

Paris, le 4 avril 2022

---

**Décision du Défenseur des droits n°2022-050**

---

**La Défenseure 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 le code général de la fonction publique ;

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° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ;

Saisie par Monsieur X, candidat à un poste d'agent contractuel dont la candidature a été écartée après l'annonce de la naissance future d'un enfant ;

Recommande à la maire de la commune de Y :

- d'indemniser Monsieur X des préjudices subis dès lors qu'il en aura fait la demande ;
- d'adresser une note rappelant la portée du principe de non-discrimination dans l'emploi à l'ensemble des agents participant à des opérations de recrutement ;

Demande à être tenue informée des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de leur notification.

Claire HÉDON

---

**Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

---

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X, candidat à un poste de professeur de guitare au sein de l'école d'arts de la commune de Y, dont la candidature a été rejetée à la suite de l'annonce, après son entretien d'embauche, de la future naissance d'un enfant.

### **RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE**

Monsieur X, employé en 2021 comme professeur de guitare notamment par l'école municipale de musique de Z et par un comité d'entreprise, a souhaité bénéficier d'un complément d'heures.

Le 4 juillet 2021, il a transmis par courriel un *curriculum vitae* et une lettre de motivation manifestant son intérêt pour le poste de professeur de guitare électrique contractuel proposé au sein de l'école d'arts de la commune de Y. L'emploi consistait à assurer des enseignements les vendredi et samedi, à hauteur de 7 heures par semaine, avec une rémunération fixée par référence à la grille des assistants territoriaux d'enseignement artistique (ATEA).

Par courriel du 6 juillet 2021, le responsable pédagogique de l'école d'arts l'a convié à un entretien organisé le 8 juillet 2021 à 10h00. Cet entretien d'embauche s'est tenu en présence de la directrice de la culture de la ville et du responsable pédagogique de l'école d'arts.

Le 13 juillet 2021, le responsable pédagogique lui aurait confirmé par téléphone la sélection de sa candidature puis, le 16 juillet 2021, lui a demandé de transmettre des pièces nécessaires à son recrutement et, le 23 juillet 2021, lui a adressé une relance, précisant « *avoir besoin rapidement [des documents sollicités] afin d'établir le contrat* ».

Monsieur X lui a alors transféré un courriel du 16 juillet 2021, qui n'avait pas été reçu par le recruteur, dans lequel il expliquait : « *Lors de l'entretien je n'ai pas pensé à mentionner que je vais avoir un enfant prochainement, alors je devrai être en congé à un moment. J'espère que cela ne posera pas trop de problème, même si je comprends que c'est un peu compliqué pour l'organisation* ». L'intéressé a précisé, dans le même courriel, qu'il comptait « *prendre 2 semaines à la naissance et puis les 2 autres semaines plus tard, en janvier sûrement* ».

Dès réception de ce message, le responsable pédagogique lui a répondu par courriel que « *Cette information est regrettable et porte atteinte à la bonne marche du service municipal (...). Vous étiez tenu de nous en informer lors de votre entretien, c'est la moindre des choses. Nous avons besoin de quelqu'un de façon sûre et certaine dès le 1<sup>er</sup> septembre. Nous mettons donc un terme au recrutement vous concernant, et allons recruter quelqu'un qui sera certain d'être présent* ».

Le même jour, à la suite de cette décision de ne pas retenir la candidature de Monsieur X, le responsable pédagogique a publié, sur le groupe *Facebook* « Emplois de professeurs d'instruments de musique », une nouvelle annonce pour ce poste de professeur de guitare électrique. L'offre d'emploi contenait notamment les mentions suivantes : « *Poste à 7 heures hebdomadaires, sur une grille d'ATEA 2<sup>nde</sup> classe 4<sup>ème</sup> échelon. CDD d'un 1 renouvelable (...). Disponibilité demandée à partir du 1<sup>er</sup> septembre* ».

En réponse au message du responsable pédagogique rejetant sa candidature, Monsieur X a envoyé un courriel libellé en ces termes : « *Cela me paraît un peu excessif comme réponse. Le jour de l'entretien cela ne m'a pas traversé l'esprit, la question des dates et du calendrier* ».

*n'ayant pas vraiment été abordée, et c'est pour cette raison que je vous en ai informé après, je n'ai pas attendu à avoir signé le contrat. Ça reste une information de ma vie personnelle, même si je comprends que ça change un peu l'organisation, mais il y a toujours des solutions (par exemple récupérer les cours plus tard pendant les vacances). Je suis disponible le 1<sup>er</sup> septembre mais je ne serai pas présent pendant deux semaines à la naissance (prévue pour le 19 septembre), et puis deux semaines en janvier. Annuler le recrutement pour cela me paraît excessif et je le trouve dommage ».*

La directrice de la culture de la ville lui a confirmé, le 26 juillet 2021, la décision de ne pas retenir sa candidature, expliquant qu'il « *aurait été souhaitable que vous évoquiez la future naissance de votre enfant au moment de votre entretien du 08.07* ».

C'est dans ce contexte que Monsieur X, estimant avoir fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire, a saisi le Défenseur des droits, lequel a ouvert une instruction auprès de la commune de Y.

Dans sa réponse au Défenseur des droits du 8 octobre 2021, la maire de la commune explique que « *le refus de maintenir la candidature de Monsieur X au poste de professeur de guitare électrique n'est pas dû au fait qu'il allait avoir un enfant mais à l'oubli de cette annonce* ».

Elle précise qu'« *En effet, cela peut révéler un manque d'implication professionnelle au sein de l'équipe du conservatoire. La rentrée de septembre nécessite la présence et la disponibilité de l'ensemble des professeurs. Ces derniers sont, en effet, plus fortement mobilisés pour l'organisation et la préparation de leur classe à cette période* ».

Elle en déduit qu'« *En ne révélant pas la naissance de son futur enfant dès le premier entretien, Monsieur X a entaché, avant même que la relation professionnelle commence, la confiance que [la directrice de la culture de la ville] aurait pu lui porter et essentielle à une collaboration fiable* ».

Ces seuls éléments ne paraissant pas de nature à écarter la présomption de discrimination dans ce dossier, le Défenseur des droits a, par correspondance du 22 novembre 2021, informé la maire de la commune qu'il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination prohibée par la loi. Une « note récapitulative », formalisant la position provisoire de l'institution, a alors été portée à la connaissance de l'administration.

En vertu du principe de l'aménagement de la charge de la preuve s'appliquant dès lors qu'une personne s'estime victime de discrimination, l'administration a été invitée à transmettre, dans un délai de deux mois à compter de la réception de cette note récapitulative, tout élément nouveau (éléments de fait, pièces et observations) qu'elle estimerait utile de porter à la connaissance de l'institution avant qu'une position définitive soit arrêtée sur cette réclamation.

Dans sa correspondance du 20 janvier 2022, l'administration fait notamment valoir que :

- Si la situation de famille n'a en principe pas vocation à être prise en compte lors de l'examen d'une candidature à un emploi public, un employeur peut légitimement en tenir compte, dans l'intérêt du service, dès lors que ce critère est de nature à influencer sur les exigences professionnelles du candidat ;
- La situation personnelle d'un candidat ou d'un agent, et notamment sa maternité ou sa paternité, ne fait pas obstacle à l'édition de toute mesure prise à son encontre ;
- Le principe de non-discrimination ne prime pas sur le principe de continuité du service public mais doit, au contraire, être concilié avec celui-ci ;
- L'intérêt à disposer d'un agent pleinement disponible entre la rentrée scolaire de septembre 2021 et les vacances de la Toussaint s'avérait d'autant plus justifié en

l'espèce du fait de la crise sanitaire ayant conduit l'école d'arts à fermer pendant de nombreux mois en 2020 et 2021, occasionnant un retard qu'il incombait aux enseignants recrutés pour l'année scolaire 2021/2022 de rattraper ;

- La directrice de la culture de la ville n'a pas entendu reprocher un quelconque manquement à l'intéressé lors du déroulement de l'entretien de recrutement mais a estimé regrettable de ne pas être avisée de son absence prochaine, alors qu'il était attendu du candidat d'être en capacité d'assurer son service d'enseignements dès la rentrée de septembre 2021 ;
- Le silence du candidat lors de l'entretien d'embauche a été perçu comme révélant une absence de conscience de la nécessaire prise en compte de l'intérêt des usagers de l'école d'arts à suivre de manière assidue et continue les enseignements dispensés pendant l'année scolaire 2021/2022, d'autant plus que les difficultés liées à la crise sanitaire avaient été évoquées lors dudit entretien.

Au terme de ces échanges contradictoires, et après avoir pris note des compléments d'information apportés dans cette réponse à la note récapitulative, le Défenseur des droits entend rappeler à la commune de Y les éléments suivants.

## **ANALYSE DE LA RÉCLAMATION**

### ***I- Sur l'interdiction des discriminations à l'embauche dans la fonction publique, liées notamment à la situation de famille***

Le principe de l'égal accès aux emplois publics est garanti, notamment, par une norme de valeur constitutionnelle. L'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *La Loi (...) doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Quelles que soient les formes qu'elles revêtent, les modalités de recrutement aux emplois publics ne doivent pas permettre de procéder à des nominations qui méconnaîtraient l'égal accès des candidats aux emplois publics en fonction de leurs vertus et de leurs talents.

Les employeurs publics ne peuvent, dès lors, traiter différemment les candidats sur le fondement de considérations étrangères à l'appréciation comparée des mérites.

Parmi les critères de discrimination prohibés par la loi, figure la notion de « situation de famille ». La situation de famille vise notamment la situation matrimoniale, l'existence d'un concubinage, la nature de la filiation, l'existence ou l'absence d'enfants, le lien de parenté.

L'article L. 131-1 du code général de la fonction publique (anciennement article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) dispose ainsi qu'« *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les agents publics en raison (...) de leur situation de famille (...)* ». Ces dispositions sont également applicables aux agents non titulaires de la fonction publique, comme le confirme l'article L. 2 du même code.

Dans le même sens, 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 définit, en son article 1<sup>er</sup>, la discrimination directe comme « *la situation dans laquelle, sur le*

*fondement (...) de sa situation de famille (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ».*

Il résulte de l'article 2 de la même loi que « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière (...) d'accès à l'emploi (...).* Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (...) ».

Une administration ne peut ainsi écarter un candidat à un emploi pour des considérations fondées sur un motif *a priori* prohibé qu'à la condition que celles-ci correspondent à une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

Comme l'indique expressément l'article 5 de la même loi, ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des employeurs, publics et privés. Les agents relevant de la fonction publique territoriale ne peuvent dès lors subir de discrimination, directe ou indirecte, notamment à l'embauche, sur le fondement d'un critère de discrimination prohibé par la loi.

La liberté pour un employeur public de choisir ses collaborateurs ne peut aboutir à contrevenir au principe de non-discrimination. Le processus de recrutement doit permettre d'évaluer la capacité d'un candidat à occuper le poste proposé. Or la situation de famille ne constitue pas un élément pertinent pour apprécier l'aptitude professionnelle du candidat. Refuser l'embauche sur le fondement de la situation de famille d'un candidat est dès lors susceptible d'engager la responsabilité pour faute de l'administration<sup>1</sup>.

## **II- Sur le rappel du droit reconnu aux agents publics de bénéficier d'un congé de paternité**

Lorsque le législateur a introduit, au 1<sup>er</sup> janvier 2002, ce congé en droit français<sup>2</sup>, il visait, « *par un investissement précoce des pères, à les renforcer dans leur responsabilité éducative à l'égard de leurs enfants et à faire évoluer le partage des tâches domestiques entre hommes et femmes, à la suite notamment de la résolution du 29 juin 2000 du Conseil des ministres européens des affaires sociales encourageant les États membres à instituer un tel congé et de la conférence de la famille du 11 juin 2001* »<sup>3</sup>.

L'article 73 de la loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale a modifié les modalités du congé de paternité et d'accueil de l'enfant à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2021. Des décrets sont venus déterminer pour les fonctionnaires des trois fonctions publiques, les contractuels de droit public et les salariés du privé, les modalités d'attribution du congé de paternité et d'accueil de l'enfant.

Pour les fonctionnaires et les agents contractuels de droit public de la fonction publique territoriale, le décret n° 2021-846 du 29 juin 2021 détermine les conditions d'utilisation du congé de paternité. Cette nouvelle réglementation est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2021.

---

<sup>1</sup> Pour un exemple récent de condamnation d'une discrimination à l'embauche liée à la situation de famille, dont le Défenseur des droits avait été saisi et pour laquelle il avait présenté des observations au juge administratif : TA Paris, 4 février 2021, req. n° 1815937 (indemnisation : 17 000 euros).

<sup>2</sup> Cf. l'article 55 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002.

<sup>3</sup> Position du Gouvernement français citée dans la décision *Hallier c. France*, rendue par la CEDH le 12 décembre 2017 (n° 46386/10).

Depuis l'entrée en vigueur de cette nouvelle réglementation, la durée du congé de paternité et d'accueil de l'enfant est doublée. Elle est désormais de vingt-huit jours (en incluant les trois jours de congé de naissance). Sur les vingt-cinq jours calendaires, quatre doivent obligatoirement être pris consécutivement et immédiatement après le congé de naissance de trois jours. Pour la période restante de vingt-et-un jours calendaires, l'agent peut choisir de poser ces jours de manière continue ou fractionnée en deux périodes maximum d'au moins cinq jours chacune, à la condition que ces vingt-et-un jours soient pris dans les six mois suivant la naissance de l'enfant.

Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant est un droit qui ne peut être refusé à l'agent, sous réserve que celui-ci en informe suffisamment tôt son employeur.

Un délai de prévenance est en effet prévu par la réglementation, le décret du 29 juin 2021 susmentionné rappelant, en son article 13, que « *Le congé de paternité et d'accueil de l'enfant (...) est accordé de droit au fonctionnaire qui en fait la demande auprès de l'autorité territoriale dont il relève au moins un mois avant la date présumée de l'accouchement (...)* »<sup>4</sup>.

### **III- Sur l'application en l'espèce du principe de l'aménagement de la charge de la preuve**

Les pièces transmises par Monsieur X, notamment le courriel indiquant que la procédure de recrutement prenait fin à la suite de l'annonce de la naissance à venir de son enfant, permettent de faire présumer l'existence d'un traitement discriminatoire de sa candidature.

Lorsque des éléments de fait suffisants ont été soumis par une personne pour faire présumer une atteinte au principe de non-discrimination, « *il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »<sup>5</sup>. Un tel dispositif fait peser sur l'administration mise en cause la charge de montrer que la situation contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

#### **1. Sur le fait d'avoir annoncé la naissance future d'un enfant postérieurement à l'entretien d'embauche**

Dans sa réponse au Défenseur des droits du 8 octobre 2021, l'administration soutient qu'« *En ne révélant pas la naissance de son futur enfant dès le premier entretien, Monsieur X a entaché, avant même que la relation professionnelle commence, la confiance que [la directrice de la culture de la ville] aurait pu lui porter et essentielle à une collaboration fiable* ».

Dans la note récapitulative du 22 novembre 2021, le Défenseur des droits rappelait notamment que les candidats à un emploi, public ou privé, ne sont pas tenus de faire état de leurs projets familiaux lors de l'entretien d'embauche, et qu'aucune méconnaissance d'une obligation de loyauté ne peut donc leur être reprochée à ce titre.

Dans la réponse à la note récapitulative, la commune a précisé le sens de ses propos en expliquant qu'il ne s'agissait pas de reprocher à l'agent d'avoir commis un quelconque manquement mais de constater que l'absence d'évocation de sa future paternité lors de l'entretien d'embauche avait été perçue comme témoignant d'un manque de conscience des

---

<sup>4</sup> Ces règles, applicables aux fonctionnaires territoriaux, sont identiques pour les agents non titulaires (cf. l'article 10 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale).

<sup>5</sup> Voir l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée.

contraintes liées à la continuité du service public et à la nécessaire satisfaction des besoins des usagers, voire d'une certaine légèreté.

