

Paris, le 19 décembre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-313

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu la loi n°84-53 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 mesures d'adaptation au droit communication dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le décret n°87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux ;

Vu la décision du Défenseur des droits n°2019-312 du ;

Saisi par Madame X, attachée territoriale principale au CNFPT, qui estime avoir été victime de discrimination en raison de son état de santé, compte tenu de la prise en compte par le CNFPT de l'avis défavorable à son avancement de grade rendu par la commune de Y où elle était détachée, avis qui aurait dû être écarté dès lors qu'il était discriminatoire.

Décide, en vue de régler la situation exposée ci-après, de recommander au CNFPT de réparer le préjudice subi par Madame X résultant du refus discriminatoire de la promouvoir au grade d'attaché hors classe.

Le Défenseur des droits demande au CNFPT de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de quatre mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

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 de la réclamation de Madame X, attachée territoriale principale au CNFPT, en détachement auprès de la ville de Y depuis 2016, d'une réclamation portant sur le refus du CNFPT de procéder à sa nomination au grade d'attaché hors classe, au titre de l'année 2017. Mme X estime que ce refus est discriminatoire car il s'appuie sur l'avis défavorable d'avancement au grade d'attaché hors classe rendu par la commune de Y, le 15 novembre 2017. Or, l'intéressée soutient que l'avis rendu par la commune de Y prend en compte son absence pour congé maladie et que faute de l'avoir écarté lors de l'examen de son dossier, le CNFPT a commis une discrimination.

FAITS ET PROCEDURE

Attachée territoriale principale du CNFPT en position de détachement au sein de la commune de Y, en tant que directrice générale adjointe (DGA) depuis le 15 janvier 2016 Madame X s'est vu opposer un avis défavorable à l'avancement au grade d'attaché hors classe par le DGS de la commune de Y, en date du 15 novembre 2017.

Cet avis qui a été adressé au CNFPT était motivé comme suit : « *Des élections anticipées ont été organisées et une nouvelle équipe a été élue le 2 avril 2017. Depuis le 3 avril, Mme X est en arrêt de travail. De plus, le poste de directeur général des services est resté vacant du mois de janvier au mois d'août 2017. Il n'est donc pas possible ni pour les élus, ni pour sa hiérarchie de juger si l'avancement au grade d'attaché hors classe est justifié ou pas* ».

Estimant faire l'objet d'une discrimination en raison de son état de santé, Madame X a contesté l'avis défavorable par voie de recours hiérarchique, le 22 novembre 2017 et demandé au maire de la commune de Y de procéder à sa révision avant l'examen de son dossier en CAP, le 28 novembre 2017.

Par courrier en date du 5 décembre 2017, le maire de la commune de Y a rejeté son recours hiérarchique.

Madame X considère que l'avis litigieux lui a fait perdre une chance d'avancement de grade puisque le CNFPT s'est fondé exclusivement sur cet avis pour s'opposer à son avancement. En effet, l'extrait du procès-verbal de la CAP du 28 novembre 2017 indique : « *M. A précise que cette agente est en détachement auprès de la ville de Y au moment de l'examen des propositions. Il indique que la collectivité a émis un avis défavorable à son avancement et que pour cette raison l'agente n'a pas été retenue (...)* »

Madame X, âgée de 61 ans, précise que le refus de l'inscrire au tableau d'avancement et de la nommer au grade supérieur a un impact d'autant plus défavorable sur sa carrière qu'elle se trouve dans l'impossibilité de reprendre une activité professionnelle.

Aussi, alors en congé de longue maladie, elle souligne qu'elle n'a pas pu reprendre ses fonctions au sein de la ville de Y depuis le 3 avril 2017, en raison de la dégradation de son état de santé qu'elle estime en lien avec son contexte de travail précédant le renouvellement anticipé du conseil municipal.

Elle en effet a conduit des chantiers sensibles, à la demande du DGS de Y (réforme du régime indemnitaire, audit des heures supplémentaires ...) qui ont suscité une hostilité de la part du personnel et de certains élus.

Une demande de congé longue durée a été sollicitée et rejetée par la commune de Y, le 9 janvier 2019. Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif de Rennes.

Sa maladie a été reconnue imputable au service par deux arrêtés successifs datés du 25 octobre 2018 et du 19 février 2019.

Mme X a été placée à la retraite pour invalidité, à compter du 1^{er} mai 2019 après que la commission de réforme ait acté son inaptitude totale et définitive à ses fonctions et à toutes fonctions le 29 février 2019.

Madame X demande au Défenseur des droits de reconnaître qu'elle a fait l'objet d'un traitement défavorable par le CNFPT qui aurait dû écarter, selon elle, l'avis défavorable à son avancement de grade émis par la commune de Y et prendre en compte ses évaluations professionnelles pour apprécier sa valeur professionnelle.

Le Défenseur des droits a diligenté une enquête auprès de la commune de Y et du CNFPT. Le 8 novembre 2018, il a communiqué à la commune de Y ainsi qu'au CNFPT, une note récapitulative exposant les éléments de fait et de droit laissant présumer une discrimination. En vertu du principe de l'aménagement de la charge de la preuve qui s'applique en matière de discrimination, il a invité le CNFPT à présenter des éléments permettant d'établir que le refus du CNFPT de procéder à sa nomination au grade d'attaché hors classe, au titre de l'année 2017, reposait sur d'autres éléments que l'avis défavorable rendu par la commune de Y, présumé discriminatoire.

Les observations transmises par le CNFPT, le 7 décembre 2018, ne permettent pas d'écarter la présomption de discrimination, de sorte que le Défenseur des droits confirme son analyse et considère que le refus d'avancement n'est pas justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

DISCUSSION

Sur le caractère discriminatoire du refus de la nommer au grade d'attaché territorial hors classe

En vertu des dispositions de l'article 64 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : « *Le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'emplois, emploi ou corps d'origine, mais **continuant à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement** [...]* ».

Aux termes de l'article 79 de cette même loi dans sa rédaction alors en vigueur : « *L'avancement de grade a lieu de façon continue d'un grade au grade immédiatement supérieur. [...] / Il a lieu suivant l'une ou plusieurs des modalités ci-après : / 1° **Soit au choix par voie d'inscription à un tableau annuel d'avancement, établi après avis de la commission administrative paritaire, par appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents ; [...]*** ».

L'article 80 de cette même loi dispose que : « *Le tableau annuel d'avancement mentionné au 1° [...] de l'article 79 est arrêté par l'autorité territoriale dans les conditions fixées par chaque **statut particulier** [...]* ».

L'article 21 du décret n°87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux précise en ce sens que : « *I. - **Peuvent être nommés au grade d'attaché hors classe, au choix, par voie d'inscription à un tableau annuel***

d'avancement, les attachés principaux ayant atteint au moins le 5e échelon de leur grade ainsi que les directeurs territoriaux ayant atteint au moins le troisième échelon de leur grade. / Les intéressés doivent justifier : / [...] 3° Soit de **huit années d'exercice, dans un cadre d'emplois de catégorie A de fonctions de direction, d'encadrement, de conduite de projet, ou d'expertise, correspondant à un niveau élevé de responsabilité** : / a) **Du niveau hiérarchique immédiatement inférieur à celui du directeur général des services dans les communes de 10 000 à moins de 40 000 habitants [...]** ; ».

L'appréciation de la valeur professionnelle mentionnée à l'article 27 du même décret doit être motivée par des éléments objectifs permettant d'apprécier, notamment, l'engagement de l'agent dans le service et la qualité de ses travaux.

Par ailleurs, s'il est vrai qu'un agent public n'a pas de droit à l'avancement professionnel au choix, il n'en demeure pas moins que le refus de promouvoir un agent doit être fondé sur des raisons objectives telles qu'évoquées ci-avant, et ne saurait reposer sur un critère de discrimination prohibé par la loi.

En ce sens, 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 leur état de santé [...]* ».

En outre, selon l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] son **état de santé [...]**, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ». L'article 2-2° de cette loi précise que la discrimination est prohibée dans le domaine de la promotion professionnelle.

En l'espèce, il ressort clairement du procès-verbal de la CAP du 28 novembre 2017 que le CNFPT n'a pas inscrit Mme X sur le tableau annuel d'avancement au grade d'attaché hors classe au motif de l'avis défavorable rendu par la commune de Y.

Dans sa réponse à la note récapitulative, le CNFPT indique que le procès-verbal de la CAP reprend les points essentiels de la discussion et que le refus d'inscrire Mme X sur le tableau d'avancement serait fondé sur d'autres éléments que l'avis défavorable de la commune de Y, notamment ses évaluations professionnelles antérieures. Toutefois, le CNFPT indique aussi dans sa réponse « *il a été décidé par le CNFPT, pour l'année 2017, que seuls les agents exerçant des fonctions à niveau élevé de responsabilités ou sur un emploi fonctionnel d'une part, et attestant d'une valeur professionnelle particulièrement remarquable s'exprimant par un avis très favorable de leur hiérarchie, d'autre part, seraient inscrits sur le projet de tableau d'avancement* ». Il résulte des éléments recueillis au cours de l'enquête que les agents promus au grade d'attaché hors classe, bien qu'occupant, pour la majorité, des postes de moindre responsabilité que celui tenu par l'intéressée, disposaient tous d'un avis très favorable à leur avancement émis par leur hiérarchie, ce qui n'était pas le cas de Mme X qui occupait certes des fonctions à un niveau élevé de responsabilité en tant que directrice générale adjointe mais qui disposait d'un avis défavorable de la commune de Y.

Par suite, il apparaît donc, de l'aveu même du CNFPT, que l'avis défavorable a bien été pris en compte par celui-ci pour écarter Mme X du tableau d'avancement au grade d'attaché hors classe dès lors qu'elle ne disposait pas de l'avis très favorable requis par le CNFPT pour son inscription au tableau d'avancement.

Le CNFPT soutient également que l'avis défavorable rendu par la commune de Y était parfaitement justifié puisque selon une jurisprudence constante du juge administratif, la notation et l'entretien professionnel sont subordonnés « *à la présence effective du fonctionnaire au cours de l'année en cause pendant une durée suffisante, eu égard*

notamment à la nature des fonctions exercées pour permettre à son chef de service d'apprécier sa valeur professionnelle ».

Pourtant, contrairement à ce que laisse entendre le CNFPT, la commune de Y a apprécié la valeur professionnelle de l'intéressée puisqu'elle a délibérément choisi de cocher la case « *avis défavorable* » à l'avancement de grade. Ainsi, si l'absence de l'intéressée au titre de l'année 2017 pouvait faire obstacle à ce que l'entretien professionnel de l'intéressée puisse être réalisé par la commune de Y pour 2017, celle-ci disposait d'autres éléments, notamment le compte-rendu d'entretien professionnel réalisé par le maire de la commune de Y au titre de l'année 2016.

Or, le compte rendu de l'entretien professionnel de Madame X au titre de l'année 2016 faisait état de remarques très positives et la qualifiait comme une agente : « *très méthodique, structurée, déterminée [qui] a remarquablement su s'adapter à un contexte complexe entre agents et élus [et qui] a su apporter une stabilité et une maîtrise de la situation* ». C'est pourquoi, le Défenseur des droits a indiqué à la commune de Y que cette évaluation aurait pu lui permettre de rendre un avis circonstancié sur les mérites de l'intéressée et que les appréciations portées sur le travail de Mme X pour l'année 2016 ne lui paraissaient pas de nature, à elles seules, à pouvoir justifier un avis défavorable à l'avancement. De ce fait, l'absence pour congé maladie de Mme X constituait bien le seul motif fondant l'avis défavorable.

Or, le Conseil d'État a considéré que les agents en congé de maladie conservent leur droit à l'avancement d'échelon et à l'avancement de grade : « *que cet avancement soit prononcé au choix ou à l'ancienneté et que la circonstance que la requérante ait obtenu un congé [...], ne saurait, à elle seule, constituer une nécessité de service justifiant une dérogation à l'ordre du tableau et le refus de nomination* » (requête n° 73922 du 17 octobre 1990).

Par décision n°2019-312, le Défenseur des droits a indiqué à la commune de Y qu'elle avait commis une discrimination prohibée par l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008

Pour le Défenseur des droits, le CNFPT qui possédait le compte-rendu de l'entretien professionnel de Mme X pour l'année 2016, aurait dû considérer que la commune de Y, contrairement à ce qu'elle alléguait, disposait d'éléments objectifs pour apprécier les mérites professionnels de l'intéressée et que l'avis défavorable, eu égard aux appréciations figurant sur ce document, n'apparaissait pas fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En se fondant sur l'avis discriminatoire de la commune de Y pour refuser l'avancement de grade de Mme X, peu importe que cet avis ait été ou non le seul élément pris en compte, le CNFPT a entaché sa décision de discrimination et engagé sa responsabilité. Aussi, le Défenseur des droits recommande au CNFPT de se rapprocher de Mme X pour procéder à l'indemnisation des préjudices qu'elle a subi et invite cette dernière à présenter une demande indemnitaire.

Jacques TOUBON