

Paris, le 26 février 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-236

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 le code pénal ;

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

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 décret n°2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État ;

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 d'une réclamation portant sur le refus de la faire bénéficier d'un entretien professionnel et d'une éventuelle réduction d'ancienneté au titre de l'année de gestion 2016, décision qu'elle estime discriminatoire en raison de sa grossesse et de son sexe,

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 en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Madame X, inspectrice des finances publiques, enquêtrice à la brigade de contrôle et de recherches à Y, a été placée en arrêt maladie durant 31 jours du fait de sa grossesse et en congé maternité durant 26 semaines au titre de l'année 2016. Le 8 mars 2017, la responsable de la division ressources humaines de la direction départementale des finances publiques de A a refusé de la faire bénéficier d'un entretien professionnel et d'une éventuelle réduction d'ancienneté au titre de l'année de gestion 2016 au motif qu'elle n'a pas accompli la durée minimale de 180 jours de service prévue par l'instruction sur l'entretien professionnel du 5 janvier 2017 du ministère de l'action et des comptes publics.

Le 24 mars 2017, Mme X a exercé un recours hiérarchique auprès de la directrice départementale des finances publiques. Par décision en date du 11 avril 2017, la directrice départementale a rejeté son recours en s'appuyant uniquement sur le fait que Mme X n'a été présente que 156 jours durant l'année 2016, soit une durée inférieure à la durée minimale de 180 jours prévue par l'instruction du 5 janvier 2017 du ministère de l'action et des comptes publics.

Le 19 mai 2017, Mme X a introduit une requête pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Z aux fins d'obtenir l'annulation des décisions des 8 mars et 11 avril 2017. La procédure est toujours en cours.

C'est dans ce contexte qu'elle a saisi le Défenseur des droits car elle estime avoir fait l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe et la maternité.

Le Défenseur des droits a diligenté une enquête auprès du ministre de l'action et des comptes publics et l'a invité à présenter des observations sur deux points :

- sur la légalité de l'instruction du 5 janvier 2017 subordonnant le bénéfice d'un entretien professionnel à une durée de présence de service de 180 jours au regard du droit dont dispose tout fonctionnaire à être évalué sur la base de ses seuls mérites professionnels et du droit à pas subir de traitement défavorable en raison d'un critère discriminatoire prohibé - en l'espèce le sexe et la grossesse.
- sur les éléments objectifs justifiant le refus opposé à Mme X d'évaluer ses mérites professionnels au regard de la durée de sa présence dans le service au cours de l'année 2016.

Dans sa réponse datée du 4 décembre 2018, le ministre a reconnu que la règle contestée est contraire au droit de tout fonctionnaire en activité de pouvoir être évalué sur la base de ses seuls mérites professionnels et s'est engagé à demander à ses services « *de revoir leurs dispositions afin de respecter intégralement la jurisprudence du Conseil d'État applicable en l'espèce* ». Il a toutefois refusé de reconnaître que cette règle était discriminatoire pour les femmes fonctionnaires car selon lui « *cette durée s'applique à l'ensemble de ses agents, quelles que soient leur catégorie statutaire et leur direction de rattachement : elle permet donc de leur garantir un traitement équitable* ».

S'agissant de la situation de Mme X, le ministre a indiqué au Défenseur des droits qu'elle « *[serait reçue] dans les meilleurs délais pour que l'administration procède à son évaluation au titre de l'année 2016* ». Mme X n'aurait toutefois, à ce jour, reçu aucune convocation pour une évaluation au titre de l'année 2016.

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

I - RAPPEL DU CADRE JURIDIQUE

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

En effet, notwithstanding un cadre juridique précis en matière de notation et d'évaluation, le Défenseur des droits a été régulièrement saisi ces dernières années par des fonctionnaires et des organisations syndicales qui dénonçaient des pratiques persistantes dans les établissements hospitaliers subordonnant la notation des agents à un temps de présence effectif minimal. Ainsi, par décision n°2016-117 du 24 mai 2016 le Défenseur des droits a recommandé à la ministre des affaires sociales et de la santé de prendre les mesures appropriées pour faire cesser ces pratiques illégales en ce qu'elles ne découlent pas de la réglementation en vigueur et sont discriminatoires à l'égard des femmes en raison de leur maternité.

Le Défenseur des droits a également présenté des observations devant les juridictions administratives saisies par des réclamantes pour rappeler 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.

