

N° 449708

M. L...

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 30 novembre 2022

Décision du 16 décembre 2022

Conclusions

M. Thomas PEZ-LAVERGNE, Rapporteur public

1. M. L..., qui appartient au cadre d'emploi des attachés territoriaux, a été nommé attaché principal en 1994 puis directeur territorial en 1999. Après avoir exercé les fonctions de responsable du service financier de la ville de Saint-Pierre (La Réunion) jusqu'en 2001, il a été affecté au centre communal d'action sociale (CCAS) de cette commune et a bénéficié d'une décharge totale d'activité de services pour l'exercice de mandats syndicaux¹. En réponse à sa demande d'inscription sur le tableau d'avancement au grade d'attaché hors classe, grade à accès fonctionnel (GRAF), le président du centre communal d'action sociale lui a indiqué, par courrier du 11 décembre 2017, qu'il ne remplissait pas les conditions d'une telle inscription, n'ayant exercé ses fonctions de responsable du service financier de la commune, au grade requis, que pendant sept ans et quatre mois² alors que huit années d'exercice de fonctions correspondant à un niveau élevé de responsabilité sont exigées par le statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux³. Par arrêté en date du 14 décembre 2017, le président du centre communal a établi le tableau annuel d'avancement au grade d'attaché hors classe au titre de l'année 2017, sans y inscrire M. L.... Ce dernier a demandé l'annulation de la décision du 11 décembre 2017 et de cet arrêté. Sa demande a été rejetée par le tribunal

¹ Depuis le 1^{er} janvier 2003 selon le tribunal et la cour et ce qu'affirme les parties devant vous, ou depuis le 1^{er} décembre 2001 selon ce qu'affirmait le CCAS en défense devant la cour. Cela étant dit, si tant est que le requérant ait exercé des fonctions au sein du CCAS, il n'est pas soutenu qu'elles présentaient un niveau de responsabilités élevées, ce qui justifie qu'elles ne soient pas comptabilisées dans les huit années exigées par le décret statutaire.

² Durée correspondant, pour l'essentiel, à la période courant de sa nomination comme attaché principal (grade d'avancement), le 1^{er} août 1994, au début de son affectation au CCAS.

³ Article 21 du décret n° 87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux.

administratif de La Réunion puis par la cour administrative d'appel de Bordeaux contre l'arrêt de laquelle M. L... se pourvoit en cassation.

2. Le premier moyen est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que le président du centre communal d'action sociale n'a pas fait une inexacte application des articles 21 du décret du 30 décembre 1987 et 23 bis de la loi du 13 juillet 1983⁴ en n'inscrivant pas le requérant au tableau d'avancement au grade d'attaché territorial hors classe au titre de l'année 2017.

Ce moyen, le seul qui a véritablement justifié l'admission du pourvoi, vous donne l'occasion de statuer explicitement sur la possibilité et la manière de prendre en compte les responsabilités exercées dans le cadre d'une décharge d'activité pour l'exercice d'un mandat syndical pour apprécier la condition tenant à l'exercice pendant au moins huit années de responsabilités requise par le décret statutaire des attachés territoriaux.

2.1. Rappelons les dispositions applicables au litige.

L'article 21 du décret du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux dispose que peuvent être nommés au grade d'attaché hors classe, notamment, « *les directeurs territoriaux ayant atteint au moins le troisième échelon de leur grade* »⁵ et justifiant « *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* »⁶.

L'article 23 bis de la loi du 13 juillet 1983 régit, quant à lui, l'avancement des fonctionnaires déchargés de fonctions ou mis à disposition à titre syndical. Le 3° de son II, dont la substance est désormais reprise à l'article L. 212-4 du code général de la fonction publique, prévoit que « *Lorsqu'il réunit les conditions fixées par le statut particulier de son (...) cadre d'emploi pour bénéficier d'un avancement de grade au choix, [le] fonctionnaire [qui consacre*

⁴ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.

⁵ 1^{er} al. du I de l'art. 21 du décret n° 87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attachés territoriaux.

⁶ 3° du I de l'art. 21 du décret.

la totalité de son service à une activité syndicale] est inscrit, de plein droit, au tableau d'avancement de grade, au vu de l'ancienneté acquise dans ce grade et de celle dont justifient en moyenne les fonctionnaires titulaires du même grade relevant de la même autorité de gestion et ayant accédé, au titre du précédent tableau d'avancement et selon la même voie, au grade supérieur ».

2.2. Combinant ces deux textes, la cour et le tribunal ont jugé à l'unisson que l'article 23 bis du statut général des fonctionnaires subordonne l'avancement qu'il prévoit à la réunion de conditions fixées par le statut particulier et n'a ni pour objet ni pour effet de faire bénéficier un agent totalement déchargé de services pour l'exercice de mandats syndicaux d'un droit automatique à l'avancement. Les premiers juges ont également considéré, le tribunal explicitement et la cour implicitement⁷, que le fonctionnaire qui bénéficie d'une telle décharge peut se prévaloir des compétences acquises dans l'exercice de son activité syndicale pour justifier de la condition d'exercice pendant huit années de responsabilités élevées. Mais, en l'espèce, ils ont estimé que les fonctions syndicales de M. L... ne révélaient pas l'exercice de telles responsabilités.

La cour et le tribunal ont ainsi entendu s'inspirer de votre jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* de 2012⁸. Relevons néanmoins que la pérennité de cette jurisprudence ne nous paraît pas assurée : elle a été rendue sur le fondement des textes antérieurs à la réforme de 2016 dont est issu l'article 23 bis de la loi de 1983⁹ ; or les dispositions de ce dernier, reprises dans le code général de la fonction publique, prévoient désormais explicitement, dès lors que les

⁷ La cour l'admet implicitement en examinant, sans « en tout état de cause », les états de services syndicaux du requérant.

⁸ CE 8/3 SSR, 29 octobre 2012, *Cne d'Aix-en-Provence*, n° 347259, A (FPT). Jurisprudence étendue par la suite de la fonction publique territoriale à la fonction publique de l'État (CE 2/7 SSR, 15 avril 2016, *Syndicat CFE-CGC Orange*, n° 391049, C (FPE)) et des grades d'un corps ou cadre d'emploi aux emplois fonctionnels et grades à accès fonctionnel (GRAF) (CE 2/7 CHR, 25 septembre 2020, *Société Orange*, n° 431200, B). Vous avez ainsi jugé que des dispositions qui prévoyaient que l'avancement des fonctionnaires bénéficiant d'une mise à disposition ou d'une décharge totale de service pour l'exercice de mandats syndicaux a lieu sur la base de l'avancement moyen des fonctionnaires du cadre d'emploi, emploi ou corps auquel les intéressés appartiennent que ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de soustraire ces fonctionnaires aux procédures d'avancement et de reconnaître à ceux d'entre eux dont l'ancienneté de grade excède l'ancienneté moyenne des agents titulaires du même grade, « un droit automatique à l'avancement au grade supérieur » et ne sauraient davantage leur ouvrir un droit à nomination sur un emploi fonctionnel ni un droit d'accès sur la base de l'avancement moyen aux échelons fonctionnels qui y sont directement rattachés.

⁹ Article 58 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires rétablissant l'article 23 bis de la loi du 13 juillet 1983 et abrogeant les articles 59 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 (FPE), 77 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 (FPT) et 70 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 (FPH).

conditions statutaires par ailleurs requises sont satisfaites, une inscription « de plein droit » au tableau d'avancement de grade des fonctionnaires bénéficiant d'une décharge de service pour l'exercice de mandats syndicaux. Cette précision nous semble exclure toute appréciation au cas par cas des mérites, et aboutir par conséquent, contrairement à ce qu'a jugé la cour¹⁰, à un « droit automatique à l'avancement »¹¹. Mais cela n'empêche pas qu'il demeure nécessaire de vérifier, par ailleurs, les conditions dont les textes continuent d'exiger le respect et notamment celle tenant à l'exercice de responsabilités d'un niveau élevé.

2.3. Pour répondre au moyen, et trancher la question de savoir si et comment l'exercice de responsabilités syndicales peut être pris en compte dans l'appréciation de la condition statutaire des huit années d'exercice de responsabilités élevées, vous pourriez hésiter entre deux options¹².

2.3.1. La première consisterait à dire qu'un agent occupant un poste à responsabilités élevées qui obtiendrait une décharge de service pour exercer un mandat syndical serait réputé continuer d'exercer, pendant les années de ce mandant, de telles responsabilités, indépendamment, donc, de toute analyse *in concreto* de la nature de ses responsabilités au titre de ce mandat¹³. Il serait ainsi réputé conserver des responsabilités correspondant à celles requises dans le cadre de sa mise à disposition.

Cette solution généreuse pour l'agent présenterait également un avantage pour l'administration qui serait ainsi dispensée d'une analyse, qui peut s'avérer délicate, de la nature des responsabilités syndicales exercées. Elle peut se prévaloir de la lettre du premier alinéa du I de l'article 23 bis de la loi de 1983 selon laquelle « *le fonctionnaire (...) qui, pour l'exercice d'une activité syndicale, bénéficie d'une décharge d'activité de services (...) est réputé conserver sa position statutaire* ».

¹⁰ Mais son arrêt n'étant pas critiqué sous cet angle, nous n'en dirons pas plus.

¹¹ Sinon à la seule ancienneté, du moins dès lors que les conditions statutaires, notamment celle relative à l'exercice de certaines responsabilités pendant une durée minimale, sont remplies.

¹² Une troisième option, la plus restrictive consisterait à dire que seuls des services en administration, à l'exclusion de responsabilités exercées dans le cadre d'un détachement syndical, peuvent être pris en compte pour apprécier la condition des huit ans. Nous l'écartons, car elle n'est à vrai dire défendue par personne, pas même le CCAS en défense devant vous, et elle ne nous semble pas conforme aux textes.

¹³ C'est un peu ce que M. L... plaidait devant le tribunal administratif.

Toutefois, la réputation de conservation ainsi instituée par le législateur ne concerne que la « *position statutaire* » et non les fonctions de l'agent. Et s'il est vrai qu'elle peut s'appliquer à des agents bénéficiant d'une décharge seulement partielle et imposer alors leur maintien en fonction partiel, la condition de l'ancienneté de huit années n'est imposée que pour le fonctionnaire qui, comme le requérant, consacre la totalité de son service à une activité syndicale, qui, par construction, n'exerce plus les fonctions, le cas échéant à responsabilités, en lien avec sa position statutaire.

En outre, le V de l'article 23 bis de la loi de 1983 prévoit que « *les compétences acquises dans l'exercice d'une activité syndicale sont prises en compte au titre des acquis de l'expérience professionnelle* ». C'est dire que l'administration est bien amenée à apprécier la réalité et le type de ces compétences et donc notamment le niveau de responsabilités exercées par l'agent, à tout le moins au titre de la validation des acquis de l'expérience professionnelle. Cela nous semble condamner l'idée que, par principe, dans le processus d'avancement également, l'administration devrait s'abstenir d'apprécier le niveau des responsabilités exercées dans le cadre du mandat syndical.

2.3.2. Vous l'aurez compris, la seconde option que vous pourriez envisager a notre préférence. Elle consiste à considérer que les responsabilités exercées dans le cadre d'un mandat syndical à plein temps peuvent être prises en compte, mais qu'il doit être justifié qu'elles correspondent à un niveau élevé de responsabilités.

La notion de « *fonctions de direction, d'encadrement, de conduite de projet, ou d'expertise, correspondant à un niveau élevé de responsabilité* » mentionnée au 3° du I de l'article 21 du décret statutaire des attachés territoriaux est suffisamment ouverte pour inclure des fonctions syndicales.

En outre, l'intention du législateur était bien de permettre la prise en compte des responsabilités syndicales, globalement et non uniquement au titre

de la validation des acquis de l'expérience professionnelle, mais aussi dans le cadre de l'avancement¹⁴.

Au demeurant, il nous semble que c'est bien l'esprit de la garantie résultant de la combinaison des textes dont nous vous parlions : un agent qui n'aurait acquis ses huit années de responsabilités élevées qu'en comptabilisant ses années d'activités syndicales ne doit pas, selon nous, être traité différemment de l'agent mis à disposition d'un syndicat après avoir rempli la condition des huit années de responsabilités élevées. Sans cela, la garantie instituée au profit des agents déchargés de fonction à titre syndical¹⁵ perdrait une bonne partie de sa substance.

2.3.3. Si vous nous suivez, vous confirmerez que, sur le principe, l'appréciation de la condition des huit années de responsabilités d'un niveau élevé doit inclure celles exercées dans le cadre du mandat syndical en soulignant que si cette condition est remplie, avec les autres conditions statutaires, l'inscription au tableau d'avancement de grade se fait de « *de plein droit* ». Vous en déduirez que la cour, en recherchant si les fonctions syndicales exercées par M. L... pouvaient être regardées comme des fonctions correspondant à un niveau élevé de responsabilité, susceptibles d'être prises en compte en complément des sept ans et quatre mois d'exercice de ses responsabilités à la tête des services financiers de la commune, a fait une exacte application des articles 23 bis de la loi de 1983 et 21 du décret de 1987. Vous écarterez donc la branche du moyen tirée de l'erreur de droit.

2.3.4. Il vous restera alors à vérifier si, en l'espèce, les responsabilités syndicales de M. L... pouvaient être qualifiées de « *fonctions de direction, d'encadrement, de conduite de projet, ou d'expertise, correspondant à un niveau élevé de responsabilité* », permettant de les prendre en compte à hauteur des huit mois manquants¹⁶.

¹⁴ V. le rapport de P. Morel-A-l'Huissier à l'Assemblée nationale (n° 2389, 24 mars 2010, p. 56) qui indique que « cette procédure permettra aux responsables syndicaux d'accéder à un corps ou cadres d'emplois de niveau supérieur », ce qui impose de considérer que l'intention était la même s'agissant d'une simple promotion de grade, fut-il fonctionnel.

¹⁵ V. l'intitulé du chapitre II du livre II du code général de la fonction publique (« Garanties des agents déchargés de fonctions ou mis à disposition à titre syndical ») qui réunit la section relative à l'avancement des fonctionnaires et celle concernant l'acquis de l'expérience professionnelle ».

¹⁶ Si l'on s'en tient au motif retenu par le président du centre communal d'action sociale pour refuser de le proposer au grade d'attaché hors classe qui relevait que le requérant n'avait exercé au grade et dans les fonctions d'encadrement requises, en tant que responsable du service

En défense, le centre communal d'action sociale fait valoir que M. L... s'était, en première instance, refusé à faire état des compétences acquises dans l'exercice de son activité syndicale et qu'il s'était, en appel, borné à faire état des mandats qu'il avait occupés à ce titre, mais n'avait produit aucun élément de nature à établir le niveau de ses responsabilités et qu'il ne saurait donc reprocher à la cour, en détaillant devant vous pour la première fois ces responsabilités, d'avoir jugé que ces indications ne suffisaient pas à établir l'exercice de fonctions telles que celles requises par l'article 21 du décret de 1987.

Toutefois, la cour nous paraît particulièrement sévère lorsqu'elle affirme qu'au-delà de l'énumération des mandats syndicaux exercés et des compétences acquises, selon lui, dans l'exercice de son activité syndicale, le requérant « n'apporte (...) aucun élément significatif à l'appui de ses affirmations ».

Il nous semble, en effet, sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail des missions de M. L... ou des projets qu'il a réalisés, que le niveau élevé de ses responsabilités se déduit aisément des fonctions qui ont été les siennes compte tenu de leur niveau hiérarchique et des organismes au sein desquels il les a exercées et que ses responsabilités pouvaient s'assimiler à celles qui avaient été les siennes pendant sept ans et quatre mois en administration.

Qu'il suffise de rappeler que le requérant préside, depuis 2008, le Syndicat autonome de la fonction publique territoriale de La Réunion (SAFPTR), l'un des syndicats, si ce n'est le syndicat, le plus représentatif dans la fonction publique territoriale de l'île¹⁷ dont le conseil d'administration compte 36 membres et le bureau, 23. Ou encore qu'il a été, à compter de 2010, secrétaire général de la Fédération générale autonome des fonctionnaires de La Réunion qui regroupe des agents des trois fonctions publiques et membre du Conseil économique et social régional de La Réunion (jusqu'en 2014).

Il nous semble ainsi que le requérant, à qui il ne manquait que huit mois pour atteindre les huit années d'exercice de responsabilités élevées, a assuré

financier de la ville, que pendant sept ans et quatre mois.

¹⁷ Le SAFPTR a recueilli 30 % des voix des agents territoriaux à La Réunion aux élections professionnelles de 2018.

pendant plus de dix ans des fonctions de dirigeant de syndicats majeurs à La Réunion.

Si vous nous suivez, vous en déduirez que les responsabilités que le requérant a ainsi exercées peuvent être regardées comme d'un niveau comparable à celles correspondant aux fonctions énumérées par l'article 21 du décret du 30 décembre 1987 et que la cour a, en conséquence, dénaturé les pièces du dossier.

3. Les autres moyens du pourvoi n'auraient pas justifié son admission et ne vous retiendront pas longtemps.

Le requérant soutient que la cour a inexactement qualifié les faits ou, à tout le moins, dénaturé les pièces du dossier en écartant le moyen tiré de la discrimination syndicale. Il fait également valoir qu'elle a insuffisamment motivé son arrêt faute d'expliquer en quoi les acquis de son expérience professionnelle résultant de l'exercice de son activité syndicale ne lui permettent pas d'être inscrit sur la liste d'aptitude d'administrateur territorial.

Eu égard à la dialectique de la preuve en matière de discrimination précisée dans votre décision d'Assemblée de 2009, *Mme P...*¹⁸, et du contrôle de dénaturation qui est le vôtre sur le point de savoir si la personne qui se dit discriminée soumet des éléments de faits susceptibles de faire présumer l'existence d'une discrimination¹⁹, nous estimons que M. L... qui se fondait exclusivement, devant les juges du fond, sur le constat que des agents de moindre ancienneté que la sienne avaient été préférés ne parvient pas à faire présumer, ni *a fortiori* à établir, l'existence de la discrimination alléguée s'agissant du refus d'inscription sur la liste d'aptitude d'accès au cadre d'emploi des administrateurs territoriaux. Et, la cour nous semble s'être suffisamment

¹⁸ CE Ass., 30 octobre 2009, *Mme P...*, n° 298348, A ; CE, 4/5 SSR, 7 juillet 2010, *Mme Z...*, n° 3226236, B ; CE 6/1 SSR, 10 janvier 2011, *Mme X...*, n° 325268, A.

¹⁹ Appréciation souveraine portée par les juges du fond sur le point de savoir si la personne qui se dit discriminée soumet des éléments de faits susceptibles de faire présumer l'existence d'une discrimination. Certaines décisions font apparaître un contrôle d'erreur de qualification juridique sur l'existence d'une présomption de discrimination (v. p. ex : huit décisions de la 10^{ème} chambre jugeant seule du 20 novembre 2013, dont : *M. C.../fédération nationale CGT des travailleurs de l'Etat*, n°362879, C et *M. H... et autres*, n° 362888, C), mais ces décisions ne sont pas fichées et nous rejoignons, compte tenu de la similitudes des dialectiques de la preuve avec celle mise en œuvre en matière de harcèlement (CE, 1^{er} octobre 2014, *M. T-P...*, n° 366002, B), l'avis d'A. Lallet dans ses conclusions sur CE 10/8 SSR, 30 janvier 2020, *Mme M...*, n° 426430, C.

expliqué sur les raisons pour lesquelles les acquis de l'expérience professionnelle du requérant résultant de l'exercice de son activité syndicale ne lui permettaient pas d'être inscrit sur la liste d'aptitude.

Par ailleurs, si la cour ne dit rien de la discrimination alléguée s'agissant du refus d'inscription sur le tableau d'avancement au grade d'attaché territorial hors classe, les écritures d'appel du requérant n'y revenaient pas spécifiquement. Et les éléments apportés par ce dernier sur ce point ne permettent pas non plus de présumer une discrimination syndicale.

4. Et par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, à ce que le centre communal d'action sociale de Saint-Pierre verse une somme de 3 000 euros à M. L... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par le centre communal d'action sociale sur le fondement des mêmes dispositions.