

Paris, le 14 avril 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-089

Le Défenseur des droits,

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment son article 71-1 ;

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

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ;

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° 90-680 du 1^{er} août 1990 relatif au statut particulier des professeurs des écoles ;

Saisi par Madame X, professeure des écoles de classe normale, qui conteste le refus d'avancement accéléré au 9^e échelon de son grade,

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, saisi par la réclamante.

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 relative au Défenseur des droits

Le tribunal administratif de Z a été saisi de la requête de Madame X, professeure des écoles à Y, dont l'avancement accéléré au 9^e échelon de son grade a été refusé.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Madame X est professeure des écoles de classe normale depuis le 1^{er} septembre 2004, classée au 8^e échelon de son grade depuis le 1^{er} septembre 2016.

Le 23 mars 2018, elle a bénéficié d'un rendez-vous de carrière afin d'apprécier sa valeur professionnelle. Dans le compte rendu de ce rendez-vous, il a notamment été souligné que « *Depuis une douzaine d'années qu'elle exerce dans cette école, Madame X a développé une forte capacité à organiser les apprentissages dans une classe à multi-niveaux. N'économisant pas son énergie, elle propose des séances cohérentes s'inscrivant fréquemment dans des projets pluridisciplinaires dont la finalité, souvent attractive, entraîne une forte adhésion des élèves (...)* ». L'appréciation finale notifiée à Madame X le 18 septembre 2018 qualifiait son travail d'« excellent ».

Le 14 février 2019, cette dernière a adressé un courriel à la direction des services départementaux de l'Éducation nationale (DSDEN) afin de savoir si, au vu de cette appréciation, elle bénéficierait d'un avancement accéléré au 9^e échelon à compter du 1^{er} mars 2019, c'est-à-dire un an avant la date d'accession automatique à cet échelon supérieur.

Le 15 février 2019, l'administration lui a répondu par la négative au motif, notamment, que « *la proportion de promus hommes/femmes a dû être respectée par rapport à la promotion d'H/F du département dans le corps des [professeurs des écoles]* ».

Le 24 février 2019, elle a formé un recours gracieux à l'encontre de la décision lui refusant le bénéfice de cet avancement accéléré, faisant valoir que c'est en raison de son appartenance au sexe féminin que cette mesure lui a été refusée, trois collègues de sexe masculin ayant pu l'obtenir malgré une valeur professionnelle moindre.

Le 22 mars 2019, le directeur académique des services de l'Éducation nationale du département lui a répondu que si l'avancement accéléré d'échelon « *tient compte de l'appréciation finale émise dans le cadre du rendez-vous de carrière* », il doit « *tenir compte également de la proportion hommes-femmes dans le corps des professeurs des écoles du département concerné (...)* ».

À la suite du rejet de son recours gracieux, Madame X a, le 26 avril 2019, introduit un recours auprès du tribunal administratif de Z afin d'obtenir l'annulation de cette décision de rejet. Elle demande également qu'il soit enjoint à l'administration de la reclasser au 9^e échelon avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2019.

Parallèlement à cette procédure juridictionnelle, elle a adressé une réclamation auprès d'un délégué du Défenseur des droits, qui a saisi l'administration le 25 mars 2019.

Dans sa réponse au délégué du 8 avril 2019, le directeur académique a notamment rappelé que l'intéressée « *a été classée par ordre de barème à la 26^{ème} place des agents féminins. Elle n'a donc pu bénéficier de cet avancement accéléré* ». Les professeurs des écoles affectés dans le département étant à 85% des femmes et à 15% des hommes, et la bonification d'ancienneté ne pouvant être accordée qu'à 29 agents, l'administration a décidé, après avis rendu par la commission administrative paritaire départementale (CAPD) le 12 février 2019, d'en faire bénéficier 25 femmes (86,2% des promus) et 4 hommes (13,8% des promus).

Le 12 mai 2019, le délégué a adressé au directeur académique un second courrier indiquant que cette situation pourrait être constitutive d'une discrimination et a proposé un règlement amiable. Il n'a pas été répondu à cette sollicitation.

Mes services ont alors, le 14 février 2020, adressé une note récapitulative au rectorat de Z expliquant le cadre juridique en matière d'avancement accéléré d'échelon, ci-dessous rappelé, et insistant sur l'interdiction d'une discrimination fondée sur le sexe de l'agent.

ANALYSE JURIDIQUE

Sur le cadre juridique applicable à l'avancement accéléré au 9^e échelon du grade de professeur des écoles de classe normale

En vertu de l'article 56 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 **portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État**, « *L'avancement des fonctionnaires comprend l'avancement d'échelon et l'avancement de grade* ».

En ce qui concerne l'avancement d'échelon, il ressort de l'article 57 de la même loi qu'il « *est fonction de l'ancienneté. Toutefois, lorsque les statuts particuliers le prévoient et selon des modalités de contingentement définies par décret en Conseil d'État, il peut être également fonction de la valeur professionnelle (...) ».*

En d'autres termes, le critère de la valeur professionnelle permet de prévoir des possibilités de réduction de l'ancienneté requise pour gravir un échelon ou de majoration de la durée de service requise pour prétendre à l'avancement, au regard de l'évaluation ou de la notation d'un fonctionnaire, selon des conditions fixées par les statuts particuliers.

S'agissant des professeurs des écoles, il ressort de l'article 24 du décret n° 90-680 du 1^{er} août 1990 portant statut particulier de ce corps que la durée du temps passé dans le 8^e échelon requise pour accéder à l'échelon immédiatement supérieur est, en principe, de 3 ans et 6 mois.

Toutefois, ce même article dispose que « *II.- Les anciennetés détenues dans les 6^e et 8^e échelons de la classe normale peuvent être bonifiées d'un an.*

Le recteur d'académie établit dans chaque département, pour chaque année scolaire, d'une part, la liste des professeurs des écoles qui sont dans la deuxième année du 6^e échelon de la classe normale, d'autre part, la liste des professeurs des écoles qui justifient d'une ancienneté dans le 8^e échelon de la classe normale comprise entre 18 et 30 mois. Le recteur d'académie attribue les bonifications d'ancienneté après avis de la commission administrative paritaire compétente à hauteur de 30 % de l'effectif des professeurs des écoles inscrits sur chacune de ces deux listes (...) ».

La valeur professionnelle d'un enseignant, telle qu'appréciée à l'issue d'un rendez-vous de carrière, peut lui permettre de bénéficier de cet avancement d'échelon plus rapide.

En effet, conformément aux dispositions de l'article 23-3 du décret statutaire du 1^{er} août 1990, le professeur des écoles « *bénéficie de trois rendez-vous de carrière dont l'objectif est d'apprécier [sa] valeur professionnelle (...). Ils ont lieu lorsque au 31 août de l'année scolaire en cours : (...)* 2° *Pour le deuxième rendez-vous, le professeur des écoles justifie d'une ancienneté comprise entre 18 et 30 mois dans le 8^e échelon de la classe normale (...)* ».

Madame X justifiant, au 31 août 2018, d'une ancienneté de 23 mois au 8^e échelon du grade de professeur des écoles de classe normale, un rendez-vous de carrière a été organisé au titre de l'année scolaire 2017/2018.

Les articles 23-4 et 23-5 du même décret précisent que ce rendez-vous donne lieu à l'établissement d'un compte rendu, dont les modalités d'élaboration sont définies par un arrêté ministériel du 5 mai 2017, **lequel comporte, entre autres, une liste de modèles à partir**

desquels les comptes rendus de rendez-vous de carrière doivent être réalisés. S'agissant des enseignants, leur niveau d'expertise fait l'objet d'une appréciation globale établie par l'autorité académique selon l'un des quatre niveaux suivants : « à consolider », « satisfaisant », « très satisfaisant » ou « excellent ».

En l'espèce, 97 agents étaient éligibles au bénéfice de l'avancement accéléré au 9^e échelon, et l'administration a, dans le respect du contingentement de 30% de promus par rapport aux promouvables, sélectionné 29 agents.

Dans sa réponse au recours gracieux formé par l'intéressée, l'administration reconnaît que 25 femmes et 4 hommes ont bénéficié de cet avancement accéléré et que « *Madame X (...) a été classée par ordre de barème à la 26^e place des agents féminins* ». L'administration ne précise toutefois pas le nombre et la répartition des agents dont le travail avait été qualifié d'« excellent ».

Dans un compte rendu syndical de la commission administrative paritaire départementale du 12 février 2019, diffusé le jour même, il est indiqué que « *Pour les femmes, toutes les enseignantes ayant une appréciation « excellent » ne sont pas promues (25 sur 27 enseignantes sont promues)* ». Le syndicat justifie cette situation en rappelant que « *les promotions doivent tenir compte de la proportionnalité homme/femme (...) dans le corps des professeurs des écoles du département* ».

À la lecture de ce compte rendu syndical, il apparaît que, parmi les 97 agents promouvables, 28 avaient vu leur travail qualifié d'« excellent » et 48 de « très satisfaisant ». Parmi les 29 agents promus, seuls 26 bénéficiaient de l'appréciation « excellent » (25 femmes et 1 homme), 3 hommes ont été promus en bénéficiant de l'appréciation « très satisfaisant » et, en sens inverse, 2 femmes – dont la réclamante – n'ont pas obtenu un tel avancement malgré la reconnaissance du caractère « excellent » de leur travail.

Il résulte de ces développements que les services de la DSDEN ont calqué les possibilités d'avancement des agents de chaque sexe sur la proportion respective de femmes et d'hommes dans les effectifs représentés à la CAPD du corps de professeur des écoles.

L'administration s'est ainsi fondée sur un motif étranger à la valeur professionnelle pour distinguer les agents éligibles à l'avancement accéléré. Les dispositions combinées de la loi du 11 janvier 1984 et du statut particulier du 1^{er} août 1990 ne permettant un avancement accéléré d'échelon qu'en fonction de la valeur professionnelle des agents, les 28 agents dont le travail avait été qualifié d'« excellent » auraient dû tous être promus, et ce quel que soit leur sexe.

L'administration ne conteste pas cette pratique mais la justifie en se référant à un arrêté départemental qui est, en réalité, inapplicable à une telle situation.

Sur l'application erronée des règles de représentation femmes/hommes valables uniquement pour les élections professionnelles

Le II de l'article 9 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa version issue de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la **déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires**, dispose que : « *Pour favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales, les listes de candidats aux élections professionnelles sont composées d'un nombre de femmes et*

d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes représentés au sein de l'instance concernée. Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent II ».

Sur le fondement de cet article législatif, le décret n° 2017-1201 du 27 juillet 2017 relatif à la représentation des femmes et des hommes au sein des organismes consultatifs de la fonction publique a notamment modifié l'article 6 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982 régissant les CAP, afin de prévoir que « Les parts respectives de femmes et d'hommes composant les effectifs pris en compte pour la détermination du nombre de représentants du personnel au sein d'une commission administrative paritaire sont fixées par arrêté ou décision de l'autorité auprès de laquelle la commission est placée, six mois au plus tard avant la date de l'élection des représentants du personnel (...)». C'est sur la base de cette disposition réglementaire qu'a été pris l'arrêté départemental du 25 mai 2018 fixant les parts respectives de femmes et d'hommes à prendre en compte pour l'élection des représentants siégeant à la CAPD des professeurs des écoles du département, arrêté sur lequel les services de la DSDEN se sont fondés pour refuser un avancement accéléré à la réclamante.

Or cette exigence de représentation équilibrée par rapport à la composition du corps électoral, qui oblige à ce que **les listes de candidats soient composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes représentés au sein de l'instance concernée**, a été imposée par le législateur en matière d'élections professionnelles. Elle ne saurait, en l'absence de texte législatif en ce sens, être étendue à d'autres domaines tels que l'avancement des agents publics. La direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) rappelle clairement, dans sa circulaire du 5 janvier 2018 relative à la représentation des femmes et des hommes au sein des organismes consultatifs de la fonction publique de l'État¹, que l'obligation issue du décret précité du 27 juillet 2017 « porte exclusivement sur les scrutins de liste: élections des représentants du personnel habilités à siéger dans les comités techniques(CT) (...), commissions administratives paritaires (CAP), et commissions consultatives paritaires ».

Les professeurs des écoles affectés dans le département étant à 85% des femmes et à 15% des hommes, l'application de ces règles devait seulement aboutir, dans le cadre des élections professionnelles organisées en décembre 2018, à ce que les organisations syndicales présentant des listes de candidats à la CAPD respectent une proportion de 85% de femmes et de 15% d'hommes dans la constitution des listes.

Cette réglementation n'avait en revanche ni pour objet ni pour effet de modifier les conditions d'octroi des bonifications d'ancienneté pouvant être accordées aux fonctionnaires pour leur permettre un avancement d'échelon plus rapide.

Au vu de ces éléments, l'application par l'administration de la réglementation relative à la représentation femmes/hommes, inopérante en l'espèce, pour refuser l'avancement accéléré de 2 femmes d'une valeur professionnelle supérieure à celle de 2 collègues masculins promus, s'analyse comme une situation constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe.

J'observe enfin que les services justifient le refus d'avancement accéléré de la réclamante en se référant au protocole d'accord du 8 mars 2013 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes dans la fonction publique. Ce protocole ayant pour objectif de « rendre effective l'égalité entre les femmes et les hommes dans les rémunérations et les parcours professionnels de la fonction publique »² et invitant à cet égard chaque employeur public à engager « une réflexion sur les raisons qui peuvent limiter les promotions ou les avancements des femmes », ne saurait, sans méconnaître son objet, être mobilisé au soutien de pratiques

¹ Publiée sur *Legifrance* (NOR : CPAF1735082C).

² Protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique, page 10, consultable sur le site www.fonction-publique.gouv.fr.

de gestion aboutissant à limiter les possibilités d'avancement de femmes travaillant dans la fonction publique de l'État.

Sur l'interdiction d'une discrimination fondée sur le sexe

La discrimination fondée sur le sexe est prohibée dans le domaine de l'emploi tant par le droit interne que par le droit de l'Union européenne.

En droit interne, l'article 2 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, dispose que « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er [dont le sexe d'une personne] est interdite en matière (...) d'emploi (...) ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle (...)* ».

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

En droit de l'Union européenne, l'article 14 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs public et privé en ce qui concerne notamment « *les conditions d'emploi et de travail (...)* ».

Il est vrai que le droit autorise des distinctions fondées sur le sexe dans le cadre de mesures temporaires dites d'action positive destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle en faveur du sexe sous-représenté.

Toutefois, la possibilité de prendre des mesures d'action positive est très limitée et s'avère strictement appréciée par le juge. De telles mesures doivent avoir pour seul but d'éliminer ou de réduire les inégalités de fait pouvant exister et ne sauraient, selon la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), établir une priorité automatique pour l'un des sexes.

La CJUE considère en effet que la priorité accordée à une personne en fonction de son sexe ne peut être admise que si elle permet de choisir entre des candidats ayant des compétences, qualifications et aptitudes équivalentes. La Cour a ainsi jugé, dans une décision du 6 juillet 2000, qu'une action positive en faveur des femmes ne peut aboutir à conférer la priorité à une candidate qui, même si elle justifie de qualifications suffisantes pour pourvoir un poste, dispose de compétences inférieures à un concurrent masculin³.

Il ressort donc de ce cadre juridique que toute mesure de préférence fondée sur le sexe ne peut porter que sur des candidats de compétence au moins équivalente, sauf à constituer une mesure discriminatoire.

CONCLUSION

Au vu du cadre juridique ci-dessus rappelé, la décision de refus d'avancement accéléré d'échelon opposé à Mme X, qui repose sur une erreur de droit et s'avère discriminatoire, me paraît encourir l'annulation. L'administration n'ayant pu légalement lui refuser l'avancement accéléré d'échelon au 1^{er} mars 2019, il me paraît également justifié de faire droit à sa demande

³ CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, aff. n° C-407/98. Cette décision de principe demeure applicable malgré la modification des textes communautaires. En effet, les dispositions sur lesquelles s'est fondée la Cour de justice (notamment l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne et la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976) ont été reprises dans les textes ultérieurs (cf. notamment l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006).

tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de la reclasser rétroactivement au 9^e échelon à compter de cette date.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits soumet à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON