

Paris, le 11 juin 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-141

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° 94-415 du 24 mai 1994 portant dispositions statutaires relatives aux personnels des administrations parisiennes ;

Saisi par M. X, agent municipal qui dénonce le refus de le nommer au grade d'agent d'accueil et de surveillance de 1^{ère} classe au titre des années 2017 et 2018 pour un motif qu'il estime discriminatoire ;

Décide de recommander à la maire :

- d'inscrire M. X sur le tableau d'avancement au grade supérieur dans les meilleurs délais ;
- de l'indemniser des préjudices financiers et moraux qu'il a subis, dès lors qu'il en ferait la demande ;
- de rappeler la portée du principe de non-discrimination aux agents en charge de fonctions d'encadrement.

Demande à être tenu informé des suites réservées à ses recommandations dans un délai de trois 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 M. X, agent d'accueil et de surveillance principal de 2^{ème} classe municipal, qui dénonce un retard dans son avancement de carrière en raison de son état de santé.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

M. X a intégré la municipalité le 23 septembre 2003, dans le corps des agents d'accueil et de surveillance.

Il a été nommé au grade d'agent d'accueil et de surveillance principal de 2^{ème} classe au 1^{er} juillet 2009.

La même année, il s'est vu confier les fonctions de chef de brigade, ce qui l'a conduit à encadrer environ 20 agents.

À compter du 18 janvier 2016, M. X est placé en congé maladie. À ce jour, il n'a pas repris ses fonctions.

En 2017 et 2018, M. X remplit les conditions statutaires pour accéder au grade d'agent d'accueil et de surveillance principal de 1^{ère} classe. Cependant, il n'est pas proposé à l'avancement par sa hiérarchie directe et, par suite, il n'est pas nommé à ce grade.

M. X considère que ces décisions sont motivées par le fait qu'il est placé en congé maladie et se dit ainsi victime de discrimination.

Dans ce cadre, il saisit le Défenseur des droits, qui engage une instruction auprès municipal. Celle-ci fait part de ses observations par courriers des 21 décembre 2017, 3 juillet 2018, 22 octobre 2018 et 31 janvier 2019.

ANALYSE JURIDIQUE

Le dispositif juridique

Les agents publics n'ont pas de droit acquis à l'avancement de grade. L'article 79 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, applicable aux personnels des administrations parisiennes conformément au décret n° 94-415 du 24 mai 1994, précise les modalités d'avancement de grade. Trois hypothèses sont ainsi prévues :

« 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 ;

2° Soit par voie d'inscription à un tableau annuel d'avancement, établi après avis de la commission administrative paritaire, après une sélection par voie d'examen professionnel ;

3° Soit par sélection opérée exclusivement par voie de concours professionnel ».

La première modalité d'avancement repose sur l'appréciation de la valeur professionnelle des agents. Cette appréciation doit être fondée sur des éléments objectifs tels que la qualité du travail de l'agent et son engagement dans le service.

En aucun cas, l'appréciation de la valeur professionnelle des agents ne doit reposer sur un critère discriminatoire.

L'article 6, alinéa 2, de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose qu' « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé ». L'article 6, alinéa 5, précise qu' « aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération (...) le fait qu'il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés au deuxième alinéa du présent article ».

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 également toute discrimination en matière de promotion professionnelle. L'article 1^{er} de cette loi définit la discrimination directe comme : « 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 ».

Pour compléter ces dispositions, il convient de rappeler que le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt du 17 octobre 1990 (n° 73922), 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 ».

Enfin, il doit être précisé que la personne qui estime faire l'objet d'une discrimination bénéficie d'un principe d'aménagement de la charge de la preuve. Le Conseil d'État a jugé, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le requérant, « 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, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348).

Ce dispositif, également repris à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que les agissements contestés reposent sur des explications objectives indépendantes de toute considération discriminatoire.

La situation de M. X

En 2017 comme en 2018, M. X satisfait aux conditions pour accéder au grade d'agent d'accueil et de surveillance principal de 1^{ère} classe, à savoir cumuler au moins un an d'ancienneté dans le 4^{ème} échelon du grade d'agent d'accueil et de surveillance principal de 2^{ème} classe et au moins cinq ans de services effectifs dans ce grade.

Comme le confirme la mairie dans son courrier du 31 janvier 2019, M. X a toujours été maintenu en position d'activité depuis son recrutement en 2003.

Ses fiches de notation, établies avant son placement en congé maladie, témoignent de ses qualités professionnelles. Dans la fiche de notation au titre de l'année 2013, sa hiérarchie indique qu'il est un « chef de brigade efficace dans son travail », « sérieux et motivé ». Dans la fiche de notation de l'année 2014, il est noté : « chef de brigade qui s'implique dans la gestion et l'encadrement de ses agents malgré le caractère quelque fois difficiles de certains », « chef de brigade sérieux et motivé qui encadre son équipe de façon réfléchie ».

Toutefois, dans un mail du 6 octobre 2017 adressé au réclamant, Mme A, agent de la direction de la prévention, de la sécurité et de la protection, explique que : « Mme B, cheffe de circonscription n'a pas été en mesure de vous évaluer et de vous proposer pour une

nomination au choix compte tenu de votre absence pour maladie depuis le 18 janvier 2016. De ce fait, c'est la raison pour laquelle vous n'avez pas été proposé par la direction ».

Les éléments ainsi produits par M. X permettent de présumer que les refus de le proposer à l'avancement au grade supérieur, tant en 2017 qu'en 2018, sont liés à son placement en congé maladie.

Dans son courrier du 21 décembre 2017, la ville confirme qu'elle n'a pas proposé la candidature de M. X à l'avancement au choix en raison de l'impossibilité, pour la hiérarchie de cet agent, d'émettre un avis sur sa valeur professionnelle, du fait de son placement en congé maladie. L'appréciation de ses qualités professionnelles aurait été d'autant plus difficile que le nouveau chef de service est arrivé après le placement de M. X en congé maladie.

Le Défenseur des droits considère que la difficulté à apprécier la valeur professionnelle de M. X au cours des années 2016 et suivantes, qui est réelle, ne saurait à elle seule justifier le refus de lui accorder un avancement de grade.

L'avancement de grade au choix constitue en effet une reconnaissance du travail de l'agent sur plusieurs années. On ne saurait bloquer l'avancement de carrière d'un agent en raison de son absence durant les mois qui ont précédé la campagne d'avancement, au risque de rendre les dispositions juridiques précitées inefficaces.

La ville explique qu'en tout état de cause, M. X ne pouvait pas espérer être nommé au grade supérieur en raison du faible taux de promotion (ratio entre les agents promouvables et les agents promus) et des critères objectifs sélectifs qu'elle a dû arrêter pour évaluer les nombreuses candidatures à l'avancement.

En 2017 et 2018, le taux de promotion était de 16%, ce qui a effectivement conduit la ville à établir des critères de sélection stricts pour départager les agents promouvables.

Dans son courrier du 22 octobre 2018, ainsi que dans celui du 31 janvier 2019, la ville insiste sur le fait qu'elle a donné la priorité aux agents occupant un poste d'encadrement. La ville explique que M. X n'a pas été promu car « *il ne remplissait pas le critère qui a été appliqué à tous les agents proposés à la nomination, à savoir occuper un poste d'encadrement* ».

Cet argument ne peut être retenu car il est fondé sur une erreur de fait. Comme précisé auparavant, M. X est bien affecté sur un poste d'encadrement et, ce, depuis 2009.

En outre, on relève que, même si les agents promus ont reçu des appréciations très favorables de la part de leur hiérarchie en 2016 et 2017, ces appréciations ne sont pas particulièrement meilleures que les avis émis par la hiérarchie de M. X sur ses qualités professionnelles avant son placement en congé maladie.

Le Défenseur des droits considère que les arguments développés par la ville ne permettent pas de renverser la présomption de discrimination. L'absence d'avancement de grade de M. X revêt ainsi un caractère discriminatoire.

Conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif, tel un harcèlement ou une discrimination, a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis (par exemple, Cass. Soc, 23 novembre 2005, n° 03-40.826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225).

M. X, qui aurait pu accéder au grade supérieur dès 2017, a, de ce fait, subi un préjudice financier. De plus, le traitement discriminatoire qu'il a subi a fait naître un préjudice moral à son égard.

En conséquence, afin de remédier à cette situation et de rétablir le réclamant dans ses droits, le Défenseur des droits recommande à Madame la maire:

- d'inscrire M. X sur le tableau d'avancement au grade supérieur dans les meilleurs délais ;
- de l'indemniser des préjudices financiers et moraux qu'il a subis, dès lors qu'il en ferait la demande ;
- de rappeler la portée du principe de non-discrimination aux agents en charge de fonctions d'encadrement.

Le Défenseur des droits demande à être tenu informé des suites réservées à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON