

SANTÉ

ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ

Personnel

MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

Direction générale de l'offre de soins

Sous-direction des ressources humaines
du système de santé

Bureau des ressources humaines
hospitalières (RH4)

Bureau de l'organisation des relations sociales
et des politiques sociales (RH3)

Direction générale de la cohésion sociale

Service des politiques d'appui

Sous-direction des professions sociales,
de l'emploi et des territoires

Bureau de l'emploi
et de la politique salariale (4 B)

Note d'information n° DGOS/RH4/RH3/DGCS/4B/2017/190 du 6 juin 2017 relative aux droits des agents en situation de parentalité

NOR : SSAH1716454N

Date d'application: immédiate.

Inscrit pour information à l'ordre du jour du CNP du 14 avril 2017. – N° 40.

Examinée par le COMEX JSCS le 13 avril 2017.

Catégorie: directives adressées par le ministre aux services chargés de leur application.

Résumé: la présente note d'information a pour objectif de rappeler la réglementation en matière de congés liés à la parentalité et, notamment, de rappeler qu'elle ne permet pas, sous peine d'illégalité et de discrimination, de geler la notation, ou de procéder à un abattement de la prime de service, des agentes absentes pour congé de maternité et explicite les droits liés à la parentalité pour les couples de même sexe.

Mots clés: absences pour congés liés à la maternité – notation des fonctionnaires – droits des agents liés à la parentalité.

Références:

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);

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires;

Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière;

Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 modifiée portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations;

Décret n° 88-986 du 13 octobre 1988 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires hospitaliers, à l'intégration et à certaines modalités de mise à disposition;

Arrêté du 24 mars 1967 relatif aux conditions d'attribution de primes de service aux personnels de certains établissements énumérés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986;

Circulaire DH/FH1/DAS/TS 3 n° 96-152 du 29 février 1996 relative au congé de maternité ou d'adoption et aux autorisations d'absence liées à la naissance pour les fonctionnaires, les agents stagiaires 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;

Décision du Défenseur des droits du 24 mai 2016;

Guide relatif à la protection sociale des fonctionnaires hospitaliers.

La ministre des solidarités et de la santé à Madame et Messieurs les préfets de région ; Mesdames et Messieurs les directeurs généraux des agences régionales de santé ; Mesdames et Messieurs les directeurs d'établissements publics de santé ; Mesdames et Messieurs les directeurs d'établissements publics sociaux et édico-sociaux ; copie à : Mesdames et Messieurs les préfets de département ; Mesdames et Messieurs les directeurs régionaux et départementaux de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale ; Mesdames et Messieurs les directeurs de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale d'outre-mer.

Régulièrement saisi par des agents comme par des organisations syndicales dénonçant des pratiques persistantes d'établissements hospitaliers subordonnant la notation des agents à un temps de présence effectif minimal, le Défenseur des droits a, par décision du 24 mai 2016, d'une part rappelé la réglementation existante en matière de notation comme de discrimination et, d'autre part, constatant les conséquences négatives sur les droits et la carrière des fonctionnaires féminins de la fonction publique hospitalière, formulé des recommandations à mon attention.

Sur l'aspect relatif à la notation, j'insiste sur le fait que la réglementation 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.

Cela implique donc que dans tous les autres cas, l'agent doit être noté. Ce rappel, explicité en point 1 de la présente instruction, est d'autant plus important que plus de 77 % des effectifs de la fonction publique hospitalière sont des femmes dont, souvent, les conditions de travail inhérentes aux fonctions (notamment la position debout et le port de charges) impliquent un congé de maternité associé à un congé pathologique allongeant la durée de l'absence du fait de la grossesse à six mois ou plus.

Ces principes ayant été rappelés par les textes référencés ci-dessus, et en dernier lieu en 2015 par la mise à jour du guide relatif à la protection sociale des fonctionnaires hospitalier, je souhaite, par la présente instruction, aborder également d'autres points liés à l'absence pour maternité ou paternité, afin de garantir les droits des agents de la fonction publique hospitalière bénéficiant de congés ou absences liés à la maternité.

1. Le droit à la notation des fonctionnaires ayant bénéficié dans l'année de référence d'un congé lié à la maternité ou à l'adoption

1.1. La réglementation en vigueur

La notation doit refléter une juste appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires (art. 17 de la loi du 13 juillet 1983).

L'absence de notation des fonctionnaires d'un corps dont le statut particulier ne prévoit pas qu'ils ne sont pas soumis à un système de notation constitue une irrégularité justifiant l'annulation du tableau d'avancement (CE, 28 février 2007, n° 278514).

J'insiste sur le fait que la réglementation 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 (article 5 de l'arrêté du 6 mai 1959). Cela implique donc que dans tous les autres cas, l'agent doit être noté.

Si la notation est subordonnée à la présence effective du fonctionnaire au cours de la période en cause pendant une durée suffisante, eu égard notamment à la nature des fonctions exercées, pour permettre à son chef de service d'apprécier sa valeur professionnelle, ceci n'autorise pas l'employeur à fixer de manière générale une durée minimale de présence au sein du service conditionnant la notation (arrêts de la Cour administrative d'appel de Marseille n° 10MA01319 du 17 avril 2012 et du Conseil d'État n° 326294 du 12 mars 2012).

Ainsi, l'exigence générale d'une période minimale de présence pour bénéficier de la notation a été jugée :

- illégale, en ce qu'elle ne découle pas de la réglementation en vigueur (CE, 1^{er} août 2013, n° 347327 et 12 mars 2012, n° 326294) : si une durée de présence effective est nécessaire pour permettre l'appréciation de la valeur professionnelle, celle-ci doit être appréciée au cas par cas. Ainsi, à titre indicatif, le Conseil d'État a jugé que la présence du fonctionnaire du 1^{er} septembre au 15 novembre de l'année de référence est une durée suffisante pour permettre au chef de service d'apprécier la valeur professionnelle de l'intéressé (CE, 3 septembre 2007, n° 284954) ;
- discriminatoire à l'égard des femmes en raison de leur maternité, et donc une discrimination directe en raison du sexe : en cela, cette pratique est contraire à l'article 6 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 en vertu duquel « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) leur sexe (...) », et porte aussi atteinte aux principes de non-discrimination portés par l'article 2-3° de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 (« toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité ») transposant 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 traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (art. 2 et considérants 23 et 25). Le protocole d'accord du 8 mars 2013 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans la fonction publique souligne que les procédures permettant d'apprécier la manière de servir ne doivent pas aboutir à pénaliser les agents concernés par les congés liés à la grossesse ou l'adoption durant les périodes d'absence ou du fait de l'absence liée au congé.

Cette pratique pénalise ces agents dans leurs droits à avancement.

La circulaire DH/FH1/DAST/TS du 29 février 1996 comme le guide de la protection sociale des fonctionnaires hospitaliers ci-dessus référencés soulignent déjà que les congés de maternité et d'adoption ne sauraient avoir d'influence sur la notation et l'appréciation générale de l'agent concerné.

1.2. Les mesures à prendre

✓ Par conséquent, les établissements doivent veiller à respecter cet aspect de la réglementation, modifier les éventuels protocoles existants portant mention d'un gel des notations pour cause de congé de maternité ou d'une durée minimale de service pour accéder à la notation.

D'une façon générale, la notation doit refléter la manière de servir de l'agent, que celui-ci ait été absent une partie de l'année ou non.

La durée de l'absence n'entre en ligne de compte que si sa longueur ne permet pas à l'employeur de porter une appréciation sincère sur la manière de servir de l'agent et chaque situation doit être traitée au cas par cas par l'employeur.

Ainsi, à titre d'exemple, le Conseil d'État a jugé le 3 septembre 2007 (arrêt n° 284954) qu'un agent présent du 1^{er} septembre au 15 novembre de l'année pouvait être noté, si la nature des fonctions exercées pouvait permettre à son supérieur d'apprécier sa valeur professionnelle.

Par ailleurs, il convient de rappeler que la circulaire DH/FH1/DASITS 3 n°96-152 du 29 février 1996 relative au congé de maternité ou d'adoption et aux autorisations d'absence liées à la naissance pour les fonctionnaires, les agents stagiaires 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 précise 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. »

✓ Les CAP pourront procéder, à la demande des intéressées, au réexamen des situations individuelles (art. 17 de la loi du 9 janvier 1986, article 4 de la loi du 27 mai 2008 et article 18 de la directive du 5 juillet 2006 : « (...) 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 »).

En cas de réexamen, l'employeur pourra justifier devant la CAP que la reconduction de la note chiffrée résultait de l'appréciation de la valeur professionnelle de l'agent ou d'une impossibilité objective de procéder à la notation de l'agent en question pour l'année en cause (par exemple une présence particulièrement brève sur l'année).

✓ Enfin, l'ensemble de ces dispositions s'appliquent aux personnes ayant eu une absence de plusieurs mois (congé longue maladie et congé longue durée par exemple). Dans ce cas, une notation qui ne respecterait pas les préconisations ci-dessus serait potentiellement discriminatoire au vu de l'état de santé de la personne concernée.

2. La prime de service des agentes absentes pour maternité

L'arrêté du 24 mars 1967 relatif aux conditions d'attribution de primes de service aux personnels de certains établissements énumérés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986 précise que les absences résultant d'un congé de maternité n'entraînent pas d'abattement.

Dans la mesure où d'une part, le congé pour adoption est assimilé au congé de maternité (art. 41, 5°, de la loi du 9 janvier 1986), et, d'autre part, qu'il participe du même objectif de préservation de la santé et d'accueil de l'enfant, il y a lieu de maintenir la prime de service aux agents bénéficiaires de ce congé.

S'agissant des congés dits « pathologiques », la circulaire n° 96-152 du 29 février 1996 précise que, dès lors qu'un certificat médical atteste que l'état pathologique résulte de la grossesse ou des suites des couches, ces périodes supplémentaires de repos sont considérées comme congé de maternité et non pas comme congé de maladie au regard des droits à l'avancement et des droits à pension vis-à-vis de la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales ou de l'Ircantec ainsi que pour l'attribution de la prime de service.

3. Les droits en matière de temps partiel et de congés liés à la parentalité

Les textes de la fonction publique n'ont pas encore suivi l'évolution des textes relatifs à la parentalité, notamment à l'égard des couples de même sexe et des situations d'adoption. Cette absence de mise à jour des textes ne doit pas léser les agents qui demandent à bénéficier d'un droit qui résulterait d'une situation liée à l'adoption de l'enfant.

Ainsi, l'article 6-1 du Code civil modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe prévoit :

« Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe. »

Par ailleurs, les dispositions du Code civil concernant les « père » et « mère » ont été remplacées par les mots « parents ».

3.1. *Sur le temps partiel de droit à l'occasion d'une naissance ou d'une adoption*

Le temps partiel de droit est régi par l'article 46-1 de la loi du 9 janvier 1986. Il est accordé de plein droit « à l'occasion de chaque naissance jusqu'au 3^e anniversaire de l'enfant ou de chaque adoption jusqu'à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant adopté ». Ces dispositions ne font pas référence à la période au cours de laquelle l'enfant est confié en vue de son adoption, ni durant laquelle une demande d'adoption est instruite.

La question s'est posée de savoir si la conjointe d'une femme ayant accouché et qui a entamé des démarches d'adoption de cet enfant pouvait bénéficier de ce temps partiel de droit, sans attendre la décision définitive d'adoption. Tous les agents en démarche d'adoption de l'enfant de leur conjoint(e) sont potentiellement concernés.

L'article 355 du Code civil prévoit que « l'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption ».

Par conséquent, dès lors que l'agent(e) concerné(e) est en mesure de produire une copie du dépôt de sa requête en adoption, il/elle est éligible au temps partiel de droit pour élever un enfant.

3.2. *Sur le congé parental*

L'article 64 de la loi du 9 janvier 1986 couvre la période de l'instruction de la demande d'adoption en ce qu'il fait référence à l'enfant « confié en vue de son adoption ». De même l'article 40 du décret du 13 octobre 1988 confirme que ce droit est ouvert dès l'arrivée au foyer d'un enfant n'ayant pas atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire, adopté ou confié en vue de son adoption.

Par conséquent, selon le même raisonnement que pour le temps partiel de droit, le congé parental est ouvert à l'agent qui peut établir avoir déposé une requête en adoption.

3.3. *Sur le congé de présence parentale*

L'article 41, 11° de la loi du 9 janvier 1986 prévoit que le fonctionnaire en activité a droit :

« 11° À un congé de présence parentale, accordé au fonctionnaire lorsque la maladie, l'accident ou le handicap d'un enfant à charge présente une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue de sa mère ou de son père et des soins contraignants. »

Ainsi, en attendant la modification ultérieure des textes concernés et au regard de la modification dans le code civil des termes « mère » et « père » par celui de « parents », il convient de faire œuvre de bonne administration en accordant aux agents concernés le congé concernant leur enfant à charge.

Les parents pourront transmettre à l'employeur un certificat d'inscription à l'état civil de l'enfant concerné, ou copie de la requête déposée en vue de son adoption.

De même, le congé de présence parentale pourra être accordé au fonctionnaire qui apporte auprès de son employeur tous documents pouvant permettre d'établir que l'enfant est bien à sa charge au sens de l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale (exemple des beaux-parents ; voir circulaire DSS/4A/99/03 du 5 janvier 1999 et réponse ministérielle du 24 juin 2008 à la question n° 20649).

Je vous remercie de me signaler toute difficulté qui pourrait survenir dans l'application de la présente instruction.

Pour la ministre et par délégation :

*La cheffe de service, adjointe
au directeur général de l'offre de soins,
chargée des fonctions de directrice générale
de l'offre de soins par intérim,*

K. JULIENNE

*Le secrétaire général des ministères
chargés des affaires sociales,*

P. RICORDEAU

*Le directeur général
de la cohésion sociale,*

J.-P. VINQUANT