



CONSILIUL NAȚIONAL PENTRU COMBATEREA DISCRIMINĂRII
Autoritate de stat autonomă

Operator de date cu caracter personal nr. 11375

HOTĂRÂREA 392
Din data de 28.06.2017

Dosar nr.: 448/2016

Petiția nr.: 3967/27.06.2016

Petent: .

Reclamați: .

Obiect: petenta reclamă faptul că, deși a depus două cereri de schimbare a funcției pe care o are, avizele favorabile au fost date contracandidaților săi. Susține că i-a fost retrasă autorizația pe care o deținea, tocmai pentru a nu se încadra în condițiile imperios necesare pentru funcția pe care o solicita

I. Numele, domiciliul sau reședința părților

I.1. Numele și domiciliul petenților

I.1.1. .

I.2. Numele și reședința părții reclamate

I.2.1. .

I.2.2. .

II. Obiectul sesizării și descrierea presupusei fapte de discriminare

2.1. Petenta a solicitat luarea măsurilor necesare în vederea asigurării egalității de tratament între categoriile de personal cărora li se aplică prevederile art. 4 din OUG nr. 57/2015. Susține că i-a fost retrasă autorizația pe care o deținea, tocmai pentru a nu se încadra în condițiile imperios necesare pentru funcția pe care o solicita

III. Procedura de citare

3.1. În temeiul art. 20, alin. 4 din O.G. nr.137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare, republicată, Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării a îndeplinit procedura legală de citare a părților.

3.2. Prin adresele înregistrate sub nr. 3967/12.07.2016 și nr. 4254/12.07.2016 au fost citate părțile din dosar, pentru termenul stabilit la data de 28.07.2016. A fost invocată, din

oficiu, excepția de necompetență materială, competență fiind instanța de judecată. La termen, părțile au fost absente.

3.3. Procedura de citare legal îndeplinită

IV. Susținerile părților

4.1. Susținerile petentei

4.1.1. Prin intermediul memoriului înregistrat sub nr. 3967/27.06.2016, petenta arată următoarele:

- este angajată a Penitenciarului cu Regim de Maximă Siguranță Craiova;
- potrivit dispozițiilor legale a formulat cererea nr. 151650/15.06.2016 de schimbare a funcției pe care o are, pentru funcția de agent evidență deținuți. A formulat cererea ca urmare a anunțului prin care instituția angajatoare a comunicat funcțiile vacante care pot face obiectul schimbării din funcție;

- la data de 16.06.2016 urma să se obțină avizul de principiu al șefului sectorului de activitate din care face parte și avizul de principiu al șefului sectorului de activitate unde a solicitat să fie numită;

- i s-a comunicat în mod neoficial că nu au fost respectate dispozițiile art. 4 din Metodologia stabilită prin OMJ 2398/C/2012, în sensul că nu au fost solicitate șefilor celor două sectoare de activitate, menționate mai sus, avizele de principiu, directorul unității fiind cel care ar fi emis un aviz negativ în ceea ce o privește, deși conform legii nu avea această atribuție;

- pentru postul descris mai sus a formulat o cerere o altă colegă față de care a fost emis un aviz favorabil;

- la data de 20.05.2016 a mai formulat o cerere de schimbare a funcției, conform dispozițiilor legale aplicabile, însă nu i s-a comunicat nici un răspuns în acest sens (dacă șefii celor două sectoare de activitate și-au dat avizul de principiu), urmându-se în mod abuziv aceeași procedură menționată mai sus, în sensul că directorul unității a emis un aviz nefavorabil;

- nu i-a fost comunicată nici hotărârea directorului, adoptată după analizarea cererii și implicit modalitatea în care a fost soluționată cererea;

- consideră că i-a fost încălcat dreptul la libera alegere a ocupației, în baza unor criterii nelegale, preferențiale, i-a fost restrânsă posibilitatea de a-și exercita, în condiții de egalitate, dreptul de a ocupa o anumită funcție în cadrul unității la care este angajată.

4.1.2. Prin intermediul înscrisurilor înregistrate sub nr. 4057/01.07.2016 și nr. 4110/04.07.2016, petenta completează sesizarea cu următoarele aspecte:

- la data de 20.05.2016 a formulat cerere pentru mutarea din funcția de agent pază principal II în funcția de agent dispecerat;

- în perioada martie 2013 - mai 2016 a desfășurat activități specifice la dispeceratul unității, pentru care a fost autorizată de către ORNISS, cu autorizație de acces la informații clasificate nivel „STRICT SECRET”;

- în cursul lunii aprilie 2016, anterior vacantării funcției de la dispecerat, reclamatul B.A. a dispus să nu mai desfășoare activități la dispecerat și să îi fie retrasă autorizația, aceasta nefiindu-i necesară pentru desfășurarea activităților în funcția pe care este titulară;

- consideră că acest lucru a fost făcut în mod premeditat, deoarece condiția primordială pentru numirea în funcția de agent dispecerat era ca solicitantul să dețină această autorizație;

- deși la momentul discutării cererii de mutare în funcție autorizația nu era retrasă de la ORNISS (procedura aflându-se în derulare), cererea de mutare a fost avizată negativ;
- în condițiile în care cererile ar fi fost supuse analizei comisiei prevăzute în ordinul menționat, consideră că ar fi obținut un punctaj mai mare față de contracandidatul acesteia;
- consideră că reclamatul ... a avizat pozitiv contracandidatului, deoarece această decizie a fost luată pe bază de preferință

4.1.3. Prin intermediul înscrisului înregistrat sub nr. 4420/21.07.2016, petenta solicită respingerea excepției de necompetență materială, invocată din oficiu în prezenta cauză și susține că, prin intermediul sesizării, a solicitat luarea măsurilor necesare în vederea asigurării egalității de tratament între categoriile de personal cărora li se aplică prevederile art. 4 din OUG nr. 57/2015;

- petenta consideră că este discriminată pe criteriul sex;
- diferența de tratament între petentă și colegii acesteia în ceea ce privește numirea într-o altă funcție nu este justificată prin natura activităților sau contextul în care se desfășoară activitățile (acestea fiind identice) sau printr-o cerință profesională reală și determinată (contracandidații au desfășurat activități în același sector de activitate, însă ambii aveau o vechime efectivă în muncă, dar și o vechime în specialitatea funcției mai mică).

4.1.3.1. Sunt atașate documente la dosar (filele 25,26)

4.1.4. Prin intermediul concluziilor scrise înregistrate sub nr. 5566/21.09.2016, petenta arată următoarele:

- prevederile art. 4 și art. 5 din OMJ 2398/C/2012 nu trebuie interpretate „stricto senso”, ci coroborat, în independența și logica impusă de actul normativ;
- astfel, dacă există doar o cerere de schimbare funcție, trebuie repartizată inițial la serviciul resurse umane, urmând a fi analizată în cadrul consiliului de conducere al unității și apoi supusă hotărârii directorului unității în sensul aprobării sau respingerii acesteia;
- în situația prezentată, în cazul ambelor cereri, au mai existat contracandidați cu cereri similare. În acest sens, directorul unității trebuia să dispună constituirea unei comisii, compusă din 2 membri și un președinte, comisie care avea atribuții de departajare a cererilor formulate de către candidați, având în vedere criteriile impuse de dispozițiile art. 6 alin. 2 din OMJ nr. 2398/C/2012, procedură care în realitate nu a fost respectată;
- nu se pot limita prevederile OMJ nr. 2398/C/2012 în sensul limitării unor drepturi fundamentale, egalității de șanse, ci ca o normă obligatorie având ca scop eliminarea subiectivismului decidenților;
- prevederea privind acordarea vizelor de principiu, care erau avize consultative, se referă în mod expres la situațiile de mutare dintr-un sector de activitate în altul, nefiind cazul în speța de față;
- își desfășoară activitatea în cadrul Serviciului Siguranța Deținerii și a solicitat schimbarea pe o funcție în cadrul Biroului Evidență și Organizarea Muncii, ambele coordonate de directorul adjunct Siguranța Deținerii și Regim Penitenciar, coordonator al Sectorului Operativ;
- eventualele avize de principiu (dacă ar fi fost necesar) ar fi trebuit să fie acordate de șeful Serviciului Siguranța Deținerii și de șeful Biroului Evidență și Organizarea Muncii, impunându-se acordarea de aviz de principiu de către Directorul adjunct, doar în situația în care ar fi solicitat mutarea în alte sectoare;
- atașează sentința civilă nr. 825/24.06.2015, pronunțată de Tribunalul Galați (filele 31-35)

4.2. Susținerile părților reclamate ...

4.2.1. Prin intermediul înscrisului înregistrat sub nr. 4417/21.07.2016, cele două părți reclamate solicită respingerea sesizării și admiterea excepției de neкомпetență materială a CNCD, invocată din oficiul în prezenta cauză.

4.2.1.1. Pe fond, reclamații arată următoarele:

- modificarea raporturilor de serviciu ale funcționarilor publici cu statut special din sistemul administrației penitenciare prin schimbare de funcție este prevăzută în dispozițiile legale aplicabile, respectiv art. 55 alin. 4 din Legea nr. 293/2004 privind Statutul funcționarilor publici cu statut special din Administrația Națională a Penitenciarelor;

- petenta este încadrată în sectorul de activitate Siguranța deținerii și regim penitenciar-Serviciul siguranța deținerii-Compartiment escorte și a solicitat, prin intermediul primei cereri, schimbarea într-o funcție în cadrul aceluiași sector de activitate, dar la alt compartiment, iar prin intermediul celei de-a doua cerere a solicitat schimbarea într-o funcție în cadrul aceluiași sector de activitate, dar la alt birou;

- cele două cereri ale petentei nu au fost înaintate la ANP pentru obținerea avizelor de principiu ale compartimentelor de specialitate din cadrul acesteia deoarece nu a fost schimbat sectorul de activitate. Este astfel clar delimitată prerogativa directorului unității de a aproba sau respinge solicitări de schimbare din funcție, pe baza unor considerente care țin de oportunitate și/sau legalitate, raportat la situația particulară a fiecărei unități penitenciare în parte, anterior procedurii de departajare a mai multor solicitanți pe aceeași funcție, reglementată de art. 6 din ordinul menționat în cuprinsul sesizării;

- cele două cereri ale petentei au fost avizate de principiu de șeful sectorului de activitate din care a solicitat schimbarea/în care a solicitat să fie numită, iar procedura de departajare a mai multor solicitanți pe aceeași funcție, reglementată de art. 6 din OMJ nr. 2398/C/2012 nu s-a mai derulat în cazul celor două cereri întrucât Directorul Penitenciarului Craiova a uzat de prerogativa sa legală, conform art. 5 din OMJ nr. 2398/C/2012 și le-a respins în etapa anterioară departajării

V. Motivele de fapt și de drept

5.1. În fapt, Colegiul director al Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării (C.N.C.D.) constată că petentei i-a fost retrasă autorizația pe care o deținea, tocmai pentru a nu se încadra în condițiile imperios necesare pentru funcția pe care o solicita. În acest sens, Colegiul director este de opinie că petentei i-a fost restrânsă posibilitatea de a-și exercita, în condiții de egalitate, dreptul de a ocupa o anumită funcție în cadrul unității la care este angajată.

5.2. În drept, *Ordonanța de Guvern nr. 137/2000 privind combaterea și sancționarea tuturor formelor de discriminare*, republicată (în continuare O.G. nr. 137/2000) la **art. 2 alin. (1)** prevede: *„Potrivit prezentei ordonanțe, prin discriminare se înțelege orice deosebire, excludere, restricție sau preferință, pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu care are ca scop sau efect restrângerea, înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice.”*

5.3. Conform art. 7 lit. a) *„Constituie contravenție, conform prezentei ordonanțe, discriminarea unei persoane pentru motivul că aparține unei anumite rase, naționalități, etnii,*

religii, categorii sociale sau unei categorii defavorizate, respectiv din cauza convingerilor, vârstei, sexului sau orientării sexuale a acesteia, într-un raport de muncă și protecție socială, cu excepția cazurilor prevăzute de lege, manifestată în următoarele domenii: a) încheierea, suspendarea, modificarea sau încetarea raportului de muncă; (...)"

5.4. Pentru a constata existența unei fapte de discriminare directă sunt necesare îndeplinirea următoarelor elemente:

- o diferențiere
- între două persoane sau situații aflate pe poziție comparabilă
- bazată pe un criteriu
- care încalcă un drept.

5.5. Colegiul director constată că decizia dispusă în sensul de a nu mai desfășura activități la dispecerat și retragerea autorizației, anterior vacantării funcției de la dispecerat, constituie o diferențiere.

5.6. Criteriul de diferențiere este, în prezenta cauză, criteriul genului (criteriul sex) „O.G. 137/2000, republicată, nu limitează criteriile, utilizând sintagma de «orice alt criteriu». Astfel Colegiul Director al CNCD a constatat discriminări și când criteriul nu a fost unul din cele enumerate explicit, cum ar fi cel profesional sau rezidențial. Orice alt criteriu însă nu înseamnă lipsa oricărei criteriu. Acest element face distincția dintre discriminare și alte fapte, cum ar fi, spre exemplu, abuzul sau insulta.”

5.7. Dreptul atins este dreptul la muncă, implicat dreptul de a ocupa o anumită funcție în condiții de egalitate, garantat de **Constituția României**.

În concluzie, sunt incidente prevederile art. 2 alin. 1 și art. 7 lit. a) cuprinse în **O.G. nr. 137/2000**, republicată. Astfel, restrângerea posibilității de a exercita în condiții de egalitate dreptul de a ocupa o anumită funcție în cadrul unității constituie o diferență, pe criteriul genului, care încalcă dreptul la muncă.

5.8. Criteriile enumerate de art. 2 alin. 1 sunt doar ilustrative, nu exhaustive, cum arată și CEDO privind art. 14 (Engel și alții împotriva Olandei, 8 iunie 1976, §72).

5.9. În conformitate cu art. 20 alin. 6 al O.G. nr. 137/2000 „*persoana interesată va prezenta fapte pe baza cărora poate fi prezumată existența unei discriminări directe sau indirecte, iar persoanei împotriva căreia s-a formulat sesizarea îi revine sarcina de a dovedi că nu a avut loc o încălcare a principiului egalității de tratament*”. Acest principiu, definit ca principiul inversării (împărțirii) sarcinii probei se aplică inclusiv de CEDO (Nachova și alții împotriva Bulgariei, 6 iulie 2005, §156, Horváth și Kiss împotriva Ungariei, 29 ianuarie 2013, §108).

5.10. O faptă poate fi considerată discriminatorie dacă atinge un drept, oricare dintre cele garantate de tratate internaționale ratificate de România sau cele prevăzute de legislația națională. Conform cazuisticii C.N.C.D. și a instanțelor de judecată din România drepturile pot fi prevăzute și prin înțelegeri contractuale.

5.11. Colegiul director ține cont de susținerile petentei, prin intermediul cărora a arătat că în perioada martie 2013 – mai 2016 a desfășura activități specifice la dispeceratul unității.

5.11.1. În acest sens a fost autorizată de către ORNISS cu autorizație de acces la informații clasificate nivel „STRICT SECRET”.

5.11.2. Se ia act de faptul că în cursul lunii aprilie 2016, anterior vacantării funcției la dispecerat, a fost dispusă (de către reclamatul B.A.) retragerea autorizației și a fost luată decizia ca petenta să nu mai desfășoare activități la dispecerat

5.11.3. Se constată că petenta, candidat la o funcție publică, dar care aparține unui gen subreprezentat, îndeplinea condițiile pentru funcția respectivă, până la momentul retragerii autorizației pe care o deținea. Retragerea autorizației, anterior vacantării funcției de

la dispecerat a dus la excluderea posibilității petentei de a îndeplini, în mod cumulativ, condițiile pentru ocuparea primului post adus în discuție.

5.12. Potrivit art. 5 din OMJ nr. 2398/C/2012 funcționarii publici cu statut special pot fi schimbați din funcțiile deținute.

5.13. Colegiul director reține că petenta a mai formulat o cerere de schimbare a funcției conform dispozițiilor legale aplicabile, însă nu i s-a comunicat nici un răspuns în acest sens (dacă șefii celor două sectoare de activitate și-au dat avizul de principiu), urmându-se aceeași procedură ca și în cazul primei cereri, în sensul că directorul unității a emis un aviz nefavorabil. Petentei nu i-a fost comunicată hotărârea directorului adoptată după analizarea cererii și nici modalitatea în care a fost soluționată ce-a de-a doua cerere.

5.14. Colegiul director este de opinie că nu au fost respectate dispozițiile art. 6 din OMJ nr. 2398/C/2012, care prevăd că „(1) *In cazul in care exista mai multe solicitari de schimbare pentru aceeași funcție, departajarea se va realiza de către o comisie constituită din director/director adjunct/sef structura din domeniul postului de activitate* ♦ *presedinte, si 2 functionari publici cu statut special, din care unul din structura de resurse umane* ♦ *membri.* (2) *Comisia prevazuta la alin. (1) va fi desemnata prin decizie a conducatorului unitatii si va analiza solicitarile de schimbare din functie, avand in vedere urmatoarele criterii de departajare: a) experienta profesionala in domeniul de activitate al functiei pentru care se solicita schimbarea: se acorda cate 2 puncte pentru fiecare an intreg lucrat in domeniul de activitate al postului, in cadrul sistemului penitenciar; fractiile de an se calculeaza corespunzator cu rotunjire la o luna; se ignora perioadele de sub o luna; nu se iau in calcul perioadele in care solicitantii se afla in concedii fara plata; vechimea se calculeaza la data expirarii termenului prevazut la art. 3 alin. (2); b) calificativele obtinute la evaluarea anuala a performantelor profesionale individuale, in ultimii 3 ani de activitate: pentru fiecare calificativ obtinut la evaluarea performantelor profesionale anuale, in ultimii 5 ani de activitate, se acorda puncte astfel: "Exceptional" ♦ 2 puncte, "Foarte bun" ♦ 1 punct, "Bun" ♦ 0,5 puncte, iar calificativele "Satisfacator" si "Nesatisfacator" nu se puncteaza; c) vechimea in sistemul administratiei penitenciare: se acorda cate un punct pentru fiecare an intreg, lucrat in cadrul sistemului penitenciar; fractiile de an se calculeaza corespunzator cu rotunjire la o luna; se ignora perioadele de sub o luna; nu se iau in calcul perioadele in care solicitantii se afla in concedii fara plata; vechimea se calculeaza la data expirarii termenului prevazut la art. 3 alin. (2); d) probleme familiale deosebite: se acorda 3 puncte pentru solicitantii care au probleme familiale deosebite, dovedite cu acte; e) starea disciplinara (sanctiuni disciplinare): se scad 5 puncte din punctajul final al solicitantilor care se afla sub efectul unei sanctiuni disciplinare; se scad 5 puncte din punctajul final al solicitantilor care sunt condamnati pentru savarsirea de infractiuni, mentinuti in activitate conform Legii nr. 293/2004 privind Statutul functionarilor publici cu statut special din Administratia Nationala a Penitenciarelor, republicata, cu modificarile ulterioare. (3) Punctajul final se stabileste prin insumarea punctajelor acordate conform alin. (2), fiind acceptat solicitantul care are punctajul cel mai mare. (4) La punctaje egale are prioritate solicitantul cu punctaj superior la criteriul prevazut la alin. (2) lit. a), iar in situatia in care se mentine egalitatea are prioritate solicitantul cu punctaj superior la criteriul prevazut la alin. 2 lit. c). (5) La analiza prevazuta la alin. (2) poate participa in calitate de observator cate un reprezentant al organizatiei sindicale reprezentative la nivelul unitatii.”*

5.15. În cauză, deși existau mai multe cereri ce vizau postul solicitat de petentă, fără a se urma procedura obligatorie (și nu facultativă) instituită de art. 6 aplicabilă în situația existenței mai multor cereri ce vizează aceeași funcție, contracandidații petentei au fost preferați. Urmare a avizării nefavorabile a cererii, petenta a fost eliminată în mod discreționar și nu s-a mai ajuns la evaluarea punctajului profesional prin Comisia de Specialitate, constituită conform articolului mai sus menționat.

5.16. Conform documentelor aflate la dosarul cauzei se constată că nu există un sistem transparent în ceea ce privește procedura de schimbare a funcției (mobilitatea funcționarilor publici cu statut special) în cadrul unității în care petenta este angajată, și, în acest sens, există posibilitatea să se producă fapte de discriminare.

5.16.1. Autoritățile administrației publice centrale și locale, precum și celelalte instituții publice care utilizează resurse financiare publice au obligația de a face publice, proiectele de reglementări înainte ca acestea să fie adoptate, organizarea concursurilor pentru ocuparea funcțiilor vacante ș.a.m.d.

5.16.2. Lipsa transparenței decizionale, alături de alte curențe ale activității de reglementare, conduce la încrederea scăzută a societății în forța și importanța actelor normative.

5.16.3. Aplicarea reală a principiului transparenței ar duce la o mai mare încredere în legi și reglementări.

5.17. . Față de aspectele analizate mai sus, Colegiul, cu unanimitate de voturi ale membrilor prezenți la ședință, constată că sunt îndeplinite condițiile faptei de discriminare directă, prevăzută de art. 2 alin.1, coroborate cu prevederile art. 7 lit. a) din O.G nr.137/2000, republicată și decide:

1. sancționarea reclamatului .. cu avertisment conform art. 7 din O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor, actualizată.

2. sancționarea reclamatului .. cu avertisment conform art. 7 din O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor, actualizată.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 20 alin. (2) din **O.G. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare**, cu modificările ulterioare, cu unanimitatea voturilor membrilor prezenți la ședință

COLEGIUL DIRECTOR HOTĂRĂȘTE:

1. Favorizarea altor candidați în ceea ce privește cele două posturi vacante (pe bază și retargerea autorizației pe care petenta o deținea, anterior vacantării celor două posturi constituie discriminare conform art. 2 alin. 1 și art. 7 lit. a) din **O.G. nr. 137/2000**;

2. Sancționarea reclamatului .. cu avertisment conform art. 7 din O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor, actualizată.

3. Sancționarea reclamatului .. cu avertisment conform art. 7 din O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor, actualizată.

4. O copie a prezentei hotărâri se va comunica părților, Penitenciarului cu Regim de Maximă Siguranță Craiova și Administrației Naționale a Penitenciarelor

VI. Modalitatea de plată a amenzii: nu este cazul

VII. Calea de atac și termenul în care se poate exercita

Prezenta hotărâre poate fi atacată în termenul legal de 15 zile potrivit **O.G. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea faptelor de discriminare și Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ** la instanța de contencios administrativ.

Membrii Colegiului director prezenți la ședință

ASZTALOS CSABA FERENC - Membru

BERTZI THEODORA – Membru

DINCĂ ILIE – Membru

GHEORGHIU LUMINIȚA – Membru

POPA CLAUDIA SORINA – Membru

Hotărâre motivată și redactată de: A.C.F./B.P.

Notă: Hotărârile emise de Colegiul Director al Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării potrivit prevederilor legii și care nu sunt atacate în termenul legal, potrivit **O.G. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea faptelor de discriminare și Legii 554/2004 a contenciosului administrativ**, constituie de drept titlu executoriu.