

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n° 2012-112

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 dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le décret n°87-602 du 30 juillet 1987, pris pour l'application de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif à l'organisation des comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires territoriaux ;

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

Saisi d'une réclamation de Mme A relative aux refus de proposition à l'avancement au grade d'assistant territorial socio-éducatif principal, opposés par son chef de service au sein du Conseil Général, ainsi qu'aux refus d'inscription au tableau d'avancement, qui en ont résulté, de 2009 à 2012 ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de formuler les recommandations suivantes au Président du conseil général :

- réexaminer la situation professionnelle de Mme A en vue de proposer sa candidature à l'avancement au grade d'assistant socio-éducatif principal en 2013 ;
- le tenir informé des mesures prises, conformément à sa recommandation, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

I) - Rappel des faits et de la procédure :

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, le 1er février 2010, par Mme A, assistante territoriale socio-éducative exerçant ses fonctions au sein du Conseil général, d'une réclamation relative à des faits de harcèlement moral discriminatoire, à l'absence d'aménagement de son poste de travail et aux refus d'avancement au grade d'assistant territorial socio-éducatif principal opposés par sa hiérarchie. Ces situations seraient fondées sur son handicap et son état de santé et présenteraient, à ce titre, un caractère discriminatoire.
2. Depuis le 1er mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 susvisée, « *les procédures ouvertes par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits. A cette fin, les actes valablement accomplis par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité sont réputés avoir été valablement accomplis par le Défenseur des droits* ».
3. La réclamante a également saisi, le 27 mai 2010, le tribunal administratif d'une requête tendant à l'annulation des refus de proposition à l'avancement au grade supérieur aux titres de 2009 et 2010 en arguant de leur caractère discriminant. Le tribunal administratif a rejeté le recours de Mme A au motif tiré de son irrecevabilité¹, mais ne s'est pas prononcé sur le fond de l'affaire (TA de Lyon, 26 septembre 2012, n° 1003485).
4. Il convient de rappeler que Mme A est assistante territoriale socio-éducative depuis le 1^{er} août 2000.
5. La réclamante bénéficie du statut de travailleur handicapé à compter du 3 juillet 2008.
6. Au cours des années 2009, 2010 et 2011, en raison de ses problèmes de santé, elle a bénéficié à plusieurs reprises d'arrêts de maladie, dont un congé de longue maladie en 2010.
7. Ont vocation à être proposés à l'avancement au grade supérieur, les agents qui ont atteint le 5^{ème} échelon de leur grade et, d'autre part, qui justifient de quatre années de service effectif dans leur cadre d'emploi.
8. Il revient au chef de service de proposer, parmi la liste des agents remplissant les conditions requises, ceux qui, en fonction de leurs qualités professionnelles, méritent d'être promus au grade supérieur d'assistant territorial socio-éducatif principal.
9. En 2009, il ressort des pièces du dossier que la réclamante remplissait les conditions requises.
10. Lors de la session de la commission administrative paritaire (C.A.P.) d'avril 2009, M. B, directeur de l'unité territoriale et chef de service habilité à proposer les candidats à l'avancement, a de nouveau refusé de proposer Mme A mais a proposé une de ses collègues, Mme C.
11. Le 21 avril 2009, la réclamante a fait part, par courrier adressé à sa direction, de sa déception de ne pas avoir été proposée à la C.A.P.
12. Le 6 mai 2009, la direction a répondu à la réclamante que sa contestation n'était pas fondée dès lors que la proposition à l'avancement de grade était une faculté pour la collectivité et non un droit pour l'agent.
13. Le 26 janvier 2010, lors d'un entretien, son chef de service, M. B, a maintenu son refus de proposer sa candidature pour 2010 lui préférant, de nouveau, sa collègue Mme C, au motif que cette dernière était plus « *réactive* ».

¹ Le refus de proposition d'avancement n'est pas détachable de la procédure d'avancement et ne constitue pas une décision faisant grief.

14. Le 29 janvier 2010, la réclamante a été déclarée inapte temporairement par la médecine préventive du travail et placée en arrêt maladie pendant trois mois. Cet arrêt maladie a été renouvelé jusqu'en février 2011.
15. Le 1^{er} février 2011, elle a donc réintégré les services du département d'abord en obtenant un mi-temps thérapeutique pendant trois mois, puis elle a exercé ses fonctions à temps complet.
16. Par courriers en date du 25 octobre 2010 et du 23 mai 2012, une instruction a été menée par le Défenseur des droits auprès du Président du Conseil Général qui n'a pas permis de retenir que le mis en cause aurait manqué à son obligation d'aménagement du poste de travail de Mme A, ou que celle-ci aurait été victime de harcèlement moral en lien avec son état de santé et son handicap.
17. Cette enquête permet, néanmoins, de considérer que, par application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve (CE, 30 octobre 2009, n°298348 ; article 4 de la loi du 27 mai 2008 susvisée), les refus de proposition à l'avancement au grade supérieur de Mme A et d'inscriptions au tableau d'avancement qui en ont résulté, sont fondés sur son état de santé ainsi que sur son handicap et, partant, discriminatoires.

II) – Discussion :

18. A titre préliminaire, il convient de rappeler, comme le souligne l'administration que la proposition d'un agent à l'avancement au grade supérieur est une faculté offerte au directeur de service et non un droit dont serait titulaire l'agent.
19. Toutefois, le choix de proposer ou non un agent à l'avancement ne peut intervenir, en méconnaissance notamment de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 susvisée, qui dispose qu' « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé (...) de leur handicap (...) ».
20. Dès lors, s'il est vrai que Mme A n'avait pas de droit à être nommée au grade d'assistant territorial socio-éducatif principal mais seulement vocation à accéder à ce grade, la décision de son directeur de service devait reposer sur des critères objectifs, exempts de toute discrimination liée à son état de santé et son handicap.
21. Les propositions à l'avancement de grade reposent sur l'examen des mérites respectifs de l'agent.
22. Concernant la réclamante, par courrier en date du 27 juin 2012, la collectivité indique n'avoir pu apprécier sa valeur professionnelle, mais ajoute que « la valeur de son travail n'a rien d'exceptionnel » et qu'« elle se situe dans une moyenne plutôt basse ».
23. Plus loin, elle réaffirme que « son handicap ou sa maladie n'y est pour rien ; seules ses qualités professionnelles tous justes passables sont en cause ».
24. Néanmoins, force est de constater que très vite l'argumentation de la collectivité porte sur des éléments fondés sur l'état de santé de la réclamante qui, « n'est vraisemblablement pas étranger à l'appréciation portée sur son travail ».
25. Or, l'autorité territoriale ne peut valablement refuser de proposer un agent à l'avancement et de l'inscrire au tableau d'avancement au motif qu'il est placé en congé de maladie.
26. En effet, le Conseil d'Etat a jugé que « les fonctionnaires placés en congé de longue durée, ne sont pas, de ce seul fait, privés du droit à être inscrits à un tableau d'avancement » et qu'ainsi, d'une manière générale, « 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 » (CE, 17 octobre 1990, n° 73922 ; CE, 10 juillet 1996, n° 147553). Par conséquent, les seules absences pour maladie dûment justifiées d'un agent, ne peuvent suffire à fonder un refus d'inscription sur le tableau d'avancement.
27. Ainsi, les périodes de congé pour maladie ordinaire, de longue maladie ou de longue durée ne doivent pas être prises en compte pour l'avancement, sauf à retenir l'existence d'une discrimination.

Conformément à l'article 30 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987 susvisé, ces périodes entrent également en compte dans l'ancienneté de service pour pouvoir prétendre au grade supérieur.

1- La collectivité tente, en l'espèce, de démontrer que les absences de la réclamante liées à son état de santé étaient telles qu'elles n'ont pas permis à sa hiérarchie « *de porter une appréciation circonstanciée justifiant une position d'avancement* ». Selon elle, « *l'appréciation de la valeur professionnelle de Mme A, trop éloignée du service, s'avère donc difficile* ».

28. Elle cite, sur ce point un arrêt du Conseil d'Etat selon lequel, « *l'application de l'article 24 de l'ordonnance 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires et relative à la notation des fonctionnaires est subordonnée à une présence effective du fonctionnaire au cours de l'année* » (CE, n° 92 802, 5 février 1975, Ministre de l'éducation nationale contre Mme Orzalek).
29. Cette jurisprudence a été confirmée par le Conseil d'Etat, le 26 mai 2010, dans un arrêt au terme duquel il a été jugé que, la notation des agents « *est subordonnée, pour permettre au chef de service d'apprécier la valeur professionnelle de l'agent, à l'exercice effectif de ses fonctions par celui-ci pendant une durée suffisante au cours de l'année au titre de laquelle est établie la notation* » (CE, n°309503, 26 mai 2010).
30. Toutefois, cette jurisprudence concernait les décisions déterminant la notation des agents pour laquelle seule une présence effective pendant l'année en cause peut permettre une évaluation.
31. Or, dans le cas d'espèce, il s'agit de la procédure de nomination au grade supérieur pour laquelle, le Conseil d'Etat a expressément jugé que les agents placés en congé de maladie, qu'il s'agisse d'un congé de longue durée ou de longue maladie, ne peuvent être privés du droit à être inscrits sur le tableau d'avancement (CE, n° 73922, 17 octobre 1990 et CE, 10 juillet 1996, n° 147553, précités).
32. La nomination d'un agent au grade supérieur repose, en effet, sur plusieurs éléments parmi lesquels figurent, notamment, les notations des agents sur plusieurs années de telle sorte que l'absence prolongée d'un agent pour raison de santé sur une année et l'impossibilité, qui en résulte, de l'évaluer au titre de cette année ne peut être pris en compte au stade de la nomination au grade supérieur.
33. La jurisprudence invoquée par la collectivité ne paraît, dès lors, pas transposable aux décisions relatives à l'avancement de grade des agents, d'autant que le Conseil d'Etat a précisé que les décisions de notation des agents ne sont pas des actes préparatoires à la décision de nomination au grade supérieur (CE, 23 novembre 1962, Camara).
34. La collectivité ne pouvait, par suite et sauf à entacher sa décision de discrimination liée à l'état de santé et au handicap, opposer à la réclamante ses congés de maladie répétés.

2- En outre, en contradiction avec son précédent argument, la collectivité ajoute que « *la qualité du travail fourni par Mme A n'a rien d'exceptionnel et qu'elle se situe dans une moyenne plutôt basse* ».

35. Pourtant, la notation administrative de la réclamante est en constante augmentation depuis son entrée au département et les appréciations littérales figurant sur ses fiches de notation mettent en avant ses qualités professionnelles en la décrivant comme un agent expérimenté, compétent et impliqué tant dans la conduite des projets que dans la recherche de solutions pour les usagers.
36. D'ailleurs, la collectivité ne fournit aucun élément concret de nature à étayer ses affirmations, si ce n'est les congés de maladie de la requérante et, par suite, son état de santé et son handicap.
37. Ainsi, elle précise, notamment, que « *l'état de santé de l'intéressée n'y est peut-être pas tout à fait étranger. Ses absences pour congé de maladie, très fréquentes et parfois durables, également. On conçoit aisément qu'une présence aussi discontinuée ne permet pas de réaliser un travail de qualité et concourt à la désorganisation du service* ».
38. L'administration ajoute au sujet de la réclamante que « *sa maladie n'y est pour rien ; seules ses qualités professionnelles, tout juste passables sont en cause* », tout en indiquant que son exercice professionnel a été « *gâché par des arrêts beaucoup trop fréquents* ».

39. Aux titres des années 2009 et 2010, M. B a préféré retenir la candidature de Mme C dont l'expérience et les qualités professionnelles seraient remarquées depuis longtemps.
40. La collectivité mentionne « *l'autonomie, l'esprit d'initiative, la réactivité* » de Mme C sans pour autant fournir d'éléments de nature à corroborer ces arguments.
41. Il semble donc que l'appréciation portée par l'administration, sur la manière de servir de la réclamante, soit directement liée à ses nombreux arrêts maladie et donc à son état de santé, ainsi qu'à son handicap, et ne soit pas fondée sur l'appréciation de ses mérites professionnels.
42. D'ailleurs en tentant de démontrer que ses absences ont été telles qu'elles n'ont pu permettre au chef de service d'évaluer la valeur professionnelle de la réclamante, la collectivité avoue implicitement que c'est bien la circonstance que la réclamante était souvent en congé maladie qui a déterminé le chef de service à ne pas la proposer à l'avancement.
43. Ainsi, il ressort des pièces du dossier que le choix du chef de service de ne pas proposer le nom de Mme A pour l'avancement au grade supérieur d'assistant territorial socio-éducatif principal a été pris au regard du seul motif tiré de son état de santé et de son handicap, qui constitue une discrimination prohibée par l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.
44. Par suite, l'enquête permet de considérer que Mme A a été victime d'une discrimination à raison de ces critères.