Il a décidé notamment de présenter des observations¹ devant le tribunal administratif de Z qui dans un jugement en date du 4 mai 2018 (N°1600025) a considéré :

10. En outre, le gel de la notation des agents non présents au moins six mois dans le service ainsi institué et pratiqué au sein du CH de Saint-Malo a notamment pour effet de traiter de manière défavorable les agents absents pour maternité. Une telle mesure constitue une discrimination indirecte en raison de la grossesse ou de la maternité et, partant, du sexe. Mme Herbel-Adam, à laquelle cette mesure discriminatoire a été appliquée dans le cadre de son évaluation professionnelle, est ainsi fondée à rechercher pour ce second motif la responsabilité pour faute du CH de Saint-Malo.

En l'espèce, il résulte de l'analyse des pièces du dossier de Mme X que le refus de la faire bénéficier d'un entretien professionnel et de lui donner ainsi la possibilité de bénéficier d'une éventuelle réduction d'ancienneté au titre de l'année de gestion 2016, a été pris au motif qu'elle n'a pas accompli la durée minimale de 180 jours de service prévue par l'instruction du 5 janvier 2017 du ministère de l'action et des comptes publics. Un tel refus paraît illégal dès lors qu'il est fondé sur une instruction dépourvue de valeur réglementaire (A) et constitue une discrimination fondée sur le sexe et la maternité (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 ou évalué sur la base de ses mérites professionnels

Conformément à l'article 17 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée « *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 55 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État « *Par dérogation à l'article 17 du titre 1er du statut général, l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires se fonde sur un entretien professionnel annuel conduit par le supérieur hiérarchique direct. Toutefois, les statuts particuliers peuvent prévoir le maintien d'un système de notation. À la demande de l'intéressé, la commission administrative paritaire peut demander la révision du compte rendu de*

¹ Décision n°2017-166 du 26 juin 2017

l'entretien professionnel ou de la notation. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article.»

L'article 2 du décret n°2010-888 du 28 juillet 2010 modifié relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État prévoit que « *Le fonctionnaire bénéficie chaque année d'un entretien professionnel qui donne lieu à compte rendu* ».

Enfin, la circulaire ministérielle du 29 janvier 2013 relative à l'entretien professionnel et à la reconnaissance dans les ministères économiques et financiers indique qu'« *une durée de présence effective et suffisante est requise pour permettre au supérieur hiérarchique d'apprécier la valeur professionnelle d'un agent. Il est recommandé de ne pas réduire cette durée à moins de 90 jours au cours de l'année. Chaque direction peut éventuellement aller au-delà de ce plancher ministériel, suivant la nature des fonctions exercées et les circonstances particulières de l'espèce* ».

Il en résulte d'une part que tout fonctionnaire en activité a droit à une évaluation et d'autre part que l'appréciation de la valeur professionnelle doit être fondée exclusivement sur la manière de servir.

Si aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe une durée d'absence qui empêcherait un agent d'être noté, la jurisprudence administrative considère que la notation est subordonnée à la présence effective du fonctionnaire au cours de l'année en cause pendant une durée suffisante.

Ainsi, **le Conseil d'État 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'État du 12 mars 2012, n° 326294 et Conseil d'État, 1^{er} août 2013, n° 347327). Il peut être relevé que le Conseil d'État s'est prononcé dans les deux affaires précitées sur la légalité d'instructions émanant de la direction générale des finances publiques datées de janvier 2009 et de janvier 2011 comportant la même règle de durée minimale pour la notation des agents que celle du 5 janvier 2017.

Enfin, le Conseil d'État 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 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'État, 3 septembre 2007, n° 284954).

En l'espèce, l'instruction ministérielle sur l'entretien professionnel des agents des catégories A (inspecteurs et inspecteurs divisionnaires à titre personnel) B et C du ministère de l'Économie et des Finances du 5 janvier 2017 prévoit que « *tous les fonctionnaires ayant accompli, pendant l'année de gestion, des services d'une durée minimale de 180 jours font l'objet d'un entretien professionnel et, s'agissant des agents de catégorie A et C, peuvent être attributaires de réductions-majorations d'ancienneté. Les autres agents de catégories A, B, ou*

C n'ayant pas accompli, pendant l'année de gestion, des services d'une durée minimale de 180 jours, font l'objet d'un entretien professionnel sur la partie prospective de l'entretien ».

Par suite, en subordonnant l'évaluation de l'agent ainsi que le bénéfice de la réduction/majoration d'ancienneté prévue pour les agents de catégorie A et C à un temps de présence effectif minimal de 180 jours, le ministère concerné a édicté une règle générale qui fait obstacle à une appréciation au cas par cas de la durée de présence de l'agent et a de ce fait méconnu les dispositions précitées.

