

Délibération n°2008-82 du 28/04/08

Etat de grossesse - Emploi secteur public - Recommandation

La réclamante, agent contractuel de la fonction publique territoriale, allègue que son contrat de travail à durée déterminée n'a pas été renouvelé après qu'elle eut annoncé son état de grossesse. Au cours de l'instruction le mis en cause indique que la décision contestée est fondée sur l'inaptitude de l'intéressée en raison de son état de grossesse. La haute autorité a constaté que cette décision constitue une discrimination à raison du sexe prohibée par la directive 2002/73 CE et sanctionnée par la jurisprudence constante de la CJCE. Le Collège de la haute autorité invite le Président à rappeler à l'employeur public, les obligations qui lui incombent afin d'assurer une politique de recrutement exempte de toute discrimination et invite celui-ci à élaborer une note de service à cet effet, à diffuser à tous les responsables du recrutement et à afficher sur les panneaux d'avis au personnel. Le Collège demande, également, le réexamen de la candidature de la réclamante et à défaut de renouvellement, le versement d'une indemnité en réparation des préjudices matériel et moral subis.

Le Collège :

Vu la directive 2000/43/CE du conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique,

Vu la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail,

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droit et obligation des fonctionnaires et notamment l'article 6,

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment l'article 19,

Vu la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique ;

Vu le code du travail et notamment ses articles L 122-45 et L 122-25-2.

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité a été saisie par courrier en date du 22 octobre 2007 par Caroline d'une réclamation relative d'une part, à sa non admission au concours sur titres d'assistant(e) socio-éducatif (spécialisé(e) éducateur spécialisé) et d'autre part, au non-renouvellement de son contrat de travail au sein de la Maison Départementale de l'Enfance et de la Famille (MADEF) de la commune Y, dépendant du Conseil Général V.

L'intéressée estime que ces décisions sont fondées sur son état de grossesse et présenteraient, à ce titre, un caractère discriminatoire.

Caroline occupe, depuis le 1^{er} janvier 2005, un emploi d'éducatrice spécialisée contractuelle au sein de la MADEF. Afin de remplacer des titulaires absents, elle a cumulé neuf contrats de travail à durée déterminée, (de 2 à 5 mois), dont le dernier est arrivé à son terme le 31 août 2007

Le 4 juin 2007, elle a annoncé à Mme P, Directrice de la MADEF, son état de grossesse (grossesse gémellaire).

Depuis janvier 2005, date à laquelle elle est arrivée à la MADEF, Mme P lui aurait certifié qu'elle pourrait être titularisée sur son poste dès que son diplôme belge serait reconnu par la commission d'assimilation des diplômes européens. Son diplôme a été reconnu courant février 2007.

Un concours sur titres pour le recrutement de trois assistants(es) socio-éducatifs (spécialisé(e) éducateur spécialisé) a eu lieu le 9 juillet 2007. Quatre candidats se sont présentés.

Caroline a appris qu'elle n'était pas admise à ce concours, par courrier en date du 13 juillet 2007, sur lequel était apposé un post-it émanant de Mme P lui indiquant qu'elle se tenait à sa disposition pour évoquer la suite de sa situation. Lors d'un entretien le 30 juillet 2007, Mme P a indiqué à Caroline que son contrat de travail serait prolongé jusqu'au 31 décembre 2007, ou au moins jusqu'au début de son congé de maternité et elle a été invitée à produire une attestation de son médecin indiquant la date prévue pour l'accouchement.

Le 6 août 2007, Caroline est placée en arrêt de travail pathologique, deux semaines avant la date prévue, en raison de sa grossesse gémellaire.

Le 4 septembre 2007, n'ayant aucune nouvelle, ni de la MADEF, ni du Conseil Général, la réclamante, accompagnée d'une amie, s'est rendue au service du personnel du Conseil Général où elle a été reçue par M. B, responsable du personnel, qui ne lui a apporté aucun élément de réponse.

Le 10 septembre 2007, M. B l'aurait contactée par téléphone et lui aurait indiqué que « *son contrat n'était pas renouvelé au-delà du 31 août 2007 car elle est, du fait de son état de grossesse, inapte* ».

Ayant une grossesse difficile, Caroline n'adressera un courrier au Président du Conseil Général qu'en date du 19 octobre 2007, par lequel elle demande les raisons du non renouvellement de son contrat de travail ainsi qu'une explication quant à la teneur des propos tenus par M. B.

Par courrier en date du 16 novembre 2007, M. A, Directeur Général des Services Départementaux du Conseil Général Y a indiqué à Caroline, « (...) *je me dois (...) de vous préciser que le renouvellement de votre contrat qui arrivait à échéance le 31 août dernier, en l'absence d'agent titulaire, doit être juridiquement appréhendé comme un nouveau recrutement qui impose à l'employeur de vérifier que les conditions d'aptitude physique sont remplies. Sur ce point, malgré votre ancienneté de services au sein de la collectivité et nonobstant les évaluations satisfaisantes qui ont été régulièrement apportées par votre hiérarchie, il ne m'a pas été possible de procéder à ce renouvellement. (...)* ».

Au cours de l'instruction, le Conseil Général a communiqué à la haute autorité des éléments justifiant le refus de titularisation par l'insuffisance de Caroline au regard de l'exigence professionnelle et de l'implication attendues pour ce poste.

Il ressort ainsi de l'enquête que la décision de ne pas admettre Caroline dans un cadre d'emploi de la fonction publique territoriale semble justifiée par les éléments versés au dossier. Le fait que Caroline ait vu ses contrats renouvelés à plusieurs reprises pour remplacer des titulaires absents ne permet pas d'établir qu'elle disposait du niveau de qualification requis pour devenir agent titulaire. On observe aussi qu'un seul poste d'assistant socio-éducatif sur les trois postes ouverts (et quatre candidats) a été finalement pourvu ce qui paraît témoigner du degré d'exigence demandé.

Concernant le non renouvellement du contrat de travail de Caroline à raison de son état de grossesse, il est rappelé que la haute autorité a déjà eu à connaître de cette problématique dans sa délibération n°2007-249 du 1^{er} octobre 2007. A l'occasion de l'examen d'une affaire similaire, le Collège de la haute autorité a relevé que la discrimination à l'embauche fondée sur l'état de grossesse est prohibée par l'article L 122-45 du code du travail qui énonce « *qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de sa grossesse* » mais qu'il n'existe aucune disposition analogue dans le statut de la fonction publique.

En effet, l'article 6 de la loi n° 83-634 modifié par la loi n°2001-1066 du 6 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations interdit d'opérer, entre les fonctionnaires, des distinctions fondées sur « *leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, leur origine, leur orientation sexuelle, leur âge, leur patronyme, leur état de santé, leur apparence physique, leur handicap ou leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race* ».

Face à ce vide juridique, le Conseil d'Etat a souvent adopté une politique jurisprudentielle fondée sur la technique des principes généraux du droit, destinée à faire bénéficier les personnels de la fonction publique des garanties fixées par le code du travail.

En effet, dès 1973, le Conseil d'Etat a considéré qu'un « *principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1^{er} du code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose* ».

En outre, la directive 2002/73CE modifiant la directive 76/207/CEE pose le principe général selon lequel l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe soit directement, soit indirectement par référence notamment à l'état matrimonial ou

familial et énonce que des mesures peuvent être prises afin de protéger la femme notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

L'article premier de la directive 2002/73/CE reprend les articles 2§1 et 3§1 de la directive 76/207 sur lesquels se fonde la Cour de Justice des Communautés Européennes pour reconnaître certains droits aux femmes enceintes notamment en matière de recrutement.

Cette directive précise que « 1. *L'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne: (...) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion ;* »

La Cour a eu l'occasion de consacrer le principe de protection des femmes enceintes contre tout traitement défavorable dans le cadre de leur relation de travail, actuelle ou potentielle, et pour le cas où ce traitement se fonderait sur la grossesse de l'intéressée. Se fondant sur la directive 76/207/CEE, la Cour a tout d'abord affirmé le principe d'interdiction d'un refus d'engagement des femmes du fait de leur grossesse dans l'arrêt de principe DEKKER avant de réaffirmer sa position, dans l'affaire MAHLBURG ((CJCE, 3 Février 2000, Silke-karin Malburg c/ Land Mecklenburg-Vorpommern, Aff. C-207/98 Rec.2000, p. I-549), puis le complétant dans les affaires TELE DANEMARK et MELGAR (CJCE, 4 octobre 2001, Aff. C-109/00, Rec. p. I-6993).

Dans l'affaire DEKKER, la grossesse d'une candidate, jugée la plus apte par l'employeur, était la cause déterminante de la discrimination opérée à son encontre pendant la procédure de sélection. Ce cas reflétait le conflit social entre, d'une part le droit d'une femme enceinte de ne pas être discriminée et, le souci compréhensible de l'employeur d'éviter une perte économique.

Dans son jugement, la Cour a décidé que le refus d'embauche motivé par l'état de grossesse constituait une « *discrimination prohibée par les articles 2§1 et 3§1 de la directive 76/207. La grossesse ne pouvant affecter qu'une femme, la discrimination qui consiste à retenir ce critère lors d'un recrutement est de nature directe* ». Interrogée sur la validité d'une cause de justification, qui apparemment serait recevable en droit national, la Cour répond que s'agissant d'une discrimination directe, rien ne peut la justifier et que la mise en œuvre du principe d'égalité exige que la responsabilité de l'employeur soit établie dès qu'il commet la discrimination, sans que la victime doive démontrer autrement sa faute et sans qu'aucune cause de justification admissible en droit national ne puisse être retenue.

En 2000, la Cour a confirmé sa jurisprudence dans l'arrêt MAHLBURG, concernant également une candidate écartée en raison de sa grossesse mais le motif invoqué par l'employeur n'était pas directement lié à la grossesse. La candidature n'était pas prise en compte, eu égard aux exigences légales interdisant aux employeurs d'occuper les femmes enceintes dans des domaines les exposant à l'influence néfaste de substances nocives. La Cour répond sans ambiguïté : « *l'application des dispositions relatives à la protection de la femme enceinte ne peut avoir pour conséquence un traitement défavorable* » en ce qui concerne l'accès à l'emploi, même dans le cas où une législation spécifique le permet.

De plus, au point 26 de l'arrêt WEBB (CJCE, 8 novembre 1990, Dekker, aff. C-177/88, Rec. 1990, p. I-3941), la Cour a également jugé que, si « *la disponibilité du salarié est nécessairement pour l'employeur une condition essentielle à la bonne exécution du contrat de travail, la protection garantie par le droit communautaire à la femme en cours de grossesse, puis après l'accouchement, ne saurait dépendre du point de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à son congé de maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise* » où elle est employée. Une interprétation contraire priverait les dispositions de la directive 76/207 de leur effet utile.

De plus, selon la Cour, une telle interprétation ne saurait être modifiée en raison de la circonstance que le contrat de travail a été conclu pour une durée déterminée.

Enfin, dans l'affaire MELGAR, la Cour décide que « *le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée [en raison de l'état de grossesse] est susceptible de s'analyser comme un refus d'embauche* » contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive 76/207. La Cour souligne qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier si le non-renouvellement d'un contrat a été effectivement motivé par l'état de grossesse de la travailleuse.

En l'espèce, le Conseil Général indique que le « *contrat de travail de Caroline arrivait à échéance le 31 août 2007. A cette échéance, la collectivité a pris la décision de ne pas renouveler le contrat de travail de l'agent qui était en arrêt maladie depuis le 17 août, avec 14 jours d'arrêts (du 18 au 31 août) au titre de congé pathologique.*

Pour décider de ne pas procéder au renouvellement de son contrat de travail, la collectivité a considéré que les conditions d'aptitude physique requises (s'agissant d'un acte de recrutement), n'étaient pas remplies de par la situation médicale de l'agent (congé pathologique accordé au titre d'une grossesse gémellaire).

En réponse à votre demande sur les conditions d'aptitudes requises, les agents qui exercent la profession d'éducateur spécialisé sont susceptibles d'être l'objet d'agressions verbales voire physiques de par la situation familiale difficile des enfants accueillis. (...)»

Invité à présenter ses observations dans le cadre de la procédure contradictoire, par courrier en date du 4 mars 2008, le Conseil général a fait valoir, par courrier en date du 18 mars suivant, « (...) *l'état de santé de Caroline ayant été altéré par une grossesse pathologique, elle n'a pas fourni de certificat médical permettant de garantir son aptitude physique à assurer le poste de moniteur éducateur. Son non-renouvellement paraît donc tout à fait fondé.*»

Il apparaît que la décision de ne pas renouveler le contrat d'engagement de Caroline au-delà du 31 août 2007 est susceptible de présenter un caractère discriminatoire en ce qu'elle paraît fondée sur son état de grossesse.

En effet, dans ses divers courriers, le Conseil Général reconnaît que l'inaptitude de Caroline est appréciée exclusivement au regard de son état de grossesse, sans faire état d'aucun autre élément médical qui interdirait à l'intéressée l'exercice de sa profession.

Outre qu'un état de grossesse ne peut être assimilé à une inaptitude physique, celle-ci ne peut être établie qu'au vu d'un avis médical délivré par le médecin du travail, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

De surcroît, il est à noter que la profession d'éducateur spécialisé ne pose aucune interdiction d'exercice pour les femmes enceintes et que les risques d'agressions verbales invoqués par le mise en cause, et auxquels peuvent être exposés les agents publics exerçant cette profession, ne sauraient concerner spécifiquement les agents en état de grossesse.

En conséquence, le Collège de la haute autorité invite le Président à rappeler au Président du Conseil Général Y, les obligations qui incombent à l'employeur public d'assurer une politique de recrutement exempte de toute discrimination et inviter celui-ci à élaborer une note de service à cet effet, diffusée à tous les responsables du recrutement, et à l'afficher sur les panneaux d'information au personnel.

Il sera également demandé un réexamen de la candidature de Caroline, dans le cadre d'un nouveau contrat d'assistante socio-éducative, avant la fin de son congé de maternité, le 15 mai 2008, ou à défaut de renouvellement, le versement d'une indemnité en réparation des préjudices matériel et moral subis, en lui versant une indemnité représentative des salaires qu'elle aurait perçus à compter du 1^{er} septembre 2007.

Le Président,

Louis SCHWEITZER