

Paris, le

---

## **Décision du Défenseur des droits n° 2012-38**

---

### **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 la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ;

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

Vu la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ;

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°94-1020 du 23 novembre 1994 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux corps des infirmières et infirmiers des services médicaux des administrations de l'Etat ;

Vu le décret n°2007-1365 du 17 septembre 2007 portant application de l'article 55 bis de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ;

Vu le décret n° 2010-1140 du 29 septembre 2010 modifiant le décret n° 88-1077 du 30 novembre 1988 portant statuts particuliers des personnels infirmiers de la fonction publique hospitalière ;

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

Saisi par Mme S infirmière dans un lycée, du refus de la nommer au grade supérieure au titre de l'année 2010.

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de formuler les recommandations suivantes au recteur de d'académie :

- réexaminer le dossier de Mme S en vue de sa nomination au grade d'infirmière de classe supérieure ;

- à défaut, l'indemniser pour les dommages matériels et moraux subis ;

- le tenir informé des mesures prises conformément à ses recommandations, dans un délai de quatre mois.

Le Défenseur des droits

**Dominique Baudis**

**I. FAITS :**

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 31 mai 2010 par Mme S, infirmière de classe normale exerçant ses fonctions dans un lycée depuis 2006, d'une réclamation relative au refus de la nommer au grade d'infirmière de classe supérieure au titre de l'année 2010.

L'intéressée estime que cette décision est fondée sur l'avis défavorable rendu par son chef d'établissement lequel a pris en compte son état de santé ce qui présente un caractère discriminatoire.

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* ».

Il convient de rappeler que, remplissant les conditions requises pour être inscrite au tableau d'avancement au grade d'infirmière de classe supérieure, la candidature de Mme S a été examinée lors de la séance de la commission administrative paritaire académique (CAPA) du 10 juin 2010, ainsi que celle des 31 autres candidats promouvables.

Toutefois, seules 14 promotions sont intervenues et Mme S n'a pas été nommée au grade supérieur.

Comme le rappelle l'administration, la liste des 32 candidats promouvables classés par ordre d'ancienneté dans le grade a été examinée lors de la CAPA du 10 juin 2010. Elle mentionnait, pour chaque candidat, les avis des chefs d'établissement sur le mérite des agents. De tels avis étaient exprimés de la manière suivante : « avis très favorable à court terme », « avis très favorable à moyen terme », « avis favorable », « sans opposition », « avis défavorable ».

Il ressort du procès-verbal de la séance du 10 juin 2010 de la CAPA, que le président de la séance a donné lecture des appréciations qui figuraient sur les comptes-rendus d'entretiens professionnels d'évaluation de 2009.

Le chef d'établissement de Mme S fait mention de son « *avis défavorable* » à son avancement et son appréciation générale sur la valeur professionnelle de l'intéressée en ces termes :

*« Mme S exerce à temps complet pour un établissement de 1100 élèves et un internat (filles-garçons) de 93 lits. La taille de l'établissement et les exigences de présence du service ne permettent pas toujours de rayonner au-delà de ce que l'on souhaiterait. Toutefois Mme S sait faire preuve de bonne volonté (...) ».*

En outre, il apparaît que sur la liste précitée transmise à la CAPA, Mme S était la seule à avoir fait l'objet d'un « *avis défavorable* ».

Par ailleurs, dans un courrier du 16 mars 2010 du chef de son établissement adressé à l'inspecteur d'académie, auquel était joint un tableau récapitulatif de ses absences pour maladie depuis 2000, il est indiqué que :

*« Je tiens à vous informer des absences répétées de Mme S, infirmière en poste et logée au Lycée. En effet depuis le 19 novembre 2009, elle n'a pu accomplir ses services. Je vous rappelle que nous avons : 1096 élèves dont 80 internes. Les incidents médicaux de jours, comme de nuits, sont nombreux et nous n'avons aucun autre personnel qualifié pour y répondre ».*

Par courriers du 3 novembre 2010 et du 13 décembre 2011, une enquête a été menée par le Défenseur des droits auprès du recteur de l'académie, qui y a répondu par courriers du 26 novembre 2010 et du 9 janvier 2012.

## **II- DISCUSSION :**

### **1- Cadre juridique :**

Il convient de rappeler que l'article 18 du décret n°94-1020 du 23 novembre 1994 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux corps des infirmières et infirmiers des services médicaux des administrations de l'Etat dispose que « *peuvent être promus au grade d'infirmière et infirmier de classe supérieure les infirmières et infirmiers ayant atteint le 5e échelon et justifiant de dix ans de services effectifs accomplis en qualité de fonctionnaire ou de militaire dans un corps ou cadre d'emplois d'infirmières et infirmiers, dont quatre ans accomplis dans un des corps visés au présent décret. Les intéressés sont nommés à l'échelon doté d'un indice égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui perçu dans l'ancien grade. [...]* ».

L'article 12 du décret n°2007-1365 du 17 septembre 2007 portant application de l'article 55 bis de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat dispose que « *pour l'établissement du tableau d'avancement, il doit être procédé à un examen approfondi de la valeur professionnelle de l'agent, compte tenu notamment : 1° Des comptes rendus d'entretiens professionnels ; 2° Des propositions motivées formulées par les chefs de service ; 3° Pour la période antérieure à l'entrée en vigueur du présent décret, des notations. Les commissions peuvent demander à entendre les intéressés. Les fonctionnaires sont inscrits au tableau par ordre de mérite. Les candidats dont le mérite est jugé égal sont départagés par l'ancienneté dans le grade.* »

Concernant le cadre juridique applicable à la lutte contre les discriminations, l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires prévoit qu' « *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) leur état de santé* ».

En outre, selon l'article 17 de cette loi, les « *notes et appréciations générales attribuées aux fonctionnaires* » expriment « *leur valeur professionnelle* ».

Aux termes de l'article 3 du décret n°2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat, l'entretien d'évaluation « *porte, principalement, sur les résultats professionnels obtenus par le fonctionnaire au regard des objectifs qui lui ont été assignés et des conditions d'organisation et de fonctionnement du service dont il relève, sur ses besoins de formation compte tenu notamment, des missions qui lui sont imparties et sur ses perspectives d'évolution professionnelle en termes de carrière et de mobilité (...)* ».

Au regard de ces dispositions, la notation des fonctionnaires doit être exclusivement fondée sur la manière de servir de l'agent et donc sur sa valeur professionnelle.

Ainsi, l'état de santé constitue un critère étranger à l'évaluation de la valeur professionnelle d'un fonctionnaire et l'absence liée à des congés de maladie ne peut être valablement prise en compte pour établir la notation d'un agent (CAA Bordeaux, 1er déc. 1997, n°95BX00498, Synd. interco. ordures ménagères Garrigue Vistrenque).

Le fait de reprocher à un agent, ses absences dûment justifiées à raison de son état de santé, constitue d'ailleurs un élément permettant de retenir la discrimination (notamment, Cour d'Appel de Reims, n°10/01827, 15 juin 2011 ; Cour d'Appel de Paris, n°10/09598, 28 juin 2011).

Enfin, l'administration ne peut valablement refuser d'inscrire un fonctionnaire au tableau d'avancement au motif qu'il est placé en congé de maladie. Le Conseil d'Etat (CE, 17 octobre 1990, n°73922 ; CE,

10 juillet 1996, n°147553 ) a ainsi considéré 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* ». 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 et de promotion.

## **2- La décision contestée est fondée sur un élément étranger à la valeur professionnelle de la réclamante, son état de santé :**

S'il est vrai qu'un agent public n'a pas de droit à l'avancement au choix, et que les décisions de refus de refus d'avancements ne figurent pas au nombre de celles que l'administration est tenue de motiver en application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 susvisée, il n'en demeure pas moins que l'administration est tenue de justifier que ses décisions reposent sur des critères objectifs, exempts de toute discrimination.

Ainsi, l'aménagement de la charge de la preuve posé, notamment à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 susmentionnée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la décision contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs considéré « *que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (CE, 30 octobre 2009, Mme Perreux, n° 298348 ; CE, 10 janvier 2011, Mme L EVEQUE, n° 325268).

En l'espèce, le recteur indique que les 14 candidats retenus bénéficiaient d'excellentes appréciations de leur chef d'établissement et que leur ancienneté dans le grade était supérieure à celle de Mme S, ce qui aurait prévalu dans les choix opérés conformément aux dispositions de l'article 12 du décret n° 2007-1365 du 17 septembre 2007. Les absences pour raisons de santé de la réclamante n'auraient ainsi pas été prises en compte.

S'agissant de la valeur professionnelle supérieure des candidats retenus, outre que leur fiche d'évaluation n'ont pas été transmises au Défenseur, ce premier argument est contredit par l'application par l'administration des dispositions de l'article 12 du décret n° 2007-1365 du 17 septembre 2007 selon lesquelles « *les candidats dont le mérite est jugé égal sont départagés par l'ancienneté dans le grade* ». Cela laisse, en effet, supposer que pour l'administration, les mérites de Mme S étaient égaux à ceux des autres candidats à départager.

Concernant le deuxième argument tiré de l'ancienneté inférieure de la réclamante, à supposer même qu'il puisse être considéré comme un critère objectif, un tel motif ne peut suffire à renverser la présomption de discrimination à raison de l'état de santé de l'intéressée.

En effet, comme cela a été rappelé, la candidature de Mme S a été examinée par la CAPA, en juin 2010, au regard du compte-rendu de l'entretien professionnel réalisé par son chef d'établissement mentionnant un avis défavorable à son avancement, notamment fondé sur ses absences pour raisons de santé.

Son chef d'établissement a également transmis un avis défavorable à l'inspecteur d'académie le 16 mars 2010, faisant état des absences répétées de l'intéressée, en y joignant un tableau récapitulatif de ses absences pour maladie depuis 2000, pourtant dûment justifiées et donc accordées de droit (cf. article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat).

Pour émettre un avis défavorable à sa nomination au grade supérieur, le chef d'établissement s'est borné à constater que Mme S a été très fréquemment absente sur les quatre dernières années, sans se prononcer sur sa valeur professionnelle pendant les périodes au cours desquelles elle a pu accomplir son service.

Dès lors, l'avis défavorable du chef d'établissement et l'absence de promotion qui s'en est suivie étaient directement liés à l'état de santé de la réclamante.

Or, il est de jurisprudence constante que le caractère discriminatoire de l'un des motifs ayant fondé une décision a, pour effet, de la contaminer dans son ensemble (par exemple, CEDH, Emmanuelle B. c/ France, 22 janvier 2008).

Par conséquent, l'administration n'a pas démontré que sa décision est fondée sur des éléments objectifs exempts de discrimination.

Le Défenseur des droits considère que Mme S a été victime d'une discrimination prohibée en raison de son état de santé au sens de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée.