

Délibération n° 2007-249 du 1^{er} octobre 2007

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 30 novembre 2006, par Mlle A d'une réclamation relative à la décision du 13 octobre 2006 du maire de B de renoncer à son recrutement en raison de son état de grossesse.

Mlle A, infirmière de l'Assistance Publique des Hôpitaux de PARIS (AP-HP), en détachement auprès de la commune de C pour occuper les fonctions de directrice-adjointe au sein d'une crèche municipale, a postulé le 17 mai 2006 sur le poste d'adjointe aux directrices des crèches collective et familiale de la commune de B, en remplacement de sa titulaire, placée en disponibilité pour une durée d'un an, à compter du 1^{er} juillet 2006.

Par courrier en date du 22 juin 2006, le maire de B, a indiqué à Mlle A qu'elle serait recrutée au grade d'infirmière, par voie de détachement, à compter du 1^{er} octobre 2006.

Toutefois, Mlle A a expliqué qu'étant la seule responsable en poste, elle ne pourrait quitter la commune de C avant le 31 octobre 2006 ce qui aurait alors été accepté.

Par courrier en date du 25 juillet 2006, Mlle A a informé son employeur, la commune de C et l'AP-HP, de sa volonté de mettre fin à son détachement au 31 octobre 2006 ces derniers ont donné leur accord.

Par courrier en date du 30 août 2006, la commune de B, a confirmé à l'AP-HP, le recrutement de Mlle A avec prise de fonctions à compter du 1^{er} novembre 2006.

Le 11 octobre 2006, le Dr. Y, gynécologue, a annoncé à Mlle A sa grossesse.

Mlle A affirme que, le 12 octobre 2006, elle a informé la directrice des ressources humaines de son état de grossesse et a également appelé la directrice de la crèche familiale qui lui aurait reproché sa grossesse.

Le lendemain, la réclamante a rappelé la directrice des ressources humaines, qui lui a indiqué qu'elle ne donnait pas de suite favorable à son recrutement, décision confirmée par un courrier daté du 13 octobre 2006.

Interrogé par la haute autorité, le maire de B a indiqué, par courrier du 5 mars 2007, que « *la décision d'interrompre le recrutement de Mlle A a été basée sur le non respect de la date de prise en fonction de l'intéressée et non pas sur son état de grossesse ainsi que l'allègue Mlle A (...)*

Mlle A a cependant attendu un mois pour informer la commune de C dans laquelle elle était alors détachée ainsi que l'AP-HP, sa collectivité d'origine. Par lettre du 9 août elle a avisé la commune de B que sa demande de détachement avait été effectuée à partir du 1^{er} novembre 2006 au lieu du 1^{er} octobre.

La direction des ressources humaines de la commune a donc, par erreur, donné suite à cette procédure avec la date du 1^{er} novembre ignorant que les besoins du service rendaient indispensable l'arrivée de l'intéressée au 1^{er} octobre afin d'assurer l'accueil des enfants entrants.

La directrice générale adjointe des services constatant l'absence de l'intéressée au 1^{er} octobre m'a proposé, compte tenu de l'impossibilité de recruter une directrice adjointe pour la rentrée des crèches, de revoir le profil de poste. Un appel téléphonique passé le 12 octobre à Mlle A lui a fait savoir que la commune suspendait le recrutement dans ces conditions.

Ce n'est qu'après avoir eu connaissance de la décision de ne pas la recruter que Mlle A a informé la directrice générale adjointe des services de son état de grossesse de 5 mois, état qu'elle ignorait lors des entretiens de recrutement.

La décision a été notifiée à l'intéressée par lettre du 13 octobre 2006. Elle est sans aucun lien avec l'état de grossesse de Mlle A et relève des contraintes liées au fonctionnement des services municipaux que la postulante n'a pas accepté de prendre en compte.

J'ai reçu personnellement Mlle A le 19 janvier dernier en présence du directeur général des services et lui ait fait savoir que la perspective d'un nouveau détachement à l'issue de son congé de maternité sur le poste ouvert pouvait être envisagé. Elle a fait valoir son opposition résolue à l'idée d'un travail sur cet équipement. Elle n'a, à ce jour, pas souhaité me faire connaître son avis définitif sur cette proposition. »

En complément, le maire a fait parvenir, le 16 avril 2007, la copie de l'avis préalable obligatoire, émis par la commission administrative paritaire du centre de gestion de Seine-

et-Marne, réunie le 9 novembre 2006, favorable au détachement de Mlle A auprès de B pour une durée d'un an à compter du 1^{er} novembre 2006.

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.

La directive 2002/73CE garantissant le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi (...) a un champ d'application large en vertu de son article premier (anciennement articles 2§1 et 3§1 de la directive 76/207) qui dispose que « *1. Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.* »

La 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 de justice 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. En effet, 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 (CJCE, 8 novembre 1990, Dekker, Aff. C-177/88, Rec. 1990, p. I-3941) 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).

Force est de constater que l'état de grossesse ne fait pas partie de la liste des motifs de discrimination prohibés par la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dite « loi LE PORS ». En effet, l'article 6 de la loi n°83-634 modifié par la loi n°2001-1066 du 16 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, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race* ».

L'article 6 bis de la même loi, dans sa rédaction issue de la loi n°2001-397 du 9 mai 2001 dispose toutefois « *qu'aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en*

raison de leur sexe, sauf lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions».

Il ressort de cette comparaison qu'une différence de traitement en matière de recrutement entre les salariés soumis au droit du travail et les salariés relevant du droit public (fonctionnaires ou contractuels) est clairement perceptible, ces derniers ne bénéficiant pas d'une protection aussi étendue contre la discrimination.

En effet, 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 : *« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement [...] en raison [...] de sa grossesse ».*

Elle est également prohibée par l'article L122-25 du même code, en vertu duquel, notamment, *« l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher [...] ».*

Cette protection du statut de la femme en état de grossesse est réaffirmée à l'article L 122-25-2 du code susvisé qui énonce que *« la femme candidate à un emploi ou une salariée n'est pas tenue [...] de révéler son état de grossesse [...]. En cas de litige, l'employeur est tenu de communiquer au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision [...] si un doute subsiste, il profite à la salariée en état de grossesse ».*

Il n'existe aucune disposition interne analogue dans le statut de la fonction publique.

Face à ce vide législatif, le Conseil d'Etat a été amené, depuis déjà plus de trente ans, à adopter une politique jurisprudentielle fondée sur la technique des principes généraux du droit, destinée à faire bénéficier les personnels de la fonction publique de garanties fixées par le code du travail, atténuant ainsi la distinction droit de la fonction publique et droit privé 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 ».*

Plus récemment encore le Conseil d'Etat a été amené à rappeler que *« le principe général dont s'inspire l'article L 122-25-2 du code du travail et qui s'oppose au licenciement d'une salariée en état de grossesse [peut être opposé par un agent public féminin] ».*

Ce mouvement jurisprudentiel rend d'autant plus paradoxale la différence de traitement en matière de discrimination entre salariés, selon qu'ils sont régis par le droit public ou le droit privé, que les conclusions (contraires) du commissaire du gouvernement sur l'affaire PEYNET précisaient : *« lorsque les nécessités propres du service public n'y font pas obstacle et lorsqu'aucune disposition législative ne l'exclut expressément, les agents de l'Etat et des collectivités et organismes publics doivent bénéficier quelle que soit la nature juridique du lien qui les unit à leur employeur, de droits équivalents à ceux que la législation du travail reconnaît à l'ensemble des salariés ».*

La technique des principes généraux du droit a conduit le Conseil d'Etat à conférer à l'évolution jurisprudentielle une portée plus limitée que la solution envisagée par le

commissaire du gouvernement. Néanmoins, elle a permis de faire bénéficier les agents relevant du droit public de garanties propres au droit du travail.

En l'espèce, la concordance chronologique entre le recrutement le 30 août 2006, l'annonce de la grossesse le 12 octobre 2006 et la décision de mettre fin au recrutement de Mlle A, le 13 octobre 2006, laisse présumer une discrimination à raison du sexe prohibée par la directive 2002/73 CE et sanctionnée par la jurisprudence constante de la CJCE.

En premier lieu, il ressort des éléments du dossier et notamment du courrier adressé à la haute autorité par la directrice des ressources humaines de l'AP-HP le 20 février 2007, que « [...] Monsieur le maire de B, indique par courrier en date du 30 août 2006, son souhait de recruter Mlle A. à compter du 1^{er} novembre 2006. Un avis favorable à la demande de détachement est transmis à cette collectivité en date du 6 septembre 2006, ainsi qu'un courrier à l'intéressée. Courant octobre, Mlle A nous informe téléphoniquement de son état de grossesse et qu'après en avoir informé la mairie de B, celle-ci ne donne pas suite à son recrutement.

En deuxième lieu, le maire de B invoque « [une] erreur de ses services ignorant que les besoins du service rendaient indispensable l'arrivée de l'intéressée au 1^{er} octobre ». On observe toutefois que ses services ont donné leur accord, le 30 août 2006, pour une prise de fonction au 1^{er} novembre 2006, ce dont a pris acte l'APHP par courrier du 6 septembre 2006, validant ainsi l'accord des deux collectivités et sans qu'à aucun moment de la procédure, l'erreur de date n'ait été invoquée.

De plus, si comme elle l'indique, la commune avait attendu de constater l'absence de Mlle A, le 1^{er} octobre 2006, pour réaliser son erreur, cela pourrait signifier que la commune n'avait pas contacté Mlle A, avant cette date du 1^{er} octobre, afin de définir avec elle les modalités pratiques de sa prise de fonction.

En troisième lieu, « les besoins du service » invoqués par le maire ne sont ni explicités, ni démontrés, et aucun élément ne justifie donc l'interruption du recrutement de Mlle A.

En quatrième lieu, le maire allègue que « la décision d'interrompre le recrutement de Mlle A a été basée sur le non respect de la date de prise en fonction de l'intéressée » semblant ainsi imputer la faute à Mlle A, ce qui pourtant ne ressort pas des pièces versées au dossier.

Enfin, le maire met fin au recrutement de Mlle A en invoquant la désorganisation du service à raison du retard d'un mois de la prise de service, et de l'autre, il propose, suite à la saisine de la haute autorité, (sans avoir pourvu le poste) que l'intéressée soit recrutée dans trois à cinq mois, suite à son congé maternité. Cette proposition semble être en opposition avec son premier argumentaire consistant à refuser le recrutement de Mlle A en mettant en avant « les besoins du service ».

En conséquence, le Collège de la haute autorité invite le Président à rappeler au maire de B, les obligations qui incombent à l'employeur public 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.

De plus, le Collège invite le Président à recommander au Premier ministre d'utiliser son pouvoir d'initiative en matière législative, en amendant la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, afin d'intégrer le critère de l'état de grossesse dans la liste des critères prohibés à l'article 6 de la loi susvisée. Cette modification permettra de reconnaître aux femmes fonctionnaires et agents publics, des droits équivalents à ceux que le droit du travail reconnaît à l'ensemble des salariées en état de grossesse. Le cas échéant, cette évolution législative devrait se faire sans préjudice du maintien des mesures propres à la fonction publique destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés au critère de l'état de grossesse.

Le Président,

Louis SCHWEITZER