

Paris, le 8 novembre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-277

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 ;

Saisi par Mme X, attachée principale au centre communal d'action sociale (CCAS) de Z, qui estime que son avancement de carrière aurait été entravé en raison de son état de santé ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, saisi par la réclamante ;

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Z en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

RAPPEL DES FAITS

Mme X a intégré le centre communal d'action sociale de Z en novembre 2002, en qualité de rédacteur territorial. Elle a alors été affectée sur un poste de responsable du pôle Commande publique.

Suite à sa réussite au concours interne d'attaché territorial, elle a été affectée, à compter de novembre 2003, au poste de responsable du pôle Effectifs et recrutement, puis au poste de responsable du service Gestion prévisionnelle des ressources humaines en 2006.

En 2011, Mme X a été nommée au grade d'attaché principal.

En mai 2012, elle s'est vue confier les fonctions de collaborateur du chargé de mission Ressources humaines auprès de la direction générale du CCAS.

En plus de ces fonctions, Mme X s'est vue attribuer, à partir d'octobre 2014, la mission de directeur administratif et financier de la direction de la Cohésion sociale.

Elle a été placée en congé de longue durée à compter du 26 janvier 2015.

En juin 2015, à l'issue de l'examen des candidatures pour l'avancement au grade de directeur territorial, Mme X n'a pas été inscrite au tableau d'avancement, au profit d'une collègue, Mme Y.

L'année suivante, alors qu'elle était toujours placée en congé de longue durée, elle n'a pas non plus été nommée au grade de directeur territorial. C'est une autre collègue, Mme W, qui a obtenu la nomination au grade supérieur.

Mme X estime que ces refus successifs de nomination au grade supérieur sont liés à son état de santé. En cela, elle se dit victime de discrimination.

Elle a engagé un recours auprès du tribunal administratif de Z en vue de faire annuler le tableau d'avancement de 2016.

Dans ce cadre, elle a saisi le Défenseur des droits, qui a sollicité les observations du CCAS par un courrier du 31 août 2018. Le CCAS a fait part de ses explications quant aux refus de nommer Mme X au grade de directeur territorial dans un courrier daté du 4 octobre 2018, reçu le 14 janvier 2019. Le CCAS a apporté des explications complémentaires par un courrier en date du 19 juillet 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 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.

En outre, 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 ».

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.

Le cas d'espèce

En 2015 et 2016, Mme X, attachée principale depuis 2011, satisfaisait aux conditions, alors en vigueur, pour être nommée au grade supérieur de directeur territorial.

Pour rappel, aux termes de l'article 2 du décret n° 87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux, alors en vigueur :

« Les membres du cadre d'emplois [...] participent à la conception, à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques décidées dans les domaines administratif, financier, économique, sanitaire, social, culturel, de l'animation et de l'urbanisme. Ils peuvent ainsi se voir confier des missions, des études ou des fonctions comportant des responsabilités particulières, notamment en matière de gestion des ressources humaines, de gestion des achats et des marchés publics, de gestion financière et de contrôle de gestion, de gestion immobilière et

foncière et de conseil juridique. Ils peuvent également être chargés des actions de communication interne et externe et de celles liées au développement, à l'aménagement et à l'animation économique, sociale et culturelle de la collectivité. Ils exercent des fonctions d'encadrement et assurent la direction de bureau ou de service.

[...] Les titulaires du grade de directeur territorial exercent leurs fonctions dans les communes de plus de 40 000 habitants, les départements, les régions, les offices publics d'HLM de plus de 5 000 logements ainsi que les établissements publics locaux assimilés à une commune de plus de 40 000 habitants dans les conditions fixées par le décret n° 2000-954 du 22 septembre 2000 précité. Ils peuvent, en outre, occuper l'emploi de directeur général des services de communes de plus de 10 000 habitants des communes, des mairies d'arrondissement ou de groupe d'arrondissements de Lyon et de Marseille assimilés à des communes de plus de 10 000 habitants ou exercer les fonctions de directeur d'office public d'habitations à loyer modéré de plus de 3 000 logements ou d'un établissement public local assimilé à une commune de plus de 10 000 habitants dans les conditions fixées par le décret n° 87-1101 du 30 décembre 1987 précité ».

Les conditions pour accéder au grade de directeur territorial étaient fixées comme suit par l'article 21 du décret du 30 décembre 1987, alors en vigueur :

« *Peuvent être nommés au grade de directeur territorial, après inscription sur un tableau d'avancement, les attachés principaux comptant au moins quatre ans de services effectifs dans leur grade. Sont pris en compte, au titre de ces services, les services accomplis par les attachés principaux détachés dans l'un des emplois mentionnés à l'article 7 du décret n° 87-1101 du 30 décembre 1987 portant dispositions statutaires particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités territoriales et des établissements publics locaux assimilés* ».

Seuls deux agents, dont Mme X, étaient promouvables au grade de directeur territorial en 2015 et en 2016, et le ratio entre les agents promouvables et les agents promus, pour ces deux années, était de 100 %.

Certes, un employeur public n'est pas tenu de promouvoir tous les agents promouvables dans une telle hypothèse. Pour autant, seule une insuffisance professionnelle semble pouvoir expliquer le refus de nommer un agent au grade supérieur quand le taux de promotion est de 100 %.

Or, les évaluations de Mme X au cours des dernières années étaient très satisfaisantes.

En 2012, elle s'est vue attribuer la note de 19/20 par sa hiérarchie.

En 2013, elle a obtenu la même notation. Dans le compte-rendu de notation, il était notamment indiqué : « *Cadre investi dans ses missions et concourant activement à la réussite de la mutualisation. Poursuivre les missions en veillant à la bonne application, par les services du CCAS, des procédures élaborées par la métropole. Cadre toujours soucieux de la qualité du service public* ».

En 2014, Mme X s'est vue attribuer la note de 19,3/20. Les appréciations de son supérieur hiérarchique étaient élogieuses : « *Cadre toujours investie dans ses missions et concourant parfaitement à la réussite de la mutualisation (...). Demeure toujours disponible pour assumer des surcharges de travail nécessitant de fréquents dépassements d'horaires. Cadre possédant également le sens du service public et une conscience professionnelle avérée* ».

Compte-tenu du taux de promotion et des évaluations professionnelles de Mme X, sa candidature à l'avancement au grade de directeur territorial semblait satisfaire à tous les critères pour être retenue.

Par suite, on peut présumer que les refus du CCAS de nommer Mme X au grade de directeur territorial, tant en 2015 qu'en 2016, étaient liés à son placement en congé de longue durée à compter du 26 janvier 2015.

Afin de renverser cette présomption, le CCAS fait valoir, dans ses courriers des 4 octobre 2018 et 19 juillet 2019, que ses décisions étaient fondées sur l'examen des fonctions occupées par les candidats à l'avancement, l'appréciation de leur manière de servir, leur âge et leur ancienneté dans la fonction publique et au grade d'attaché principal.

Le CCAS indique, dans son courrier du 4 octobre 2018, que « *Mmes Y et W ont été proposées au grade de directeur, respectivement en 2015 et 2016, en raison de leurs fonctions et niveaux de responsabilités, de leur ancienneté et de leur valeur professionnelle* ».

Il précise, dans son courrier du 19 juillet 2019 que Mme Y et Mme W avaient une ancienneté plus importante dans la fonction publique que Mme X (respectivement 40 ans et 33 ans, contre 13 ans pour la réclamante). Le CCAS précise que Mme Y était âgée de 62 ans en 2015 et que Mme W était âgée de 56 ans en 2016, alors que Mme X n'avait que 46, puis 47 ans, quand elle a candidaté à l'avancement au grade directeur territorial. Enfin, le CCAS produit les évaluations professionnelles des dernières années de Mme Y et de Mme W, dans le but de démontrer leurs qualités professionnelles.

Dans le même temps, le CCAS soutient que la réclamante n'avait pas fait la preuve, jusqu'en 2015, de ses capacités à exercer des fonctions correspondant au grade de directeur territorial. Dans le courrier du 4 octobre 2018 adressé au Défenseur des droits, le CCAS indique : « *Jusqu'à septembre 2014, [Mme X] occupait le poste d'adjoint du chargé de mission Ressources Humaines, sans encadrement ni responsabilités spécifiques. Elle a ensuite été positionnée sur un poste de directeur administratif et financier au sein d'une direction, mais elle n'a occupé ce poste que quelques semaines avant de s'absenter pour raisons médicales* ». Il ajoute : « *En 2016, Mme X n'avait pas pu démontrer ses compétences et savoir-faire sur un poste de directeur administratif et financier* ».

En premier lieu, le Défenseur des droits rappelle que le critère de l'âge, pris en considération par le CCAS pour arrêter son choix, est discriminatoire et prohibé par les articles 6 de la loi du 13 juillet 1983 et 1^{er} de la loi du 27 mai 2008.

En deuxième lieu, le critère de l'ancienneté retenu par le CCAS peut être discuté. Mme X a été nommée au grade d'attaché principal en 2011, tandis que Mme Y a été nommée à ce grade en 2010 et Mme W en 2008. Il n'y avait donc pas de différence significative entre les candidates sur ce critère.

De plus, si Mme Y et Mme W avaient une ancienneté globale dans la fonction publique supérieure à celle de Mme X, Mme W n'avait qu'un an d'ancienneté dans la collectivité quand elle a été promue en 2016. Le CCAS a donc privilégié un agent nouvellement arrivé alors que Mme X travaillait dans la structure depuis 13 ans.

En troisième lieu, l'examen des fonctions occupées par les candidats à l'avancement montre que Mme X n'a pas exercé moins de responsabilités que Mmes Y ou W au cours de sa carrière.

Elle a ainsi exercé plusieurs postes à responsabilité comprenant des fonctions d'encadrement. Du 18 novembre 2002 au 31 octobre 2003, elle était responsable du pôle Commande publique, avec 2 agents sous sa responsabilité. Du 1^{er} novembre 2003 au 30 septembre 2006, elle était responsable du pôle Effectifs et recrutement et encadrait de 1 à 4 agents. Du 1^{er} octobre 2006 au 30 avril 2012, elle exerçait les fonctions de responsable du service Gestion prévisionnelle des ressources humaines et avait 6 agents sous sa responsabilité.

Certes, entre le 1^{er} mai 2012 et le 30 septembre 2014, Mme X, affectée au poste de collaboratrice du chargé de mission Ressources humaines auprès de la direction générale (lui-même, précédemment directeur des Ressources humaines du CCAS), ne dirigeait pas un service.

Pour autant, cela ne saurait occulter les expériences précédentes de Mme X sur des postes d'encadrement. Ce sont d'ailleurs ces expériences réussies qui ont justifié la nomination de la réclamante au poste de directeur administratif et financier, au sein de la direction de la cohésion sociale, au 1^{er} octobre 2014.

Lorsque Mme Y a été nommée au grade de directeur territorial en 2015, elle avait occupé les fonctions de responsable du service habitat et hébergement, et celui de responsable des logements et des hébergements d'insertion. S'agissant de Mme W, elle a été nommée au grade supérieur en 2016 alors qu'elle exerçait les fonctions de chargé de mission finances.

Par ailleurs, en constatant que Mme X n'avait pas encore, en 2016, démontré ses compétences sur le poste de directeur administratif et financier, le CCAS fait une référence directe à son indisponibilité pour raison médicale.

Lors de la commission administrative paritaire du 8 juin 2015, la vice-présidente du CCAS, Mme Joëlle MARTINAUX, a indiqué aux représentants du personnel que : « *si [Mme X] exerce effectivement les fonctions de directeur, elle sera proposée et, elle l'espère, promue la prochaine fois* » (propos retranscrit dans le compte-rendu de la CAP).

À la lecture de ces propos, ainsi que des explications avancées dans le courrier du 4 octobre 2018, on comprend que Mme X ne pouvait pas espérer être nommée au grade de directeur territorial, en 2015 et 2016, alors qu'elle était toujours placée en congé de longue durée et qu'elle n'avait pas repris ses fonctions.

En dernier lieu, l'examen des évaluations professionnelles de chaque candidat à l'avancement ne permet pas de considérer que les candidatures de Mme Y et de Mme W étaient meilleures que celle de Mme X.

Les trois intéressées ont fait l'objet de notes et d'appréciations équivalentes ces 3 dernières années. Malgré une évaluation professionnelle moyenne en 2013, avec des reproches sur son savoir-être et son savoir-faire, Mme Y a d'ailleurs été nommée au grade supérieur en 2016.

En l'état, on ne peut donc pas considérer que Mme Y et Mme W étaient plus méritantes que Mme X au moment où elles ont obtenu l'avancement de grade.

Le Défenseur des droits considère que les arguments avancés par le CCAS ne permettent pas de renverser la présomption de discrimination à l'égard de la réclamante et, qu'ainsi, Mme X pourrait être reconnue comme victime de discrimination en raison de son état de santé.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend présenter devant le tribunal administratif de Z, saisi par la réclamante.

Jacques TOUBON