



Paris, le 20 février 2015

---

## Décision du Défenseur des droits MLD-2015-030

---

### Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

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

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

Vu le décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique ;

Vu le décret n° 2007-1188 du 3 août 2007 portant statut particulier du corps des aides-soignants et des agents hospitaliers qualifiés de la fonction publique hospitalière ;

Saisi par le tribunal administratif de Y d'une demande d'avis relative à la requête introduite par Mme X, aide-soignante au sein du centre hospitalier régional Z de mars 2008 à août 2012, qui dénonce le refus de son employeur de faire droit à sa demande de mise en stage en vue d'une titularisation, en raison de son état de santé (n° 1300338-1),

Décide de présenter les observations suivantes.

Jacques TOUBON

**Observations devant le tribunal administratif de Y en application des dispositions de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

Par courrier du 5 janvier 2015, le Défenseur des droits a été saisi par le tribunal administratif de Y d'une demande d'avis relative à la requête introduite par Mme X, enregistrée au greffe sous le n° 1300338-1.

Mme X exerce un recours en plein contentieux tendant à mettre en cause la responsabilité du centre hospitalier Z pour son refus discriminatoire de faire droit à sa demande de mise en stage en vue d'une titularisation.

**EXPOSE DES FAITS**

A compter du 21 mars 2008, Mme X a été recrutée au sein du centre hospitalier Z par une succession de contrats à durée déterminée, puis par un contrat à durée indéterminée.

Le 28 septembre 2010, Mme X a demandé son placement en stage en vue d'une titularisation sur les fonctions d'aide-soignante.

Par un courrier du 10 février 2011, le directeur du centre hospitalier a refusé de faire droit à sa demande en invoquant une incompatibilité entre le mal de dos de Mme X (qui lui a occasionné deux arrêts de travail en 2010) et les fonctions d'aide-soignante.

Mme X a présenté une nouvelle demande, le 19 décembre 2011, qui a été rejetée pour les mêmes motifs.

Elle se prévaut pourtant de deux avis du médecin de prévention, qu'elle a rencontrés en février 2011 et mai 2012, dans lesquels elle est déclarée apte à son poste, sans aucune restriction.

Le 29 août 2012, Mme X a démissionné de son poste d'aide-soignante au sein du centre hospitalier.

Le 23 octobre 2012, elle a déposé une plainte auprès des autorités judiciaires pour discrimination à l'embauche en raison de l'état de santé, qui a été classée sans suite en juillet 2013.

Le 2 février 2013, elle a déposé un recours en plein contentieux auprès du tribunal administratif de Y, contre le refus de mise en stage qui lui a été opposé par le centre hospitalier.

A ce titre, le tribunal administratif de Y sollicite l'avis du Défenseur des droits.

**ANALYSE DES FAITS**

Aux termes de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé (...) ».

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 2009 (n° 298348), les agents publics s'estimant victimes d'une discrimination bénéficient d'un allègement de la charge de la preuve. S'il leur appartient de présenter les éléments permettant d'en présumer l'existence, il incombe au mis en cause de produire les informations permettant d'établir que les faits contestés sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

L'article 6 du décret n° 2007-1188 du 3 août 2007 portant statut particulier du corps des aides-soignants et des agents des services hospitaliers qualifiés de la fonction publique hospitalière prévoit que « *les aides-soignants sont recrutés en qualité d'aide-soignant (...) : 1° Parmi les élèves aides-soignants, titulaires soit du diplôme d'Etat d'aide-soignant (...)* ».

L'article 7 du même décret précise que « *les élèves aides-soignants sont recrutés : (...) 2° A raison de 35 % de l'effectif en formation parmi les agents des services hospitaliers qualifiés réunissant au moins trois ans de fonctions en cette qualité et ayant fait l'objet d'une sélection professionnelle et d'un avis de la commission administrative paritaire compétente (...)* ».

Mme X occupait les fonctions d'aide-soignante depuis 2005. A ce titre, elle a sollicité un recrutement dans le corps en qualité de stagiaire, en vue d'une titularisation, qui a été refusé par le directeur du centre hospitalier Z.

Un refus de recrutement dans un corps ou cadre d'emplois de la fonction publique, fût-ce au titre d'un recrutement direct, ne peut être justifié que si aucun emploi n'est ouvert à ce titre ou si le candidat à la « stagiarisation » ne satisfait pas aux conditions rappelées ci-dessus, d'autant plus que le placement en position de stagiaire n'ouvre aucun droit à la titularisation. En effet, l'article 8 du décret n° 2007-1188 précité soumet la titularisation à des conditions de compétences professionnelles qui sont évaluées à l'issue du stage.

Le refus de faire droit à une demande de mise en stage ne saurait alors reposer sur un critère de discrimination prohibé par la loi.

En l'espèce, le motif déterminant du refus de placement en position de stagiaire de Mme X réside dans l'appréciation faite par le centre hospitalier de la compatibilité de son état de santé avec les fonctions d'aide-soignante.

Dans un courrier du 10 février 2011, le directeur du centre hospitalier justifie le refus de mise en stage de Mme X de la manière suivante : « *vous avez informé mes services que vous aviez une fragilité au niveau du dos. Elle s'est traduite en 2010 par deux arrêts de travail d'une durée totale de 47 jours. Nous pouvons dans cette situation légitimement nous interroger sur la compatibilité entre vos soucis de dos et l'exercice du métier d'aide-soignante à long terme* ».

Dans un nouveau courrier en date du 30 mars 2012, le directeur confirme son refus de mise en stage au motif qu' « *au regard des arrêts que vous avez eus en 2011, notre position de début d'année restait inchangé* », « *c'est le lien entre les fonctions que vous exercez et votre fragilité qui impose notre décision de refus de mise en stage pour l'instant* ».

L'état de santé, passé et futur, de Mme X est donc pris en considération en sa défaveur dans le cadre de sa demande de mise en stage.

Si l'aptitude physique est une condition nécessaire à l'attribution de la qualité de fonctionnaire, prévue par l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983 précitée, il n'en demeure pas moins qu'elle est évaluée au moment de la titularisation.

A cet égard, le centre hospitalier a procédé à une appréciation prématurée de l'aptitude physique de Mme X.

Surtout, cette appréciation est infondée au regard de l'analyse concrète de l'aptitude physique qui devrait être menée.

Dans deux délibérations de principe n° 2006-171 du 3 juillet 2006 et n° 2007-135 du 24 mai 2007, le Collège de la Haute autorité de lutte contre les discriminations, à laquelle a succédé le Défenseur des droits, considère qu'alors même qu'un candidat à un emploi public serait atteint d'une affection médicale évolutive pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie, cela ne suffirait pas à démontrer qu'il n'a pas les capacités requises pour exercer les fonctions inhérentes à l'emploi postulé.

La jurisprudence administrative réaffirme de manière constante la nécessité d'une appréciation concrète de l'aptitude physique de l'agent (voir notamment, Conseil d'Etat, 6 juin 2008, n° 299943) :

- l'appréciation des conditions d'aptitude doit porter sur la capacité de chaque candidat estimée au moment de l'admission,
- l'appréciation se fait au regard des fonctions auxquelles le candidat postule et, en cas de maladie évolutive, en tenant compte de l'existence de traitements permettant de guérir l'affection ou de bloquer son évolution, ou de l'absence de nécessité de tels traitements.

En l'état, les éléments du dossier ne permettent pas de s'assurer que le centre hospitalier a apprécié l'aptitude physique de Mme X au regard de ces éléments.

Le centre hospitalier prétend que les fonctions d'aide-soignante sont soumises à des sujétions particulières incompatibles avec l'état de santé de la réclamante. Les fonctions d'aide-soignante supposeraient une sollicitation toute particulière du dos, dont Mme X a souffert au cours des années 2010 et 2011.

Le médecin de prévention n'a pas estimé que cette circonstance permette de conclure à l'inaptitude de la réclamante.

En effet, lors d'une visite médicale organisée le 1<sup>er</sup> février 2011, le médecin de prévention a déclaré Mme X apte à son poste, sans émettre la moindre restriction. Les réserves émises par le directeur dans son courrier du 10 février 2011 semblent donc infondées.

Le même constat peut être établi s'agissant du second courrier adressé par le centre hospitalier, le 30 mars 2012. Les réserves alors émises par le directeur vont être contredites par le médecin de prévention, à l'occasion de la visite médicale périodique organisée en mai 2012, où il déclare Mme X toujours apte à son poste, sans aucune restriction.

Les absences de Mme X au cours des années 2010 et 2011, dûment justifiées, ne sauraient présumer de l'absentéisme de l'intéressée dans l'avenir. Le centre hospitalier lui prête des intentions et procède à une appréciation discriminatoire de son état de santé.

Le Défenseur des droits considère, au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus, que toute décision fondée sur l'inaptitude physique future et potentielle de l'agent constitue une mesure disproportionnée lui conférant un caractère discriminatoire.

Dès lors, l'inaptitude de Mme X à l'exercice de la fonction d'aide-soignante, au moment où le centre hospitalier prend la décision de refuser sa mise en stage, n'est pas établie, d'autant plus qu'il serait incohérent de considérer que Mme X peut continuer à exercer les fonctions d'aide-soignante en qualité d'agent contractuel, mais pas en qualité d'agent titulaire.

En outre, si l'état de santé de Mme X venait à se dégrader au point de compromettre l'exécution de certaines tâches, le centre hospitalier serait tenu d'examiner les possibilités d'aménagements de son poste de travail. L'article 26 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique dispose que : « *le médecin de prévention est habilité à proposer des aménagements de poste de travail ou de conditions d'exercice des fonctions justifiés par l'âge, la résistance physique ou l'état de santé des agents* ».

Il convient également de préciser que la décision de Mme X de démissionner de son poste était motivée par l'absence de perspective d'évolution de carrière au sein du centre hospitalier Z, compte tenu de l'appréciation discriminatoire de la direction à son égard.

Par ailleurs, le centre hospitalier justifie le refus d'accorder un stage à Mme X par des raisons financières, qui tiennent au fait qu'un agent titulaire en arrêt maladie serait plus coûteux à l'établissement qu'un agent contractuel en arrêt maladie.

Pour autant, il convient de rappeler que l'article 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière dispose que « *Le fonctionnaire en activité a droit : (...) 2° A des congés de maladie (...)* ». Ce droit est notamment protégé par le principe de non-discrimination en raison de l'état de santé.

L'argument financier ne peut être considéré comme un objectif légitime permettant de fonder une décision discriminatoire.

C'est ainsi que dans une décision du 8 février 2007 (n° 279522, Gardedieu), le Conseil d'Etat a considéré que l'intérêt financier d'une mesure ne peut suffire à caractériser un motif d'intérêt général (permettant, par exemple, de justifier des différences de traitement ou une discrimination).

L'argument financier avancé par le centre hospitalier ne saurait légitimement justifier une exception au principe de non-discrimination.

En l'état actuel du dossier, force est de constater que le centre hospitalier Z ne démontre pas que la décision de refus de placement en position de stagiaire opposée à la réclamante serait fondée sur un motif légitime, tenant aux nécessités du service, et étranger à toute considération discriminatoire.

Au contraire, dans un courriel adressé aux services du Défenseur des droits le 4 février 2015, le centre hospitalier confirme que « *si Mme X n'a pas fait l'objet d'une « stagiairisation », c'est en raison de son inaptitude physique ainsi qu'il en a été justifiée aux débats* ». Or, comme il l'a été rappelé précédemment, il n'appartenait pas à la direction du centre hospitalier de déclarer elle-même que Mme X était inapte aux fonctions d'aide-soignant.

De plus, selon le principe d'indépendance des procédures pénale et administrative, le juge administratif n'est pas lié par la décision du procureur de la République de classer sans suites la plainte de Mme X.

En conséquence, conformément au principe d'aménagement de la charge de la preuve, le Défenseur des droits considère que Mme X a été victime d'une discrimination au sens de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 susvisée.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON