

Paris, le 19 décembre 2019

---

## Décision du Défenseur des droits n°2019-312

---

### 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 ;

Saisi par Madame X, attachée territoriale principale, qui estime avoir été victime de discrimination en raison de son état de santé, compte tenu de l'avis défavorable à son avancement au grade d'attaché hors classe rendu par la commune de Y, le 15 novembre 2017,

Décide, en vue de régler la situation exposée ci-après, de recommander à la commune de Y de réparer le préjudice subi par Madame X résultant de son avis litigieux qui l'a désavantagé lors de l'examen de sa demande d'avancement au grade supérieur par le CNFPT.

Le Défenseur des droits demande à la Commune de Y 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 par Madame X concernant l'avis défavorable d'avancement au grade d'attaché hors classe rendu par la commune de Y, le 15 novembre 2017. L'intéressée estime faire l'objet d'une discrimination fondée sur son état de santé car le motif de cet avis prend en compte son absence pour congé maladie et ne s'appuie pas sur des éléments objectifs figurant dans son évaluation professionnelle au titre de l'année 2016.

### **FAITS ET PROCEDURE**

Attachée territoriale principale du centre national de la fonction publique territoriale (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 vue opposer un avis défavorable à l'avancement au grade d'attaché hors classe, le 15 novembre 2017.

L'avis du directeur général des services 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 par la CAP placée auprès de son administration d'origine, le CNFPT, 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.

Madame X, âgée de 61 ans, précise que la portée de cet avis a un impact d'autant plus défavorable sur sa carrière qu'elle se trouve dans l'impossibilité de reprendre une activité professionnelle.

En effet, placée 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 a en effet 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 Z.

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<sup>er</sup> 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 la commune de Y car celle-ci a rendu un avis négatif à son avancement de grade fondé sur son absence pour congé maladie. Dès lors, Mme X considère que cet avis qui a été adressé au CNFPT pour l'examen de sa demande d'avancement au grade d'attaché hors classe lui a fait perdre une chance d'obtenir une promotion au grade d'attaché hors classe.

Le Défenseur des droits a diligenté une enquête auprès de la commune de Y et lui a communiqué, le 8 novembre 2018, 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 la commune de Y à présenter des éléments permettant d'établir que l'avis défavorable rendu le 15 novembre 2017 par le directeur général des services de la commune reposait sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Les observations transmises par la commune de Y, le 30 novembre 2018, ne permettent pas d'écarter la présomption de discrimination, de sorte que le Défenseur des droits confirme son analyse et considère que l'avis défavorable de la commune de Y n'était pas fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, notamment sur l'insuffisance professionnelle de Madame X.

## **DISCUSSION**

### **Sur le caractère discriminatoire de l'avis défavorable à l'avancement de grade**

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<sup>er</sup> 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.

Le principe de non-discrimination constitue donc une garantie pour les fonctionnaires et agents publics qui ne peuvent subir de discrimination directe ou indirecte, notamment dans leur évolution de carrière.

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'État a considéré, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, qu'« *il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; 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 ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* » (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348 ; CE, 10 janvier 2011, Mme LEVEQUE, n°325268).

Un tel dispositif, proche de celui de l'aménagement de la charge de la preuve posé par l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précité, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la mesure litigieuse repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, l'avis défavorable à l'avancement de grade rendu par la commune de Y le 15 novembre 2017 se fonde sur la circonstance que la réclamante est en congé pour maladie depuis le 3 avril 2017 et qu'ainsi, il n'est « *pas possible de juger si son avancement au grade d'attaché hors classe est justifié ou pas* ».

Ce faisant, la commune de Y, a délibérément choisi de cocher la case « *avis défavorable* », ce qui est nécessairement contradictoire avec la thèse soutenue par la commune lorsqu'elle invoque l'impossibilité de se prononcer sur l'avancement de grade de Mme X.

La commune de Y qui a émis un avis défavorable à l'avancement de grade ne pouvait en ignorer la portée dès lors que celui-ci fait partie des éléments qui doivent être examinés par l'autorité territoriale pour l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux aux termes de l'article 8 du décret n°2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux.

L'extrait du procès-verbal de la CAP du 28 novembre 2017 atteste que cette proposition a bien été prise en compte pour établir le tableau d'avancement: « *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. (...)* »

Si la commune de Y ne peut être tenue responsable du fait que le CNFPT se soit fondé exclusivement sur son avis pour s'opposer à l'avancement de Mme X, celle-ci ne peut pour autant s'exonérer de sa responsabilité.

Ainsi, la commune de Y a rendu un avis défavorable pour lequel il convient de s'interroger sur le motif qui a présidé à ce choix.

Saisi du recours hiérarchique de Madame X, le maire de la commune de Y a expliqué à l'intéressée qu'il ne disposait pas d'éléments objectifs pour juger de sa manière de servir (« *aucune pièce concernant vos notations et appréciations sur l'ensemble de votre carrière à Y* ») et que la durée de ses services au sein de la commune était insuffisante. Par ailleurs, il a indiqué que la réclamante n'avait pas travaillé avec les nouveaux élus et le nouveau directeur général des services.

Pour le Défenseur des droits, aucun de ces motifs n'apparaît de nature à justifier l'avis défavorable à l'avancement rendu par la commune pour l'année 2017.

En effet, dans sa note récapitulative, le Défenseur des droits a rappelé à la commune que Mme X avait été évaluée par la commune de Y au titre de l'année 2016 et que le compte-rendu de l'entretien professionnel faisait état de remarques très positives sur son travail « *très méthodique, structurée (...), Mme X a remarquablement su s'adapter à un contexte complexe entre agents et élus et a su apporter une stabilité et une maîtrise de la situation* ».

Le Défenseur des droits a également précisé que cette évaluation aurait pu permettre à la commune de Y de rendre un avis circonstancié sur les mérites de l'intéressée. En réponse, la commune de Y a indiqué qu'elle ne disposait pas, au moment où elle a rendu son avis le 15 novembre 2017, du compte-rendu d'entretien qui avait été réalisé au titre de l'année 2016 et a ajouté qu'elle n'en avait eu connaissance que grâce au courrier du Défenseur des droits. Par ailleurs, selon la commune, Mme X est entièrement responsable de ce manquement car elle occupait le poste le plus élevé et aurait dû transmettre son évaluation aux services des ressources humaines.

Le Défenseur des droits estime cette explication peu convaincante. En tout état de cause, les agents, quel que soit leur niveau de responsabilité, ne sauraient être rendus responsables de la tenue de leur dossier administratif. Ce compte-rendu réalisé le 21 décembre 2016 aurait dû figurer au dossier administratif de l'intéressée et s'il n'y était pas, la commune de Y aurait dû s'enquérir de savoir où il se trouvait, en se rapprochant, le cas échéant, du CNFPT.

Or, aucune pièce du dossier ne permet de constater que la commune de Y a tenté de rechercher des éléments qui auraient pu lui permettre de se prononcer sur les mérites de l'intéressée. Aucune démarche auprès du CNFPT, son administration d'origine, ne figure ainsi au dossier.

Par conséquent, le Défenseur des droits estime que la commune de Y disposait d'éléments objectifs pour se prononcer sur la valeur professionnelle de Mme X, notamment le compte-rendu de son entretien professionnel pour 2016. Il considère également que les appréciations portées sur ce document par la commune de Y ne sont pas de nature, à elles seules, à pouvoir justifier un avis défavorable à l'avancement.

Aussi, si l'absence de Mme X pour congé maladie, pourrait expliquer l'impossibilité de procéder à son évaluation professionnelle pour l'année 2017, elle ne peut en aucune manière justifier l'avis défavorable rendu par la commune de Y pour l'avancement de grade dès lors qu'elle disposait d'éléments objectifs pour l'année 2016 et que ces éléments ne faisaient pas état de son insuffisance professionnelle. Par suite, la commune de Y ne saurait objecter qu'elle n'a pas pris en compte l'absence de Mme X pour congé maladie puisque cette seule circonstance a motivé son avis défavorable.

Or, dans sa décision n° 73922 du 17 octobre 1990, 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 »*.

Aussi, en rendant un avis défavorable à l'avancement de grade de Mme X sans rechercher si des éléments objectifs tenant à ses mérites professionnels pouvaient justifier un tel avis, la commune de Y a commis une discrimination au sens de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, ce qui constitue une faute de nature à engager sa responsabilité.

L'avis défavorable de la commune de Y ayant entraîné un désavantage pour Mme X puisqu'elle qu'elle a perdu une chance d'obtenir un avancement au grade d'attaché hors classe, le Défenseur des droits recommande à la commune de Y de procéder à la réparation des préjudices qui en ont résulté après que l'intéressée ait présenté une demande indemnitaire.

Jacques TOUBON