

Paris, le 27 juillet 2016

Décision du Défenseur des droits n°2016-191

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 le syndicat X d'une réclamation portant sur une disposition du protocole de notation adopté par le CHRU de Z qui prévoit 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)* ».

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la décision de recommander à la ministre des affaires sociales et de la santé :

-d'ordonner à la direction du CHRU de Z de ne plus appliquer la disposition contestée du protocole de notation et de prendre, le cas échéant, les sanctions qu'elle estimera utile à l'égard des responsables de cet établissement qui ont persisté à appliquer un système de notation manifestement illégal.

Demande à être tenu informé des mesures prises conformément à sa recommandation dans un délai de trois mois à compter de sa notification.

Jacques TOUBON

Recommandations

Le Défenseur des droits a été saisi par le syndicat X d'une réclamation portant sur une disposition du protocole de notation adopté par le centre hospitalier régional universitaire de Z qui prévoit 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)* ».

Le syndicat X estime que cette disposition est discriminatoire puisque les agents de sexe féminin, du fait de leur congé maternité et des congés maladie y afférents, sont désavantagées par cette règle et subissent *de facto* un traitement défavorable dans le déroulement de leur carrière.

Le syndicat X sollicite l'intervention du Défenseur des droits auprès de la direction du CHRU de Z afin de faire cesser les pratiques discriminatoires dont sont victimes les agents de sexe féminin, à raison de leur état de grossesse, depuis la mise œuvre du protocole de notation en 2010.

Il résulte de l'analyse du cadre juridique ainsi que de la jurisprudence administrative que la règle prévue par le protocole de notation du centre hospitalier régional universitaire de Z visant à maintenir la notation des agents en raison d'une absence égale ou supérieure à six mois constitue une disposition illégale.

I- RAPPEL DU CADRE 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

Conformément à l'article 17 de la loi n°83-634 « *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* ».

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* ».

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.

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 ».

Aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe une durée d'absence qui empêcherait un agent d'être noté.

Dès lors, **le Conseil d'Etat juge illégale toute instruction ou règle de portée générale édictant une période minimale de présence pour bénéficiaire 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 du 12 mars 2012, n° 326294).

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 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)

Le Défenseur des droits a diligenté une enquête diligentée auprès du CHRU de Z qui lui a fait part de ses observations par courrier en date du 20 mai 2016. Il en résulte que pour le CHRU de Z, la disposition contestée du protocole de notation est parfaitement conforme à la réglementation et à la jurisprudence administrative et qu'elle n'est pas discriminatoire.

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* ».

Le Défenseur des droits ne conteste évidemment pas les principes de la jurisprudence administrative tels que rappelés par le CHRU de Z, à savoir que la notation d'un agent est subordonnée à sa présence effective au cours de l'année en cause pendant une durée suffisante et qu'elle doit refléter la manière de servir de l'agent.

En l'espèce, ce qui pose difficulté et ce sur quoi, le CHRU ne répond absolument pas dans ses observations, 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)* ».

Or, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat à maintes reprises, c'est la durée réelle de présence effective de l'agent, appréciée au cas par cas qui doit être prise en considération par les notateurs.

En effet, le Conseil d'Etat juge 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'état a estimé qu'un fonctionnaire présent du 1er septembre au 15 novembre devait être noté « *compte tenu tant des fonctions qui lui étaient confiées que de la durée de la présente effective au cours de l'année considérée* » (Conseil d'Etat, 3 septembre 2007, n° 284954).

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).

Par suite, en subordonnant la notation des agents 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.

Au-delà de l'erreur de droit qui semble à elle seule justifier l'annulation de la disposition litigieuse, le Défenseur des droits souhaite faire valoir que la discrimination dans l'accès à un droit doit être spécifiquement condamnée dès lors que la règle contestée aboutit de facto à pénaliser les femmes du fait de leur congé maternité.

Il faut, en effet, rappeler que refus d'un droit accordé par la loi pour des motifs discriminatoires opposé par une personne dépositaire de l'autorité publique peut être sanctionné pénalement, ce qui montre l'attachement du législateur à réprimer plus sévèrement des agissements discriminatoires.

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

En vertu l'article 432-7-1° du code pénal, « *la discrimination définie aux [articles 225-1 et 225-1-1](#), commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi »*

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 maternité¹, ou pour adoption, avec traitement, d'une durée égale à celle prévue par la législation sur la sécurité sociale* ».

Le congé maternité qui se déduit du droit à la protection de la maternité garanti aux femmes tant par le droit international et européen qu'en droit interne implique selon le considérant 25 de la directive précitée souligner « *Pour des raisons de clarté, il convient de prendre des*

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.

dispositions expresses concernant la protection des droits, en matière d'emploi, des femmes en congé de maternité, en particulier leur droit de retrouver le même poste ou un poste équivalent, de ne faire l'objet d'aucun préjudice en ce qui concerne leurs conditions à la suite d'un tel congé et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail auxquelles elles auraient eu droit durant leur absence ».

De fait, 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).

En vertu de 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 (...)».

Par ailleurs, en vertu de 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, « toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité. ».

Ainsi, 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.

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 ».

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 ».

Pour sa part, la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après CJUE) 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.

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 maternité ne se voie 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).

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.

Au regard de l'analyse qui précède, le Défenseur des droits considère que le 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 constitue un traitement défavorable, en particulier, à l'égard des femmes qui se trouvent pénalisées en raison de leur maternité. Dès lors, le maintien de cette disposition dans le protocole de notation de la part du CHRU de Z constitue un agissement discriminatoire fondé sur le sexe et la grossesse en matière d'avancement contraire aux dispositions précitées.

Au-delà de la situation dénoncée par le syndicat X, il est évident que l'absence de notation en raison d'une l'absence pendant une durée égale ou supérieure à six mois impacte également les agents absents à raison de leur état de santé, ce qui constitue également une discrimination prohibée par l'article 6 de la loi n°83-634.

Enfin, la disposition contestée du protocole n'ayant aucune base légale, le refus de procéder à son retrait est susceptible d'être poursuivi sous l'angle des articles 225-1 et 432-7-1° du code pénal.

II- RECOMMANDATIONS

Ainsi que le Défenseur des droits l'a souligné dans sa décision cadre n°2016-117 du 24 mai 2016, en dépit du cadre juridique extrêmement précis en matière de notation, certains établissements hospitaliers persistent à appliquer une règle générale consistant à geler la notation des agents dès lors qu'ils ont été absents durant une période fixée de façon abstraite, sans prendre en compte la durée réelle de leur présence effective. Or, cette pratique est illégale et ne peut perdurer sans compromettre gravement l'effectivité du droit à l'égalité entre les femmes et les hommes, principe constitutionnel depuis 1946 et garanti par de nombreux textes tant en droit interne, qu'en droit international et européen.

Le Défenseur des droits a indiqué dans sa décision n°2016-117 qu'il saisirait les autorités compétentes pour sanctionner les comportements discriminatoires de la part des établissements hospitaliers qui décideraient de maintenir l'application d'une règle générale fixant une durée minimale de présence de service pour la notation

Partant, en application des articles 25 et 29 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, le Défenseur des droits demande à la ministre des affaires sociales et de la santé :

-d'ordonner à la direction du CHRU de Z de ne plus appliquer la disposition contestée du protocole de notation et de prendre, le cas échéant, les sanctions qu'elle estimera utile à l'égard des responsables de cet établissement qui ont persisté à appliquer un système de notation manifestement illégal.

Jacques TOUBON