Une telle indifférence ou attitude désinvolte par rapport aux besoins du service public n'est pas corroborée par les pièces du dossier.

Monsieur X a, dès le 16 juillet 2021 – soit plus de deux mois avant la naissance programmée de son enfant –, averti son futur employeur, en indiquant : « *J'espère que cela ne posera pas trop de problème, même si je comprends que c'est un peu compliqué pour l'organisation* ». Et ce alors même que l'intéressé n'était lié à l'époque par aucun engagement contractuel avec la commune, et qu'aucun délai de prévenance ne pouvait, par conséquent, lui être légalement opposé.

La position de l'administration, consistant à soutenir que l'absence d'évocation de sa future paternité lors de l'entretien d'embauche « *pourrait révéler un manque d'implication professionnelle au sein de l'équipe du conservatoire* », est donc contredite par la lecture des échanges avec le service recruteur, lesquels témoignent, au contraire, du souci de ce candidat, avant même sa prise de poste, de concilier son absence programmée avec les contraintes organisationnelles pesant sur l'école d'arts.

## 2. Sur l'argument tiré de la nécessité d'une disponibilité pendant la période entre la rentrée de septembre 2021 et les vacances de la Toussaint

Tout d'abord, il résulte des principes du droit de l'Union européenne applicables aux « travailleurs » – notion qui vise indifféremment les salariés du secteur privé et les agents publics –, que si « *la disponibilité du salarié est nécessairement pour l'employeur une condition essentielle à la bonne exécution du contrat de travail* », il n'en demeure pas moins que « *la protection garantie par le droit communautaire à la femme en cours de grossesse (...) ne saurait dépendre du point de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à sa maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise où elle est employée. Une telle interprétation contraire priverait les dispositions de la directive 76/207 de leur effet utile* »<sup>6</sup>.

Dans un arrêt *Tele Danmark* en date du 4 octobre 2001<sup>7</sup>, la Cour a également rappelé que le droit de l'Union européenne s'oppose à la rupture du contrat de travail d'une salariée qui a omis d'informer son employeur de son état de grossesse, alors même qu'elle en avait connaissance au moment de la conclusion du contrat.

Il résulte ainsi du droit de l'Union européenne que le refus de recruter une femme enceinte sur un contrat à durée déterminée au motif qu'elle serait absente pendant plusieurs mois ne saurait justifier, à lui seul, une atteinte au principe de non-discrimination.

Ces jurisprudences européennes ne sont pas directement applicables en l'espèce, la situation de famille, et plus particulièrement la paternité, ne figurant pas parmi les critères de discrimination protégés en tant que tel par le droit de l'Union européenne<sup>8</sup>. Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où le congé de paternité a été créé afin notamment de permettre de mieux accompagner la mère pendant son congé de maternité, un raisonnement

<sup>6</sup> CJCE, 14 juillet 1994, *Webb*, n° C-32/93, point 26.

<sup>7</sup> CJCE, 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, n° C-109/00.

<sup>8</sup> Dans les directives européennes relatives à la non-discrimination, les caractéristiques protégées sont le sexe, l'origine raciale ou ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions, et l'orientation sexuelle. Cette liste est limitative.

similaire s'applique nécessairement aux hommes amenés à s'absenter temporairement du service en raison de leurs contraintes familiales.

En l'espèce, la commune insiste sur le fait que le principe de non-discrimination devait être concilié avec les nécessités de service. L'école d'arts ayant connu de nombreuses périodes de fermeture en 2019 et 2020 en lien avec l'épidémie de Covid-19, il était attendu une pleine collaboration et disponibilité de la part des enseignants amenés à intervenir à compter de la rentrée scolaire de septembre 2021.

Il est exact que les décisions prises en matière de recrutement, de renouvellement de contrat ou de licenciement doivent tenir compte de l'intérêt du service, et que le fait qu'un candidat ou un agent annonce une grossesse ou une future paternité ne conduit pas à exclure toute possibilité de prendre en compte une mesure, fût-elle défavorable, à son encontre, dès lors qu'elle repose sur des motifs exempts de toute discrimination.

Le Défenseur des droits entend en revanche rappeler que l'indisponibilité induite par un congé de paternité ou un congé de maternité ne constitue pas, à elle-seule, un motif permettant de ne pas recruter un agent ou de ne pas renouveler son contrat de travail à durée déterminée (CDD).

À cet égard, il paraît utile de rappeler, à titre de comparaison, le cadre applicable en matière de renouvellement de CDD de femmes en situation de grossesse, situation qui donne lieu régulièrement à des recommandations du Défenseur des droits<sup>9</sup> et à des décisions des juridictions administratives.

Dans un article publié en 2015 dans la *Revue française d'administration publique*<sup>10</sup>, l'ancien Défenseur des droits dressait le constat que « *Pour les agents contractuels (...) l'équation est bien connue : l'employeur public informé d'une grossesse, qui estime souvent qu'il n'est pas judicieux de pallier l'absence d'un agent titulaire par un agent contractuel lui-même absent en raison de son congé de maternité, profite de l'échéance du contrat pour ne pas procéder à son renouvellement.*

*Aussi logique que se veuille cette analyse, elle n'en demeure pas moins totalement discriminatoire : si le renouvellement d'un contrat à durée déterminée n'est pas un droit pour l'agent, le refus doit répondre à l'intérêt du service et ne peut en aucun cas se fonder sur l'état de grossesse qui est un motif discriminatoire.*

*Dans certains secteurs, tels que l'hôpital, à la fois touchés par les réductions d'effectifs, fortement féminisés et devant faire face à certaines contraintes propres au service (...), cette forme de discrimination demeure à un niveau élevé ».*

En d'autres termes, et conformément à la position constante du juge administratif<sup>11</sup>, un refus de renouvellement d'un CDD ne saurait être fondé sur la grossesse de l'agent public et doit reposer exclusivement sur l'intérêt du service, qui s'apprécie en dehors de cette considération, strictement au regard des nécessités de service ou selon le comportement et l'aptitude professionnelle de l'agent.

---

<sup>9</sup> Ces recommandations sont généralement suivies de la conclusion de protocoles transactionnels entre le réclamant et l'administration. En cas d'absence de règlement amiable, des procédures juridictionnelles peuvent être engagées. Pour un exemple récent de procédure contentieuse dans laquelle le Défenseur des droits est intervenu, voir TA Rouen, 6 novembre 2020, req. n° 1803460 (indemnisation : 15 000 euros).

<sup>10</sup> Jacques TOUBON, « Lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité dans l'emploi public : l'action du Défenseur des droits », *RFAP*, 2015, p. 186 et 187.

<sup>11</sup> Pour une illustration récente de ce contrôle : CAA Lyon, 12 mars 2020, n° 18LY00564. Le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination n'a été écarté qu'après vérification que le non-renouvellement de contrat ne présentait pas de lien avec l'annonce de la grossesse mais se trouvait justifié par des pièces probantes attestant qu'il résultait de la réintégration d'un agent absent.



De la même façon qu'un non-renouvellement peut légalement être décidé au vu d'une manière de servir insatisfaisante, quelle que soit la situation familiale de l'agent, l'administration peut valablement décider de mettre fin à l'engagement d'un agent contractuel dès lors que le besoin d'un recours à des contractuels n'existe plus ou que, malgré la persistance de ce besoin, des contraintes d'ordre budgétaire ne permettent pas d'envisager la poursuite de l'engagement. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit bien de motifs liés à l'intérêt du service et non discriminatoires.

En revanche, la seule absence programmée liée à un congé de maternité ou de paternité et l'indisponibilité temporaire de l'agent qui s'ensuit n'est pas, à elle-seule, de nature à justifier légalement un refus de recrutement, un non-renouvellement de contrat ou un licenciement. Une solution inverse aboutirait, évidemment, à priver le principe de non-discrimination de toute effectivité.

En l'espèce, alors que la prise d'un congé de paternité de manière fractionnée aurait abouti, comme l'indiquait le candidat dans un courriel du 16 juillet 2021, à ce qu'il s'absente une quinzaine de jours après la naissance de son fils intervenue le 25 septembre 2021, puis à nouveau une quinzaine de jours en janvier 2022, le Défenseur des droits ne considère pas que l'intérêt qui s'attache à disposer d'enseignants disponibles pendant l'ensemble de l'année scolaire 2021-2022, et particulièrement pendant la période de rentrée scolaire, soit de nature à écarter la présomption de discrimination dans ce dossier.

Il est à cet égard permis de relever que le service recruteur a été averti par courriel du 16 juillet 2021 – soit plus de 10 semaines avant la naissance du fils de Monsieur X intervenue le 25 septembre 2021 – de la future paternité, et ce alors même que, pour les agents en poste, la réglementation ne prévoit qu'un délai de prévenance d'un mois. Pour mémoire, dès lors que ce délai est respecté, l'administration se trouve en situation de compétence liée pour accorder le congé de paternité au collaborateur qui le demande, quelle que soit par ailleurs la charge de travail pesant sur le service.

Au surplus, l'article 41 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 précise, dans sa nouvelle rédaction applicable depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2021, qu'« *Aucun licenciement ne peut être prononcé lorsque l'agent se trouve en état de grossesse médicalement constatée ou en congé de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant ou d'adoption, ainsi que pendant une période de quatre semaines suivant l'expiration de ces congés (...)* ».

Or l'absence momentanée d'un personnel liée à un congé de paternité ou de maternité entraîne nécessairement une gêne pour le service ; ce garde-fou a été prévu par la réglementation, précisément, pour empêcher aux services gestionnaires de se fonder sur cette seule indisponibilité temporaire liée à la naissance d'un enfant pour procéder au licenciement de l'agent.

Ainsi, en l'espèce, si ce candidat n'avait pas, de bonne foi et en toute transparence, alors qu'il n'était nullement tenu de le faire, fait part de ce projet familial au service recruteur avant la conclusion du contrat, la commune n'aurait ensuite pas pu se fonder sur la prise de ce congé de paternité pour procéder à un licenciement en cours de contrat.

## **CONCLUSION**

Au regard de l'ensemble des développements qui précèdent, afin d'éviter que cette situation ne se reproduise à l'avenir et de rétablir le réclamant dans ses droits, la Défenseure des droits recommande à la maire de la commune de Y :

- d'indemniser les préjudices subis par Monsieur X, dès lors que celui-ci en aura fait la demande ;
- d'adresser à l'ensemble des agents de la commune amenés à participer à des recrutements une note rappelant la portée du principe de non-discrimination dans l'accès à l'emploi public.

À cet égard, l'administration pourrait, si elle l'estime utile, se référer à la fiche n° 3 du guide *Agir contre les discriminations et le harcèlement dans la fonction publique territoriale*<sup>12</sup>, publié en 2017 à l'attention des élus et des services de ressources humaines de la fonction publique territoriale. S'appuyant sur le cadre textuel et jurisprudentiel existant, cet outil s'articule autour de 9 fiches pratiques rédigées à partir de précédents dont a eu à connaître le Défenseur des droits et d'exemples empruntés à différentes collectivités territoriales ayant accompagné la réalisation de cette publication.

Pour une présentation récente des orientations définies par le ministère chargé de la fonction publique en la matière, il est également possible de consulter le dernier rapport biennal<sup>13</sup> relatif à la lutte contre les discriminations dans la fonction publique, qui a été publié en novembre 2021 par la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), avec une contribution du Défenseur des droits mentionnant plusieurs exemples de recommandations et décisions récentes de juridictions administratives relatives, entre autres, à des cas de prise en compte de la maternité ou de la situation de famille en matière d'embauche, de conditions de travail ou de carrière.

La Défenseure des droits demande à être tenue informée des mesures prises pour tenir compte des présentes recommandations dans un délai de trois mois à compter de leur réception.

Claire HÉDON

---

<sup>12</sup>[https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/171211\\_ddd\\_mallette\\_rh\\_numerique\\_ok\\_0.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/171211_ddd_mallette_rh_numerique_ok_0.pdf).

<sup>13</sup> <https://www.fonction-publique.gouv.fr/rapport-relatif-a-la-lutte-contre-discriminations-et-a-la-prise-compte-de-la-diversite-de-la-socie-1>.