

Paris, le 27 juillet 2016

Décision du Défenseur des droits n°2016-192

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 convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 3 septembre 1981 ;

Vu la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ;

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

Vu la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

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 code pénal,

Vu le protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique du 8 mars 2013 ;

Vu la décision du Défenseur des droits n°2016-117 du 24 mai 2016.

Saisi par Madame X avec l'appui du syndicat Y d'une réclamation portant sur le gel de sa notation, mesure qu'elle estime discriminatoire en raison de sa maternité.

Décide de présenter des observations devant le tribunal administratif de Z et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Z

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, assistante socio-éducative, soutenue par le syndicat Y, d'une réclamation portant sur le gel de sa notation, en application d'une disposition du protocole de notation adopté par le centre hospitalier régional universitaire de Z, 16 avril 2010 qui prévoit le maintien de la note chiffrée d'un agent « *en cas d'absentéisme égal ou supérieur à 6 mois (sauf en cas de maladie professionnelle, d'accidents du travail ou de formations spécifiques à l'emploi)* ».

I - RAPPEL DES FAITS ET PROCEDURE

1. Mme X, a obtenu la note chiffrée de 14/20 au titre de l'année 2013. En 2014, son chef de service a proposé au notateur la note de 15/20, soit une augmentation d'un point par rapport à sa notation de l'année précédente. La directrice du développement professionnel a refusé l'augmentation proposée, expliquant dans un document intitulé « information au cadre notateur » que la note de Mme X a fait l'objet d'une « *péréquation pour non respect du protocole en vigueur dans l'établissement. En effet, le protocole prévoit (...) le maintien de note en cas d'absentéisme égal ou supérieur à 180 jours. Toute note dérogatoire au protocole doit faire l'objet d'un rapport complémentaire argumenté, qu'elle soit revue à la hausse ou à la baisse* ».
2. Pour justifier sa proposition, la cheffe de service de Mme X a indiqué dans le rapport complémentaire qui lui était demandé : « *Je me suis permise d'augmenter sa note administrative car elle est assidue et régulière, d'une grande disponibilité et ce malgré une absence pour maternité avec des complications médicales qui l'ont obligée à prendre des congés maladie* ».
3. En effet, Mme X a été absente du 10 septembre 2013 au 30 mars 2014.
4. Mme X a saisi la commission administrative paritaire dont le procès-verbal en date du 14 novembre 2014 mentionne que le directeur Coordonnateur, Monsieur W, propose le maintien de la note de Mme X à 14/20 « *compte tenu de l'application du protocole* ».
5. Madame X estime que le maintien de sa note pour l'année 2014 à 14/20 n'est pas fondé sur des critères objectifs - ses mérites professionnels ou une impossibilité objective de procéder à sa notation - mais sur l'application du protocole de notation qui instaure une règle discriminatoire à l'égard des agents de sexe féminin, qui du fait de leur congé maternité et des congés maladie y afférents, sont désavantagés par cette règle et subissent de facto un traitement défavorable dans le déroulement de leur carrière.
6. Le 6 février 2015, Mme X a introduit un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Z en vue d'obtenir l'annulation de la décision du centre hospitalier régional universitaire de Z (ci-après CHRU) qui a maintenu sa notation au titre de l'année 2014.
7. C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits décide de présenter des observations devant le tribunal administratif de Z.

8. Il résulte de l'analyse du Défenseur des droits que la décision de maintenir la note chiffrée de Mme X paraît illégale en ce qu'elle est fondée sur une disposition du protocole de notation du CHRU de Z, qui même dépourvue de valeur réglementaire, doit être écartée en ce qu'elle ne repose pas sur les mérites professionnels de l'agent (A) et constitue une discrimination à l'égard des femmes (B).

II- ANALYSE JURIDIQUE

A - Une règle générale fixant une durée minimale de présence de service pour la notation méconnaît le droit de tout fonctionnaire à être noté sur la base de ses mérites professionnels

9. Conformément à l'article 17 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 : « *Les notes et appréciations générales attribuées aux fonctionnaires et exprimant leur valeur professionnelle leur sont communiquées. Les statuts particuliers peuvent ne pas prévoir de système de notation* ».
10. Au titre de l'article 65 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière « *Le pouvoir de fixer les notes et appréciations générales exprimant la valeur professionnelle des fonctionnaires dans les conditions définies à l'article 17 du titre Ier du statut général est exercé par l'autorité investie du pouvoir de nomination, après avis du ou des supérieurs hiérarchiques directs. Les commissions administratives paritaires ont connaissance des notes et appréciations ; à la demande de l'intéressé, elles peuvent en proposer la révision. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article* ».
11. Il en résulte d'une part que, sauf dérogation prévue par les statuts particuliers, tout fonctionnaire en activité a droit à une notation et d'autre part que la note chiffrée accompagnée de l'appréciation écrite doit être fondée exclusivement sur sa manière de servir.
12. Or, force est de constater que tel n'a pas été le cas de Mme X puisque sa note chiffrée de l'année 2015 a été reconduite de manière automatique au niveau de celle de 2014 au motif de son absence pendant plus de 6 mois sur la période considérée, tel que le prévoit le protocole de notation du CHRU de Z.
13. Or, il s'agit là d'une règle générale et absolue qui ne repose sur aucun fondement juridique.
14. En effet, La réglementation actuelle ne prévoit une absence de notation que dans le cas d'un agent recruté par un établissement postérieurement au 30 juin de l'année civile en cours. En effet, en vertu de l'article 5 de l'arrêté du 6 mai 1959 relatif à la notation du personnel des établissements d'hospitalisation, de soins et de cure publics « *les agents entrés en fonctions dans un établissement postérieurement au 30 juin ne sont pas notés dans cet établissement au titre de l'année en cours* ».
15. Aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe une durée d'absence qui empêcherait un agent d'être noté.

16. Dès lors, le Conseil d'Etat juge illégale toute instruction ou règle de portée générale édictant une période minimale de présence pour bénéficier de la notation : « *Considérant que s'il résulte de ces dispositions que l'attribution, sauf dérogation prévue par les statuts particuliers, d'une note chiffrée accompagnée d'une appréciation écrite exprimant sa valeur professionnelle à tout fonctionnaire en activité est subordonnée à une présence effective de ce dernier au cours de la période en cause pendant une durée suffisante pour permettre à son chef de service d'apprécier ses mérites, le directeur général des finances publiques ne pouvait, sans entacher l'instruction attaquée d'illégalité, édicter une règle générale fixant une durée minimale de présence au sein du service conditionnant la notation* » (Conseil d'Etat, 1^{er} août 2013, n° 347327 et Conseil d'Etat 12 mars 2012, n° 326294).
17. Dans la continuité de la jurisprudence fixée par le Conseil d'Etat et dans une affaire portant sur la légalité d'une note de service tendant, tout comme le protocole de notation du CHRU de Z, à maintenir la note attribuée au titre de l'année précédente pour les agents n'ayant pas assuré une durée de présence effective égale ou supérieure à six mois sur l'année de référence, le tribunal administratif d'Orléans a annulé la note de service d'un centre hospitalier pour erreur de droit. Dans son jugement, le tribunal administratif souligne « *le dispositif mis en place par l'administration (...) a pour effet d'introduire dans l'attribution desdites notes, un élément étranger à l'appréciation des mérites professionnels des agents et au surplus sans prendre en considération la durée réelle de présence effective de chacun des agents au cours de l'année de référence ; que le centre hospitalier n'est pas fondé à se prévaloir des dispositions de l'article 5 de l'arrêté susvisé du 6 mai 1959, qui n'a pas pour effet de subordonner le droit à notation d'un agent à une durée de présence sur l'année de référence d'une durée de six mois* » (TA d'Orléans, 26 mars 2009, n°0600709)
18. Le Défenseur des droits a diligenté une enquête diligentée auprès du CHRU de Z qui, par courrier en date du 20 mai 2016, indique que la disposition contestée du protocole de notation est parfaitement conforme à la réglementation et à la jurisprudence administrative.
19. Ainsi, la directrice générale souligne que le juge administratif admet d'une part, que l'absence d'un agent pendant une durée trop importante empêche son administration d'évaluer sa manière de servir et d'autre part, que l'augmentation de la notation des agents n'est pas systématique. La directrice du CHRU de Z en conclut que « *la disposition précitée du protocole de notation du CHRU de Z n'est pas discriminatoire, mais tire les conséquences des décisions jurisprudentielles précitées, qui rappellent que l'agent doit être présent pendant une durée suffisante pour que sa valeur professionnelle puisse être appréciée* ».
20. Il n'est pas contestable que la notation d'un agent est subordonnée à sa présence effective au cours de l'année en cause pendant une durée suffisante permettant d'apprécier la manière de servir de l'agent. Le Conseil d'Etat rappelle de manière constante que si, pour être noté, l'agent doit justifier d'une durée de présence effective suffisante au cours de l'année pour permettre à son supérieur hiérarchique direct d'apprécier sa valeur professionnelle, cette durée doit être appréciée au cas par cas, en fonction des circonstances de l'espèce. Ainsi, le Conseil d'Etat a estimé qu'un fonctionnaire présent du 1^{er} septembre au 15 novembre devait être noté « *compte tenu tant des fonctions qui lui étaient confiées que de la durée de la présence effective au cours de l'année considérée* » (Conseil d'Etat, 3 septembre 2007, n° 284954).

21. Dans une autre espèce, il a été jugé qu'une fonctionnaire ayant exercé ses fonctions pendant un peu plus de trois mois, après un congé maladie et de maternité, peut et doit être notée (TA Orléans, 2 juillet 2002, n°99173).
22. Ce qui pose problème, c'est la fixation dans le protocole de notation d'une règle à portée générale qui prévoit pour les agents le maintien de la note « *en cas d'absentéisme égal ou supérieur à 6 mois (sauf en cas de maladie professionnelle, d'accidents du travail ou de formations spécifiques à l'emploi)* », ce à quoi le CHRU ne répond pas.
23. Par suite, en subordonnant la notation de tout agent à un temps de présence effectif minimal de six mois, le CHRU de Z a édicté une règle générale qui méconnaît les dispositions de l'article 17 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 ainsi que celles de l'article 65 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 en ce qu'elle ne repose pas sur l'examen des mérites professionnels de l'agent, seuls critères sur lesquels auraient dû se fonder l'appréciation portée par les notateurs.
24. Au-delà de l'erreur de droit qui semble à elle seule justifier que soit écartée la disposition litigieuse, le Défenseur des droits souhaite faire valoir que la règle contestée aboutit de facto à pénaliser les femmes du fait de leur congé maternité.

B) Sur le caractère discriminatoire d'une règle générale qui conditionne la notation d'un fonctionnaire à sa présence pendant une période égale ou supérieure à six mois

25. Aux termes de l'article 41-5° de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière : « *Le fonctionnaire en activité a droit au congé pour maternité, ou pour adoption, avec traitement, d'une durée égale à celle prévue par la législation sur la sécurité sociale* ». Ce congé d'une durée variable selon les situations, s'étend sur plusieurs mois¹ et s'accompagne dans un certain nombre de cas de congé maladie y afférents, pouvant au total atteindre les 6 mois.
26. Ainsi que le rappelle la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), constitue une discrimination directe fondée sur le sexe « **tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité** » (article 2 combiné avec le considérant 23).
27. La Cour de Justice de l'Union Européenne a souligné que le droit à la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et suite à celle-ci, ne peut s'accommoder d'un traitement défavorable en ce qui concerne leurs conditions de travail.
28. Ainsi, la CJUE, a jugé que « *le principe de non-discrimination exige que le travailleur féminin qui continue à être lié à son employeur par le contrat de travail durant le congé de*

¹ La durée du congé de maternité dépend du nombre d'enfants à naître et de ceux à charge. Pour le premier et le deuxième enfant à naître, la durée du congé maternité est de seize semaines. Cette durée peut être portée à vingt-deux semaines en cas de congés pathologiques - qui ne sont pas des congés maladie

maternité ne se voit pas privé du bénéfice de ses conditions de travail qui s'appliquent tant aux travailleurs féminins qu'aux travailleurs masculins (...) Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, exclure une salariée du droit de faire l'objet d'une notation annuelle la discriminerait en sa seule qualité de travailleur puisque, si elle n'avait pas été enceinte et si elle n'avait pas pris le congé de maternité auquel elle avait droit, cette salariée aurait été notée pour l'année en question et, par voie de conséquence, aurait pu profiter d'une promotion professionnelle (...) un tel comportement constitue une discrimination fondée directement sur le sexe» (CJCE, 30 avril 1998, affaire C-136/95).

29. Il est utile de relever que la disposition contestée devant la CJUE portait sur une disposition de la convention collective de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) qui prévoyait que tout agent ayant au moins six mois de présence dans l'année devait faire l'objet d'une notation.
30. En droit interne, l'article 6 bis 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 (...) de leur sexe (...)*».
31. Par ailleurs, l'article 2-3° de 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, applicable aux agents publics, rappelle que « *toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité.* ».
32. Plusieurs instructions émanant du ministère des affaires sociales ou du ministère de la fonction publique viennent souligner la portée du principe de non-discrimination en matière de déroulement de carrière.
33. La circulaire DH/FH1/DAS/TS 3 n° 96-152 du 29 février 1996, relative au congé maternité ou d'adoption et aux autorisations d'absence liées à la naissance pour les fonctionnaires et les agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, souligne dans son paragraphe III que : « *Les congés de maternité et d'adoption sont pris en compte pour l'avancement. Ils ne sauraient avoir d'influence sur la notation et l'appréciation générale* ».
34. Le protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique du 8 mars 2013, recommande au titre des mesures visant à la suppression des inégalités salariales entre les femmes et les hommes de « *rappeler aux employeurs publics que les congés de maternité, les congés pathologiques et maladie afférents à la grossesse et les congés d'adoption ne doivent pas avoir d'impact sur le déroulement de carrière, ni affecter la rémunération des agents. En effet, les procédures permettant d'apprécier la manière de servir (évaluation, réduction d'ancienneté, attribution des primes) ne doivent pas aboutir à pénaliser les agents concernés, durant les périodes d'absence ou du fait de l'absence liée au congé* ».
35. Au regard de l'analyse qui précède, le Défenseur des droits considère que la décision de maintien systématique d'une notation chiffrée au motif du respect du protocole de notation du CHRU de Z qui subordonne le droit à la notation des agents à une durée de présence

égale ou supérieure à six mois, et donc l'absence d'examen des mérites professionnels, constitue un traitement défavorable, en particulier, à l'égard des femmes qui peuvent se trouver pénalisées en raison de leur maternité.

36. S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat considère lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, « *il incombe au défendeur de produire les éléments] 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 ;* » (CE, Ass, 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348 ; CE, 10 janvier 2011, Mme LEVEQUE, n°325268).
37. En l'espèce, le CHRU de Z n'ayant présenté aucun élément permettant d'établir que la décision litigieuse repose sur des éléments objectifs reposant sur l'examen des mérites professionnels de l'agent, le Défenseur des droits estime qu'elle est entachée de discrimination et que Mme X est fondée à en demander l'annulation.
38. Telles sont les informations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON