



Madame Mireille STIVALA
Secrétaire générale
Fédération CGT Santé Action sociale
263, rue de Paris
93515 MONTREUIL CEDEX

Paris, le

25 MAI 2016

V/Réf SG/SB/MF 160.13

A rappeler dans toute correspondance :

N/Réf : 13-007801 / FP

Interlocuteur : Nina VENTURA
Téléphone : 01 53 29 61 57
Courriel : nina.ventura@defenseurdesdroits.fr



Lettre recommandée avec accusé de réception (et copie en lettre simple)

Objet : Notification de décision

Madame la Secrétaire générale,

Vous avez appelé l'attention du Défenseur des droits sur une pratique de notation mise en œuvre dans un certain nombre d'établissements hospitaliers consistant à geler la note chiffrée des agents du fait de leur absence liée à leur congé maternité.

Après instruction, je vous informe que j'ai décidé, conformément à l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011, de vous adresser des recommandations.

Je vous prie de bien vouloir trouver copie de la décision n°2016-117 correspondante.

Je vous prie d'agréer, Madame la Secrétaire générale, l'expression de mes salutations distinguées.


Jacques TOUBON



Paris, le 24 MAI 2016

Le Défenseur

Décision du Défenseur des droits n°2016-117

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.

Saisi depuis plusieurs années par des agents de la fonction publique hospitalière qui se plaignent de la reconduction de leur note chiffrée du fait de leurs absences en lien avec leur maternité ainsi que par des organisations syndicales qui contestent la mise en œuvre de cette pratique de notation de la part de plusieurs établissements hospitaliers en raison de son caractère discriminatoire ;

Adopte la présente décision en vue de rappeler le cadre juridique en matière de droit à la notation et l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, la grossesse et la maternité.

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la décision de recommander à la ministre des affaires sociales et de la santé 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 ;
- le cas échéant, saisir les autorités compétentes pour ordonner la cessation de ces pratiques et/ou sanctionner les responsables des établissements qui persistent à appliquer ce système de notation ;
- rappeler par voie de circulaire aux commissions administratives paritaires et aux commissions consultatives paritaires qu'il leur appartient, le cas échéant, de définir les modalités de réexamen des situations des agents dont les notes chiffrées ont été gelées pour des motifs discriminatoires.

Le Défenseur des droits demande à la ministre des affaires sociales et de la santé de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de quatre mois à compter de la date de notification de la présente décision.



Jacques TOUBON

Recommandation

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 qu'elles sont pénalisées dans l'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.

Si des situations individuelles ont pu trouver une issue favorable à la suite de l'intervention du Défenseur des droits, certains centres hospitaliers mis en cause persistent néanmoins dans leur refus de réexaminer la situation des agents. Dans cette hypothèse, dès lors que les intéressées ont saisi les juridictions administratives, le Défenseur des droits présente des observations².

Mais ces situations ne relèvent pas de cas isolés puisqu'en 2013, plusieurs représentants syndicaux CGT au niveau local et départemental, ainsi que la Fédération Santé CGT avaient aussi appelé l'attention du Défenseur des droits sur le fait que la prise en considération de l'absence résultant d'un congé maternité lors de la notation était une pratique courante au sein de certains établissements hospitaliers.

Les différentes enquêtes menées par les services du Défenseur des droits montrent que certaines des pratiques en cause 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 subordonnant la notation à une durée de présence effective minimale dans le service³.

Ainsi l'Union départementale des syndicats CGT des Alpes de Haute-Provence a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation portant sur la mise en œuvre de cette pratique au sein d'un centre hospitalier. L'intervention du Défenseur des droits en 2014 a permis de mettre un terme à l'application de cette règle discriminatoire qui pénalisait les femmes en raison de leur absence pour congé maternité mais le centre hospitalier a refusé de procéder au réexamen de la situation des dix agents dont les réclamations avaient été portées par le syndicat CGT.

En 2015, c'est le syndicat SUD Santé 35 qui a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation portant sur les refus opposés par un centre hospitalier de réexaminer les notations du personnel féminin dont les notes chiffrées ont été gelées jusqu'en 2014, date à laquelle le directeur de ce centre a annoncé lors d'un comité technique d'établissement que l'absentéisme au titre du congé maternité n'était plus pris en compte pour établir la notation. Deux agents dont les notes chiffrées ont été gelées après leur congé maternité ont décidé de saisir le tribunal administratif et sollicitent l'intervention du Défenseur des droits.

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.

² Dans un dossier où la réclamante a saisi le tribunal administratif d'un recours de plein contentieux, le défenseur des droits a présenté des observations qui ont été suivies par le tribunal administratif qui a reconnu l'erreur de droit dans un jugement rendu le 2 février 2016 (requête n°1303234-1).

³ Cette période est fixée généralement à six mois.

A ce jour, le Défenseur des droits est encore saisi pour intervenir auprès d'établissements qui maintiennent l'application de cette règle discriminatoire. Ainsi, le syndicat *UNSA Santé Sociaux du Gard* demande au Défenseur des droits de recommander à un centre hospitalier de ne plus appliquer son « *protocole de notation* » 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)* ». Soutenu par ce syndicat, un agent féminin a décidé de contester l'application de ce protocole à sa situation devant le Défenseur des droits et le tribunal administratif.

Pour le Défenseur des droits, cette situation ne peut perdurer car elle compromet 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.

Partant, la présente décision poursuit donc plusieurs objectifs.

D'une part, le Défenseur des droits souhaite rappeler le cadre juridique applicable en matière de notation, la portée du principe de non-discrimination fondée notamment⁴ sur le sexe, la grossesse et la maternité. C'est sur la base de cette décision que le Défenseur des droits pourra intervenir dans le cadre de réclamations individuelles en procédant à des recommandations, en présentant des observations devant les juridictions compétentes et, le cas échéant, en saisissant les autorités compétentes pour sanctionner les comportements discriminatoires.

D'autre part, le Défenseur des droits entend faire des recommandations générales auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé visant à faire cesser ces pratiques discriminatoires qui pénalisent les femmes dans leur avancement.

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 1er 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.

⁴ Il est évident que la fixation d'une règle générale subordonnant la notation d'un fonctionnaire à une période minimale de présence peut également s'analyser sous l'angle de la discrimination à raison de l'état de santé.

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* ».

Si aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe une durée d'absence qui empêcherait un agent d'être noté, la jurisprudence administrative estime 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'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 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 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).

Enfin, 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'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).

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, les établissements hospitaliers méconnaissent les dispositions précitées.

Au-delà de l'erreur de droit qui peut être sanctionnée par les juridictions administratives, le Défenseur des droits estime devoir rappeler que le refus de permettre à des femmes l'accès à un droit, celui d'être noté s'il n'est pas justifié par des critères objectifs tenant à

l'appréciation portée sur les services rendus doit aussi être appréhendé sous l'angle du droit de 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 pénalement, 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 une période minimale de présence

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 »

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 maternité⁵, ou pour adoption, avec traitement, d'une durée égale à celle prévue par la législation sur la sécurité sociale* ».

Aux termes du considérant 25 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 convient de prendre des 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 ».

Ainsi que le rappelle la directive 2006/54/CE précitée **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.

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.

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 ses 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 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.

Enfin, au-delà de la situation dénoncée, subordonner la notation à une période minimale de présence impacte également les agents placés en congé maladie durant la période de référence. Or, une telle pratique institue une distinction fondée sur l'état de santé des agents, qui est prohibé par l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

c) Sur la portée du principe de non-discrimination

L'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, lorsque le moyen d'illégalité invoqué repose sur le caractère discriminatoire d'une décision, le Conseil d'Etat souligne de façon constante depuis 2009 qu'« *il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux 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 ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* » (CE Ass, 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n°298348).

Ce dispositif comprend deux étapes. En premier lieu, l'agent devra présenter des éléments de fait laissant supposer que sa note chiffrée n'est pas fondée sur des éléments objectifs mais sur la prise en compte de son absence liée à son congé maternité. Ainsi, constituent des éléments de fait susceptibles de faire naître une présomption de discrimination :

- le fait que la note chiffrée de l'intéressée a été reconduite de manière automatique après un congé maternité ;
- le fait que l'autorité de notation ait refusé de prendre en compte l'évaluation favorable réalisée par le supérieur hiérarchique direct en se fondant sur l'absentéisme de l'agent ;
- une proposition de note chiffrée par le supérieur hiérarchique non prise en compte par l'autorité de notation ;
- tous éléments permettant de montrer que l'établissement hospitalier prend en compte une période d'absence dont la durée est fixée pour l'ensemble des agents.

Il appartiendra alors à l'employeur de « *prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008).

L'employeur devra ainsi justifier que la reconduction de la note de l'agent après son retour de congé maternité est fondée sur des éléments objectifs, à savoir la valeur professionnelle ou l'impossibilité dans laquelle s'est trouvé l'évaluateur d'apprécier le travail de l'agent compte tenu tant des fonctions qui lui étaient confiées que de la durée de la présence effective au cours de l'année considérée.

Sur la réparation intégrale des préjudices subis

Conformément à une jurisprudence constante, 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, Cass. Soc, 23 novembre 2005, n° 03-40 826 ; CE, 11 juillet 2011, n°321225).

Il doit être rappelé que l'article 18 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 souligne qu'il est important que « *le préjudice subi par une personne lésée du fait d'une discrimination fondée sur le sexe soit effectivement réparé ou indemnisé (...) de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi* ».

Par suite, dès lors que l'employeur n'a pas justifié que la reconduction de la note chiffrée était fondée sur la valeur professionnelle de l'agent ou sur une impossibilité objective de procéder à sa notation, celle-ci est légitime à demander le réexamen de sa notation et à obtenir réparation du préjudice causé par la discrimination.

II- RECOMMANDATIONS

Malgré le cadre juridique et l'importance des dispositifs destinés à garantir l'égalité entre les femmes et les hommes, les réclamations adressées au Défenseur des droits depuis plusieurs années témoignent de la persistance de cette pratique de notation qui est discriminatoire à l'égard des femmes. Or, celles-ci représentent environ les trois quarts du personnel des hôpitaux et une pratique telle que celle qui est en cause a de facto, un impact défavorable sur la carrière des femmes dans la fonction publique hospitalière. De ce point de vue, il peut être souligné que l'écart de salaire global moyen dans la fonction publique hospitalière entre les femmes et les hommes est de 14 %⁶.

Aussi, le Défenseur des droits estime qu'il est plus que temps de « *rendre effective l'égalité entre les femmes et les hommes dans les rémunérations et les parcours professionnels* » et de « *mener une politique volontariste de suppression des inégalités salariales entre les femmes et les hommes* » (axe n°2 - mesure 4 du protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 8 mars 2013).

C'est pourquoi, en application de l'article 18 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, il demande en premier lieu à la ministre des affaires sociales et de la santé 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.

En second lieu, si les vérifications ont conduit à constater que certains responsables d'établissement persistent néanmoins dans l'application de cette pratique discriminatoire, il demande à la ministre de saisir les autorités compétentes pour ordonner la cessation de ces pratiques et/ou sanctionner les responsables de ces établissements qui persistent à appliquer ce système de notation.

Enfin, le Défenseur des droits recommande à la ministre des affaires sociales et de la santé de rappeler par voie de circulaire aux commissions administratives paritaires et aux commissions consultatives paritaires que, compte tenu du protocole précité, il leur appartient, le cas échéant, de définir les modalités de réexamen des situations des agents dont les notes chiffrées ont été gelées pour des motifs discriminatoires.

⁶ L'écart est de 16 % dans la fonction publique d'Etat et de 8% dans la fonction publique territoriale - Etudes sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans la fonction publique sous le prisme des inégalités de genre - Etudes, recherches et débats - mars 2015