

Fonction publique : comportement discriminatoire justifiant la réparation du préjudice moral

Lire les commentaires de :

Xavier Mignot

Discrimination en raison de la grossesse : réparer sans annuler

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 3ème chambre – N° 16LY00541 – Mme X. c/ Centre hospitalier de Vienne – 20 février 2018 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Discrimination, Réparation du préjudice, Préjudice moral, Grossesse

Rubriques

Fonction publique

TEXTES



Résumé [Note universitaire](#)

Résumé

¹ Le directeur d'un centre hospitalier qui manifeste une intention discriminatoire - en l'espèce, un refus de recruter une infirmière par la voie de la mutation en raison de son état de grossesse - commet une faute de nature à engager la responsabilité de l'établissement alors même que cette intention est restée sans conséquence directe sur la situation de l'intéressée, puisqu'il était tenu de refuser la demande de mutation de cet agent qui se trouvait en position de disponibilité pour convenances personnelles. Dans une telle hypothèse, l'agent est fondé à demander que l'établissement soit condamné à lui payer une indemnité réparant le préjudice moral qui a résulté de la manifestation de ce comportement.

Note universitaire

Discrimination en raison de la grossesse : réparer sans annuler

Xavier Mignot

Elève-magistrat

DOI : [10.35562/alyoda.8357](https://doi.org/10.35562/alyoda.8357)

¹ A l'heure où l'hôpital public est en mal d'effectifs, cette décision pourra sembler malvenue par sa conception rigoureuse de la mobilité statutaire, tout en apportant d'utiles précisions quant à l'articulation des contentieux objectif et subjectif.

² La requérante, infirmière titulaire de la fonction publique hospitalière, avait obtenu sa mise en disponibilité pour convenances personnelles. Suite à la mutation de son partenaire de PACS dans des contrées manifestement éloignées de son propre établissement, elle avait souhaité reprendre ses fonctions et intégrer directement un autre établissement hospitalier qui pût la rapprocher de lui. Elle entendait utiliser la voie de recrutement interne dite du « changement d'établissement », en profitant du droit de priorité que la loi confère aux agents dont le couple est ainsi écartelé pour raisons professionnelles ([art. 38 de la Loi n°86-33 du 9 janvier 1986](#)).

³ A la suite d'un entretien avec le DRH de l'établissement qu'elle désirait intégrer, sa demande de recrutement a été rejetée. Cette décision a été contestée devant le juge du plein contentieux, auquel il était demandé d'en prononcer l'annulation et d'indemniser l'infirmière insatisfaite, qui prétendait notamment avoir été discriminée en raison de sa grossesse. Le Tribunal administratif de Grenoble a rejeté sa requête par un jugement du 19 janvier 2016, dont elle interjette appel devant la Cour administrative d'appel de Lyon, laquelle refuse de prononcer l'annulation de la décision litigieuse, mais alloue à la requérante des dommages-intérêts au titre de son préjudice moral.

⁴ Se posaient principalement les deux questions de droit suivantes. D'une part, un fonctionnaire hospitalier en disponibilité peut-il prétendre à un changement d'établissement avant d'avoir réintégré son établissement d'origine ? D'autre part, une décision jugée légale peut-elle néanmoins donner lieu à réparation pour faute ?

⁵ On considérera successivement le refus d'annuler une décision pourtant entachée de discrimination (I) et l'indemnisation de cette discrimination, assez expéditivement caractérisée par la Cour (II).

I. Le refus d'annuler une décision entachée de discrimination

⁶ Estimant que la requérante, en position de disponibilité, ne pouvait prétendre à un changement d'établissement (A), la Cour juge légale la décision de rejet attaquée, en procédant à une substitution de motifs classique mais discutable en opportunité (B).

A. Le changement d'établissement, une procédure inaccessible aux agents en disponibilité

⁷ Le *changement d'établissement* est une voie de recrutement des fonctionnaires hospitaliers qui déroge au principe du recrutement par concours. Prévu au d) de l'article 32 de la Loi de 1986 précitée, il concerne les seuls titulaires de la fonction publique hospitalière.

⁸ Tous n'y ont cependant pas droit. Par cet arrêt, la CAA de Lyon exclut nettement du bénéfice de cette procédure les agents placés en position de disponibilité (2^e considérant). La requérante étant encore dans cette position à la date de la décision attaquée, elle ne pouvait prétendre à cette mutation.

⁹ La solution n'est pas nouvelle ; d'autres cours l'ont déjà affirmée par le passé (CAA Nantes, 31 mars 2005, n°04NT00161, AJDA 2005. 2030 ; CAA Bordeaux, 29 décembre 2006, n°03BX02057, AJFP 2007. 137).

¹⁰ Elle n'est pourtant pas absolument évidente sur le plan textuel. Sans doute, les fonctionnaires en disponibilité sont placés « *hors de leur établissement* » (art. 62 de la Loi de 1986 précitée) ; or le « changement » d'établissement implique nécessairement d'en quitter un pour en rejoindre un autre. Néanmoins, les agents en disponibilité, loin d'être comme *en suspension* dans la fonction publique, conservent un rattachement à leur administration ; ils n'y ont abandonné que leur emploi. C'est si vrai qu'à l'heure de leur réintégration, la vacance de postes s'apprécie à l'échelle du seul établissement qu'ils avaient quitté. Aussi, la méthode exégétique que la Cour fait sienne dans cet arrêt ne nous paraît pas décisive.

¹¹ Cette jurisprudence est-elle du moins opportune ? D'aucuns y verront peut-être une lourdeur formaliste inutilement préjudiciable au fonctionnaire. Dans une question écrite n°07522 au Ministre de l'Intérieur, le sénateur Alain Dufaut s'inquiétait en 1989 d'un obstacle juridique analogue pour les fonctionnaires territoriaux en disponibilité qui se verraient refuser par leur collectivité d'origine leur réintégration anticipée, et qui, partant, ne pourraient obtenir leur mutation immédiate dans une autre collectivité.

¹² C'est le cœur du problème : par suite de cette jurisprudence, l'agent hospitalier est incapable d'anticiper et négocier un changement d'établissement en amont de sa réintégration, puisqu'il doit avoir été préalablement réintégré pour être ainsi muté. La solution consisterait alors pour l'établissement d'origine à arrêter une réintégration anticipée à la seule fin de permettre la mutation de l'agent ; mais encore faut-il qu'un poste y soit vacant. Du reste, l'établissement (qui n'est jamais tenu de réintégrer l'agent par anticipation : TA Lyon, 4 octobre 2017, n°1409561, 3^e considérant) sera rarement disposé à y faire droit, non seulement parce qu'il n'est nullement intéressé à cette opération, mais plus encore en raison de l'aléa qui en découlerait quant au retour effectif de l'agent dans le service, selon qu'il obtient ou non la mutation espérée. En effet, si la mutation n'est finalement pas obtenue, l'établissement d'origine ne pourra pas faire marche arrière et rapporter d'initiative son arrêté de réintégration anticipée, par hypothèse légal et créateur de droits (art. L.242-1 du Code des relations entre le public et l'administration).

¹³ Il demeure que cette jurisprudence, pour discutable qu'elle soit, mettait nécessairement à néant tous les moyens d'illégalité proposés par la requérante dans cette affaire.

B. Un sauvetage par substitution de motifs : le réalisme aux dépens du symbolisme

¹⁴ Ces moyens ne sont même pas examinés par la Cour, qui se borne à relever que l'auteur de la décision était tenu de rejeter la demande, la requérante ne pouvant prétendre à un changement d'établissement avant la fin de sa disponibilité ; la décision était donc justifiée. Si les moyens d'illégalité invoqués n'étaient pas sans valeur (la suite de l'arrêt en proclame implicitement mais nécessairement le bien-fondé), ils étaient en tout cas « *inopérants* » (3^e considérant). Les conclusions à fin d'annulation sont donc rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, les conclusions à fin d'injonction de réexaminer la demande (4^e considérant).

¹⁵ La Cour fait là application d'une jurisprudence presque séculaire qui permet au juge administratif, dans les cas de compétence liée, de « sauver » un acte fondé sur des motifs erronés, mais objectivement justifié par des motifs de droit qu'il leur substitue *in lite* (CE, Sect., 8 juin 1934 Lebon p. 660 ; *Dalloz périodique* 1934. 3. 31, concl. Josse).

¹⁶ En l'espèce, l'Administration n'avait pas elle-même invoqué (v. dans l'arrêt le résumé des moyens de défense qu'elle faisait valoir à l'appui de ses conclusions) le motif tiré de ce que la requérante ne pouvait légalement être mutée dans la position de disponibilité où elle se trouvait alors. Cette circonstance était néanmoins sans incidence sur l'issue du litige. Dès l'arrêt *Augier*, en effet, le juge s'est autorisé à substituer d'office les motifs de droit adéquats. Il incombait

seulement à la Cour, pour se conformer aux prescriptions de l'[article R.611-7 du Code de justice administrative](#), d'en informer préalablement la requérante afin de la mettre en situation de présenter ses éventuelles observations.

17

Ce « sauvetage » juridictionnel, où se manifeste le réalisme du juge administratif, participe d'une bonne administration de la justice tout en servant l'intérêt des parties elles-mêmes. Un arrêt rendu par la Cour cinq jours plus tôt ([CAA Lyon, 15 février 2018, n°16LY02203 et n°16LY02266](#)), et également publié dans cette Revue, illustre la stérilité des jugements qui anéantissent une décision objectivement justifiée : l'administré, grisé d'avoir fait annuler par le juge de l'excès de pouvoir un acte qui lui avait porté préjudice, s'expose à la déception froide de n'obtenir ensuite aucuns dommages-intérêts, au prix d'une seconde instance inutilement coûteuse et fastidieuse. Fort opportunément, le juge administratif peut désormais procéder à une substitution de motifs même en-dehors de l'hypothèse classique d'une compétence liée ([CE, Sect., 6 février 2004 n°240560, Lebon p. 48, concl. de Silva](#)), et si l'on n'y avait pas recouru dans cette autre affaire, c'est seulement, semble-t-il, parce que cela n'avait pas été sollicité.

18

Ne faudrait-il pas, toutefois, exclure la substitution de motifs lorsque la décision contestée, quelque justifiée qu'elle puisse être, a comme en l'espèce méconnu par ses motifs les droits fondamentaux de l'individu ? L'annulation a la portée symbolique que l'on sait, et le sauvetage d'une décision entachée de motifs discriminatoires peut donner aux justiciables le sentiment que l'Administration reçoit quitus de ses méfaits.

19

Du reste, l'annulation n'aurait pas exposé l'infirmière de notre arrêt aux illusions perdues qu'on a dites, en raison de la nature même de sa requête, qui contenait d'ores et déjà des conclusions indemnitaires et à fin d'injonction, censées faire tirer toutes les conséquences de l'annulation sollicitée. On peut donc s'interroger sur l'opportunité d'une substitution de motifs lorsque le juge, statuant en plein contentieux, est appelé à vider d'un seul trait le litige dans tous ses aspects.

20

C'est ce qu'il a fait dans cette affaire, en se prononçant dans un second temps sur le volet indemnitaire de la requête.

II. L'indemnisation d'une discrimination expéditivement caractérisée

21

Exerçant ses pouvoirs de pleine juridiction, la Cour admet l'indemnisation – paradoxale mais pleinement justifiée dans son principe – du dommage moral découlant d'un acte légal (A), dommage

qu'elle caractérise en appliquant lestement la présomption de discrimination (B).

A. La réparabilité paradoxale des conséquences d'un acte légal

²² Les conclusions indemnitaires de la requérante connaissent dans l'arrêt commenté un sort partagé. La Cour rejette, bien sûr, la demande de dommages-intérêts pour le préjudice patrimonial allégué au titre des rémunérations manquées, le refus de recruter n'étant pas jugé illégal (6^e considérant). En revanche, elle accepte de réparer son préjudice moral né d'une discrimination prohibée, réformant sur ce point le jugement déféré, qui avait rejeté l'ensemble des demandes.

²³ On aboutit donc à la situation rare et singulière d'un acte qui, quoique légal, engage néanmoins la responsabilité de l'Administration pour faute.

²⁴ Bien sûr, le juge admet de longue date qu'un acte légal puisse obliger l'Administration à réparation ; mais c'est alors au titre d'une responsabilité sans faute, fondée sur l'anormalité du préjudice (CE, 30 novembre 1923, Sieur C., n°38284 et n°48688, Lebon p. 789). Il s'agit ici au contraire d'une responsabilité pour faute ; or s'il y a faute, c'est-à-dire violation de la norme, il paraît à première vue impossible que l'acte ne soit pas entaché d'illégalité.

²⁵ Pour échapper à cette aporie qui n'est qu'apparente, il faut impérativement considérer la double nature de toute décision administrative : un acte juridique, sans doute, mais aussi, en même temps, un fait matériel pur, phénoménal et expérimentable, par lequel il se manifeste dans le réel. La dichotomie maladroitement pédagogique qu'on enseigne dans les facultés de droit entre *fait juridique* et *acte juridique* suggère faussement que ces deux caractères sont exclusifs l'un de l'autre. Il faudrait revenir à la terminologie ancienne, qui distinguait plus justement le *fait pur et simple*, dit aujourd'hui « fait juridique », et le *fait juridique*, dit aujourd'hui « acte juridique » (v. p. ex., très nettement, Cass. civ., 2 décembre 1907, Dlle D. c/ B., Dalloz périodique 1908. 1. 201, note P. B.). L'un est *pur* là où l'autre est *mélangé* ; l'un est *simplex* là où l'autre est *duplex*. Ce que nous nommons « acte juridique » n'est qu'un fait juridique enrichi, *en sus*, d'une portée normative. C'est ce qu'illustre le présent arrêt : si la décision querellée, jugée légale, ne saurait donner lieu à réparation en tant qu'elle s'inscrit (par refus de le modifier) dans l'ordonnement juridique, elle fonde cependant la responsabilité de l'Administration en tant que fait matériel.

²⁶ Naturellement, la matérialité d'une décision administrative, se réduisant à un trait de plume, ne saurait causer tout au plus qu'un dommage moral. C'est précisément le cas en l'espèce. La Cour

reconnait que le recrutement de la requérante a été refusé en considération de sa grossesse et de son futur congé de maternité, dont l'établissement n'entendait pas supporter la charge financière (8^e considérant). Le dommage moral naissait donc du seul motif qui sous-tendait ce refus, et qui a pu donner à la requérante le sentiment que sa dignité était piétinée.

²⁷ Encore faut-il, par-delà les incantations éthiques, caractériser juridiquement l'existence d'une faute. Sur ce point, la motivation de la Cour peut laisser circonspect. Elle se fonde en effet sur l'[article 6 de la loi Le Pors du 13 juillet 1983](#) portant statut général des fonctionnaires, qui proscriit toutes « *distinctions* » faites entre les fonctionnaires en raison d'une série de motifs limitativement énumérés, parmi lesquels la grossesse, cependant, ne figure pas.

²⁸ Sans doute la Cour entendait-elle caractériser une discrimination en raison de la « situation de famille. » Cela impliquait de sanctionner une discrimination en raison d'une qualité *future* (en l'occurrence, la maternité), car à la date de la décision, la requérante était seulement enceinte, ce qui ne nous paraît constituer qu'une situation de famille latente et tout à fait incertaine dans sa réalisation effective (fausse couche, IVG, accouchement sous X). Assurément, il n'y a aucune raison de ne pas sanctionner une telle discrimination *par anticipation* (v., en ce sens, pour le refus de louer opposé par un bailleur à un couple en attente d'enfant, la [Décision du Défenseur des droits n°2017-092 du 7 avril 2017](#), qui vise la *situation de famille en plus de la grossesse*). On sait que la loi atteint par ailleurs l'appartenance à une ethnie ou une race, que cette appartenance soit vraie « *ou supposée* », ce qui démontre que, dans l'esprit du législateur, l'irréalité (et donc *a fortiori* l'inactualité) des qualités érigées en critères de distinction est indifférente.

²⁹ Mais ne pouvait-on pas trouver un fondement plus sûr et plus net ? L'[article 2 de la Loi n°2008-496 du 27 mai 2008](#), adoptée pour transposer une directive européenne, dispose clairement que « *toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité.* » C'est cette disposition qu'il fallait plutôt viser, comme l'ont déjà fait certains juges dans des litiges du même genre (p. ex. [TA Melun, 15 avril 2015, n°1310679](#), 2^e considérant, p. 4).

B. Une leste application de la présomption de discrimination

³⁰ Restait à caractériser la discrimination dans les circonstances de l'espèce.

31 La Cour, fort classiquement, utilise la « présomption de discrimination » applicable dans cette hypothèse. La façon dont elle l'applique n'est toutefois pas d'une orthodoxie irréprochable.

32 Le Conseil d'Etat a fixé très précisément, dans son célèbre arrêt d'Assemblée *Mme P.*, la manière dont s'administre la preuve d'une discrimination dans le cadre de cette présomption (CE, Ass., 30 octobre 2009, req. n°298348, Lebon p. 408, concl. Guyomar ; *GAJA*, n° 111 ; *RFDA* 2010. 126, note Canedo-Paris). Rappelons que si le requérant présente des éléments faisant « *présumer* » qu'il a fait l'objet d'une discrimination, il incombe alors à l'Administration de présenter les éléments démontrant que sa décision a été prise pour des motifs étrangers à toute discrimination. Dans cette situation, « *la conviction du juge (...) se détermine au vu de ces échanges contradictoires.* »

33 Comme il est d'usage, la Cour administrative d'appel de Lyon reprend presque mot pour mot la longue formule de principe (7^e considérant). Cela implique que les éléments présentés par la requérante ne lui paraissaient pas constituer à eux seuls une pleine preuve de la discrimination, et qu'elle entendait donc se placer sur le terrain de la présomption, en appliquant ce que le rapporteur public Guyomar nommait le « *contrôle en deux temps.* »

34 Or le second temps est ici escamoté. La Cour se borne à relever que deux délégués syndicaux – qui avaient accompagné la requérante à l'occasion de son entretien avec le DRH – rapportent avoir entendu ledit DRH mentionner explicitement sa grossesse comme un obstacle à son recrutement. La Cour en infère immédiatement l'existence d'une discrimination sans aucunement mentionner, fût-ce sommairement, les éléments ou l'absence d'éléments produits par l'Administration pour sa défense (8^e et 9^e considérants).

35 Ce laconisme n'est conforme ni au principe sus-rappelé d'après lequel le juge forme sa conviction *au vu des échanges contradictoires*, ni à la façon dont le Conseil d'Etat lui-même motive ses arrêts quand il statue au fond. Ainsi, pour annuler une délibération du CNRS entachée d'une discrimination en raison de l'âge, le Palais-Royal, après avoir reconnu une présomption de discrimination, relevait que « *le CNRS n'a produit aucun élément permettant d'établir que le jury d'admission (...) se serait seulement fondé sur les capacités, aptitudes et mérites respectifs des candidats* » (CE, 7 juillet 2010, req. n° 322636, mentionné aux Tables).

36 La procédure a, en matière de discriminations, un caractère inquisitoire plus nettement marqué qu'ailleurs : c'est de la seule confrontation des allégations respectives de chaque partie que peut naître la preuve d'une discrimination. Le juge administratif doit donc justifier avoir écouté l'Administration... même s'il n'a rien entendu d'elle. La vitalité notable de la présomption de discrimination,

récemment jugée applicable sur la seule base d'éléments statistiques (CE, 16 octobre 2017, req. n°383459 et n°395480, mentionné aux Tables ; concl. Lieber, « De l'usage des statistiques dans la présomption des discriminations : oui, mais... », *AJFP* 2018. 35) ne doit pas conduire la jurisprudence sur la pente dangereuse d'un affaiblissement des règles processuelles qui en gouvernent la preuve.

37

On peut se demander si l'arrêt commenté n'encourt pas la cassation pour insuffisance de motivation. Il laisse en tout cas au lecteur la fâcheuse impression que le juge s'est arrêté à mi-chemin de son office, et que l'Administration devient inaudible une fois la discrimination présumée.