En l'espèce, Mme X a été présente du 1^{er} janvier au 6 juillet 2016 et son supérieur hiérarchique, Monsieur A, a mentionné que les résultats obtenus « *sont excellents qualitativement et les objectifs remplis sur une période restreinte* ». Pourtant, la directrice départementale a rejeté le recours hiérarchique de Mme X en se fondant exclusivement sur la durée de sa présence inférieure à 180 jours durant l'année 2016, sans se prononcer sur les mérites professionnels de l'intéressée.

Au-delà de l'erreur de droit qui semble à elle seule justifier la responsabilité pour faute du ministère de l'action et des comptes publics, le Défenseur des droits considère que X a également été traitée de manière défavorable en raison de sa grossesse et, partant, de son appartenance au sexe féminin.

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 pénalement² 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 discriminatoire³. C'est pourquoi, il apparaît important de relever que la disposition litigieuse institue une discrimination à l'égard des femmes.

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 34-5° de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État : « *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 mois⁴ et s'accompagne, dans un certain nombre de cas, de congé maladie y afférant, susceptibles d'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).

² 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* ».

³ En l'espèce, la méconnaissance du dispositif juridique paraît revêtir, par sa répétition, un caractère intentionnel (cf les annulations prononcées par le Conseil d'État dans les affaires précitées (CE 12 mars 2012, n° 326294 et CE 1^{er} août 2013, n° 347327).

⁴ 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.

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 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, 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. ». Selon l'article 1er de cette loi « Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

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 ».

En l'espèce, le ministère de l'action et des comptes fait valoir dans ses observations du 4 décembre 2018 que cette durée minimale de 180 jours prévue par l'instruction du 5 janvier 2017 s'applique « à l'ensemble de ses agents, quelles que soient leur catégorie statutaire et leur direction de rattachement : elle permet donc de leur garantir un traitement équitable ».

Toutefois, le fait que cette règle soit applicable à l'ensemble des agents n'exclut pas qu'elle puisse avoir un effet discriminatoire dès lors qu'elle aboutit à un traitement moins favorable pour les femmes qui se trouvent contraintes, en raison de leur maternité, de s'absenter du service pour leur congé maternité et des congés maladie y afférents. À l'évidence les femmes se trouvent davantage pénalisées que les hommes par la mise en œuvre d'une telle règle.

Le tribunal administratif de Z dans le jugement précité du le 4 mai 2008 s'est d'ailleurs expressément prononcé sur la portée discriminatoire⁵ qu'une telle règle pouvait avoir pour les femmes.

8. Ainsi, toute pratique qui subordonne le droit à la notation des agents à une durée de présence minimale constitue un traitement défavorable notamment à l'égard des femmes qui se trouvent pénalisées en raison de leur maternité. Dès lors, le maintien d'une telle pratique constitue un agissement discriminatoire fondé sur le sexe, la grossesse et la maternité en matière d'avancement contraire aux dispositions précitées. Subordonner la notation à une période minimale de présence durant la période de référence revient à instituer une distinction fondée sur l'état de santé des agents, qui est prohibée par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Par conséquent, le Défenseur des droits estime que cette règle constitue une discrimination, pour les femmes en matière d'avancement, prohibée par les dispositions précitées.

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'État 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).

En l'espèce, Mme X a présenté des éléments laissant supposer que le refus de la faire bénéficier d'un entretien professionnel et de lui attribuer une éventuelle réduction d'ancienneté au titre de l'année 2016 n'était pas fondé sur une impossibilité objective d'apprécier ses mérites professionnels.

En effet, le courriel de son supérieur hiérarchique indiquant que les résultats obtenus par Mme X sur la période du 1^{er} janvier au 6 juillet 2016 « *sont excellents qualitativement et les objectifs remplis sur une période restreinte* » montre bien que la durée de sa présence n'empêchait pas l'évaluation de ses mérites professionnels.

Le ministère de l'action et des comptes publics, alors qu'il y était invité par le Défenseur des droits, n'a donné aucune explication permettant d'établir que le refus opposé à Mme X de bénéficier d'un entretien professionnel au titre de l'année 2016 repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Par suite, il apparaît que c'est bien en raison de sa maternité que Mme X a été traitée de façon défavorable, la privant d'une évaluation professionnelle au titre de l'année 2016 et le cas échéant, du bénéfice d'une réduction d'ancienneté dans l'échelon.

⁵ Le tribunal administratif, à l'instar du Défenseur des droits, a aussi reconnu qu'une telle règle était discriminatoire pour les agents absents du service en raison de congés pour maladie.

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

Jacques TOUBON