

Paris, le 26 juin 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-166

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 Z d'une réclamation portant sur le gel de sa notation au titre des années 2006 et 2008, mesures qu'elle estime discriminatoires en raison de sa maternité.

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

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Y au titre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, infirmière, soutenue par le syndicat Z, d'une réclamation portant sur le gel de sa notation au titre des années 2006 et 2008, en application d'une pratique mise en œuvre par le centre hospitalier de W jusqu'en 2014, qui prévoyait le maintien de la note chiffrée d'un agent en cas d'absence d'une durée égale ou supérieure à 6 mois.

Madame X fait valoir que sa notation au titre des années 2006 et 2008 n'est pas fondée sur ses mérites professionnels ou sur l'impossibilité objective de la noter et que sa note chiffrée aurait dû prendre en compte l'augmentation de 0,25 points proposée par l'évaluateur. Mme X allègue une discrimination à raison de sa grossesse puisque le refus de procéder à l'augmentation de sa note chiffrée est motivée par sa durée de présence inférieure à six mois

I- RAPPEL DES FAITS ET PROCEDURE

Mme X a été admise en stage en 2003 puis titularisée en 2004 en tant qu'infirmière par le centre hospitalier de W.

Mme X précise avoir été absente pendant plus de six mois au cours des années 2006 et 2008 en raison de son congé maternité et de congés maladie y afférents. Selon l'intéressée, la durée de son absence a été prise en compte de façon défavorable par la direction du centre hospitalier puisque sa note a été gelée pour ces deux années. Ainsi, sur les fiches de notation de 2006 et de 2008, figure la mention « *présence inférieure à 6 mois* ».

Pourtant, Mme X souligne que son temps de présence a été jugé suffisant par son supérieur hiérarchique direct puisque ce dernier l'a évaluée et a proposé que sa note soit augmentée de 0,25 point tant pour l'année 2006 que pour l'année 2008. Or, la direction du centre hospitalier a décliné cette proposition et maintenu sa notation au motif exclusif de son temps de présence.

Mme X indique que la reconduction de sa notation repose sur une pratique qui a été mise en œuvre par le centre hospitalier de W jusqu'au 23 octobre 2014, date à laquelle le président du comité technique d'établissement, Monsieur A, s'est finalement « *déclaré opposé à ce qu'un congé maternité soit une entrave au déroulement de la carrière, à travers la notation* ».

Le 24 novembre 2014, Mme X a donc demandé au président de la commission administrative paritaire la révision de sa note au titre de l'année 2014 en sollicitant un rattrapage qui tienne compte du gel de sa notation pour les années 2006 et 2008.

Mme X indique que le centre hospitalier lui a accordé une augmentation de 0,25 point pour l'année 2014 en raison de l'appréciation portée sur sa fiche de notation pour 2014 mais que le rattrapage demandé lui a été refusé par courrier en date du 15 décembre 2014.

Une nouvelle demande en ce sens a été effectuée par l'intéressée, le 26 janvier 2015, rejetée par le centre hospitalier par décision du 30 juin 2015, après avis de la commission administrative paritaire locale du 30 mars 2015.

Considérant que le gel de ses notes en 2006 et 2008 avait engendré un préjudice continu en termes d'évolution de carrière, notamment le retard dans le passage aux échelons 5 et 6, une perte financière au regard des incidences sur la prime de service ainsi qu'un préjudice moral en raison de la discrimination subie du fait de sa grossesse, Mme X a adressé, le 5 septembre 2015, une demande préalable indemnitaire au centre hospitalier de W.

Suite au refus du centre hospitalier de faire droit à sa demande indemnitaire, Mme X a introduit un recours de plein contentieux devant le tribunal administratif de Y, le 5 janvier 2016 en vue d'obtenir la réparation des préjudices subis du fait du gel de sa notation en 2006 et 2008, mesures qu'elle estime discriminatoires. Elle a également saisi le Défenseur des droits.

Le Défenseur des droits a diligenté une enquête qui l'a conduit à considérer que Mme X présentait des éléments de fait laissant supposer que la reconduction de sa notation pour les années 2006 et 2008 était empreinte de discrimination.

Par courrier en date du 28 juillet 2016, le Défenseur des droits a donc invité le directeur du centre hospitalier de W à justifier, pour le 15 septembre 2016, que les décisions contestées étaient fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Ce délai étant expiré sans que le centre hospitalier n'ait répondu à sa demande, le Défenseur des droits est conduit à prendre position sur ce dossier.

C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits entend présenter des observations devant le tribunal administratif de Y.

II- ANALYSE JURIDIQUE

A titre liminaire, le Défenseur des droits estime utile d'éclairer le tribunal administratif de Y sur le contexte général dans lequel s'inscrit la réclamation de Mme X.

En effet, nonobstant un cadre juridique précis en matière de notation, le Défenseur des droits est régulièrement saisi par des agents de la fonction publique hospitalière qui se plaignent du gel de leur note chiffrée du fait de leurs absences en lien avec leur maternité. Dans ces réclamations, les intéressées soutiennent, comme Mme X, qu'elles sont pénalisées dans leur avancement et allèguent une discrimination fondée sur leur grossesse.

Le Défenseur des droits a adopté plusieurs décisions¹ établissant que le gel de la notation motivé par l'absence de l'agent liée au congé maternité constituait une discrimination fondée sur le sexe et la grossesse et recommandant à la direction des centres hospitaliers en cause de procéder à un réexamen de la situation de l'agent.

Le Défenseur des droits a également pu constater que ces situations ne relevaient pas de cas isolés. En effet, à partir de l'année 2013, plusieurs représentants syndicaux ont aussi appelé l'attention du Défenseur des droits sur le caractère discriminatoire de gel de la notation en soulignant qu'il s'agissait d'une pratique courante au sein des établissements hospitaliers.

¹ Décisions du Défenseur des droits n°MLD 2015-125, n°MLD 2013-71 du 23 avril 2013, n°MLD 2012-116, Délibération HALDE n°2011-24 du 31 janvier 2011

Les différentes enquêtes menées par les services du Défenseur des droits montrent que ces pratiques qui subordonnent la notation à une durée de présence effective minimale dans le service² découlent de l'application de notes de service interne, de guides d'accompagnement à la démarche d'évaluation, ou de documents servant de support à l'évaluation.

Considérant que cette situation ne pouvait perdurer dans la mesure où elle compromet gravement l'effectivité du droit à l'égalité entre les femmes et les hommes, principe constitutionnel depuis 1946, garanti par de nombreux textes tant en droit interne, qu'en droit international et européen, le Défenseur des droits a décidé d'adresser une recommandation au ministre des affaires sociales et de la santé.

Par décision n°2016-117 datée du 24 mai 2016³, le Défenseur des droits a demandé au ministre de donner instruction au corps de contrôle d'accomplir toute vérification ou enquête afin d'identifier les centres hospitaliers qui mettent encore en œuvre cette pratique de notation et pour ceux qui n'y ont plus recours, identifier si des mesures ont été prises pour permettre le réexamen des situations individuelles. Par ailleurs, il a également demandé au ministre de saisir les autorités compétentes pour ordonner la cessation de ces pratiques discriminatoires qui pénalisent les femmes dans leur avancement.

Par courrier daté du 14 septembre 2016, le ministre des affaires sociales et de la santé a précisé au Défenseur des droits qu'une instruction spécifique relative aux droits, notamment celui de la notation des agents placés en congé de maternité, d'accueil d'un enfant, d'adoption ou de paternité était en cours de rédaction et qu'« il sera demandé aux établissements hospitaliers de mettre fin à la pratique de gel de notation pour cause de congé de maternité et de prendre les mesures nécessaires au réexamen des situations individuelles concernées ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que le centre hospitalier de W a appliqué pendant plusieurs années un système subordonnant la notation de ses agents à une durée de présence effective de six mois dans le service. Cette pratique a pris fin en 2014 car le président du comité technique d'établissement, Monsieur A, s'est finalement « *déclaré opposé à ce qu'un congé maternité soit une entrave au déroulement de la carrière, à travers la notation* ».

Il résulte de l'analyse des pièces du dossier que la décision de maintenir la note chiffrée de Mme X paraît illégale en ce qu'elle est fondée sur une pratique dépourvue de valeur réglementaire qui 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).

- *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 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* ».

² Cette période est fixée généralement à six mois

³ Décision ci-jointe

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.

Or, force est de constater que tel n'a pas été le cas de Mme X puisque sa note chiffrée de l'année 2006 et de l'année 2008 a été reconduite de manière automatique au seul motif mentionné sur chacune des fiches de notation « présence inférieure à six mois ».

Or, 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 ».

Par ailleurs, s'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 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 1er 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).

Dans une autre affaire, 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).

Le Défenseur des droits relève que la durée de présence de Mme X pour l'année 2006 comme pour l'année 2008 a été jugée suffisante par son supérieur hiérarchique direct puisque pour chacune de ces années il a proposé d'augmenter sa note de 0,25 point compte tenu de sa valeur professionnelle. Or, la direction du centre hospitalier a refusé l'augmentation proposée en se fondant exclusivement et de façon totalement abstraite sur la durée de présence inférieure à six mois pour 2006 comme pour 2008.

Ainsi, en subordonnant la notation de Mme X à un temps de présence effectif minimal de six mois, le centre hospitalier de W a méconnu 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.

Au-delà de l'erreur de droit qui semble à elle seule justifier la responsabilité pour faute du centre hospitalier de W, le Défenseur des droits souhaite souligner auprès du tribunal administratif de Y, que Mme X a également été traitée de manière défavorable en raison de sa grossesse et qu'ainsi elle a subi un préjudice résultant de cette discrimination. Or, ce préjudice justifie d'être également réparé par le tribunal administratif en raison de la gravité que constitue la discrimination,

Il faut, en effet, souligner que le refus d'un droit accordé par la loi opposé par une personne dépositaire de l'autorité publique en raison de motifs discriminatoires est susceptible d'être sanctionné pénalement⁴, ce qui montre l'attachement du législateur à réprimer plus sévèrement des agissements commis par une personne investie d'une mission de service public dès lors qu'ils ont un fondement discriminatoire.

- *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*

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 mois⁵ et s'accompagne dans un certain nombre de cas de congé maladie y afférents, pouvant au total atteindre les 6 mois.

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).

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.

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

⁴ En vertu de 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* ».

⁵ 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

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.

En droit interne, l'article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoit qu'*« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) de leur sexe (...)»*.

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. »*.

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 »*.

Au regard de l'analyse qui précède, le Défenseur des droits considère que la pratique qui a été celle du centre hospitalier de W jusqu'en 2014 qui a consisté à subordonner le droit à la notation des agents à une durée de présence égale ou supérieure à six mois, sans rechercher si la durée de présence est suffisante pour apprécier les mérites professionnels des agents, constitue un traitement défavorable, en particulier, à l'égard des femmes qui peuvent se trouver pénalisées en raison de leur maternité.

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).

Le centre hospitalier de W, alors qu'il y était invité par le Défenseur des droits, n'a présenté aucun élément qui permette d'établir que la reconduction de la note de Mme X pour les années 2006 et 2008 repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Ainsi, il apparaît que c'est bien en raison de sa grossesse que Mme X a été traitée de façon défavorable puisque si elle n'avait pas été absente du fait de son congé maternité et des congés maladie y afférents, elle aurait été notée pour les années en question.

Par suite, Mme X a subi une discrimination contraire aux dispositions précitées, qui fonde son droit à réparation, dès lors que le centre hospitalier a également commis une faute en refusant de procéder à l'examen de ses mérites professionnels au seul motif de son absence liée à sa maternité.

Enfin, s'agissant de l'évaluation du préjudice résultant de la discrimination, le Défenseur des droits souhaite rappeler les considérants 33 et 35 de 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): *« Il a été clairement établi par la Cour de justice que, pour être effectif, le principe de l'égalité de traitement suppose que la réparation accordée en cas de violation soit suffisante au regard du préjudice subi »* *« Les États membres devraient mettre en place des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables en cas de non-respect des obligations découlant de la présente directive »*.

Ainsi, la victime d'un agissement fautif tel une discrimination a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis (par exemple, CE, 11 juillet 2011, n° 321225, Cass. Soc, 23 novembre 2005, n° 03-40 826).

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Y.

Jacques TOUBON