérarchie au cours d'entretiens dont l'objectif était notamment de rappeler à l'intéressé le code de déontologie du service public pénitentiaire ;

- M. X s'est plus particulièrement distingué lors d'un incident du 19 août 2015, lorsqu'il a pénétré dans la zone de détention du centre pénitentiaire de Y avec un sac à dos contenant des effets personnels, alors qu'il aurait dû les déposer dans son vestiaire ou dans la salle de repos réservée au personnel de surveillance. Il lui a, alors, été reproché d'avoir introduit à cette même date, ainsi que le lendemain, trois livres : « *Exégèse du noble Coran* », « *Les tômes de Médine* » et « *Le Saint Coran en détention* » et de les avoir « oubliés » à la fin de son service ;

- ces faits ont conduit à l'ouverture d'une procédure disciplinaire contradictoire fondée sur ce manquement professionnel qui a abouti à une lettre d'observations le 25 avril 2016.

▪ **Discussion :**

Selon l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions (...) religieuses (...)* ».

L'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations aménage la charge de la preuve en disposant que « *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* ».

En l'espèce, la décision litigieuse du 23 mai 2018, de ne pas nommer M. X en tant qu'agent administratif principal des finances publiques de 2^{ème} classe stagiaire est fondée sur la seule « note blanche », qui elle-même est fondée sur des actes reprochés en rapport avec la religion de l'intéressé, que ce dernier ne peut être regardé comme avoir commis.

Dès lors, cette décision peut être regardée comme discriminatoire en raison de la religion de M. X.

La seule « note blanche », qui n'est au demeurant étayée par aucune autre pièce du dossier, ne peut être regardée comme suffisante pour considérer que M. X aurait commis les actes de prosélytisme qui lui sont reprochés. En effet, une « note blanche » n'a qu'une valeur probante relative et doit être corroborée par d'autres pièces du dossier (par exemple, CE, 16 juillet 2018, n° 421791 ; CE, 20 février 2019, n° 421212).

La lettre d'observations adressée à l'intéressé, à la suite de l'évènement du 19 août 2015, n'est pas à elle seule suffisante pour corroborer cette note, au regard notamment de la faible gravité de cette mesure.

C'est ainsi que le tribunal administratif, dans son jugement précité, a annulé la décision contestée, en considérant que : « *L'administration (...), à qui il appartenait de se rapprocher de l'administration d'origine de M. X, ne produit en particulier aucun rapport d'enquête, et aucun signalement ou sanction disciplinaire dont l'intéressé aurait fait l'objet à raison des faits susmentionnés, alors qu'il est par ailleurs constant que l'enquête interne a conclu à l'absence de preuve de radicalisation ou de dangerosité et que M. X a toujours donné satisfaction dans sa manière de servir.* »

En particulier, ainsi que le mentionne également ce jugement, l'enquête interne réalisée par l'autre direction, non communiquée au Défenseur des droits, a conclu « *à l'absence de preuve de radicalisation ou de dangerosité* » du réclamant.

En conséquence, en l'absence de preuve de la matérialité des faits reprochés à M. X, ce dernier doit, en application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve, être regardé comme victime d'une discrimination en raison de sa religion eu égard au refus de nomination qui lui a été opposé, en méconnaissance notamment de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 précitée.

Il s'agit là d'une faute de nature à donner lieu à réparation des préjudices subis par ce dernier.

S'agissant de la réparation d'une discrimination, 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 subis (voir, en ce sens, notamment, CAA de Lyon, 6 décembre 2016, n° 14LY03751 ; CAA de Lyon, 20 février 2018, n° 16LY00541 ; CAA de Nantes, 3 décembre 2018, n° 17NT01488) permettant de la replacer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le comportement dommageable n'était pas intervenu.

C'est pourquoi, la Défenseure des droits recommande au directeur compétent d'indemniser M. X des préjudices matériels et moraux nés de la décision litigieuse, dès lors que l'intéressé lui aura adressé une demande en ce sens.

La Défenseure des droits demande à être informée des suites réservées à sa recommandation dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON