

Paris, le

---

**Décision du Défenseur des droits n° MLD/ 2012-147**

---

**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 le décret n°86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires ;

Vu le décret n°91-129 du 31 janvier 1991 portant statut particulier des psychologues de la fonction publique hospitalière ;

Vu l'avis du Collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité.

Saisi par Mme A, psychologue sous statut de contractuel de droit public depuis 1990, au sein du centre hospitalier X, d'une décision mettant fin à son stage et portant refus de la titulariser dans ses fonctions, le Défenseur des droits :

- prend acte de la proposition du Directeur du centre hospitalier adressée à Mme A, d'avancement au 11<sup>ème</sup> échelon du grade de psychologue de « classe normale » ;

- recommande au Directeur du centre hospitalier, à défaut d'une titularisation de Mme A, de l'indemniser de l'intégralité des préjudices matériels et moraux subis, par le biais notamment de la conclusion d'une transaction ;

- demande à être tenu informé des mesures prises conformément à sa recommandation, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

## Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

### I. Réclamation et instruction :

Par courriel enregistré le 12 novembre 2010, Mme A, psychologue sous statut de contractuel, a saisi la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) d'une réclamation relative à une décision du 31 décembre 2005 de l'ancien Directeur du centre hospitalier X mettant fin à son stage et portant refus de la titulariser dans ses fonctions, suite à un avis émis le 18 novembre 2005 par le médecin agréé.

Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 susvisée, « *les procédures ouvertes par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits. A cette fin, les actes valablement accomplis par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité sont réputés avoir été valablement accomplis par le Défenseur des droits* ».

Il convient de rappeler que, Mme A est employée, depuis 1990, au sein du centre hospitalier X, par un contrat à durée indéterminée (CDI), en qualité de psychologue.

De 1990 à ce jour, elle exerce ses fonctions au sein de ce centre hospitalier, sans que la pathologie dont elle est atteinte n'ait posé de difficultés dans l'exercice de ses attributions.

C'est ainsi, qu'en 2004, elle a présenté sa candidature au concours réservé de psychologue, en vue de sa titularisation.

Ayant réussi ce concours, elle a été nommée, à compter du 1<sup>er</sup> avril 2005, stagiaire au sein du corps des psychologues (grade : « classe normale »).

Peu avant l'issue de sa période de stage, Mme A a été reçue le 18 novembre 2005 par le médecin généraliste agréé, dans le cadre de la visite obligatoire tendant à vérifier son aptitude, à l'emploi et à la fonction, de psychologue hospitalier (article 20 du décret n°86-442 du 14 mars 1986 susvisé).

Le 18 novembre 2005, le médecin agréé a émis un avis ayant fondé la décision contestée ainsi motivé : Mme A « *présente une maladie, qui tout en ne la rendant pas inapte à la fonction de psychologue, ne lui permet pas d'être titularisée* ».

C'est ainsi, qu'en se fondant sur cet avis, l'ancien Directeur du centre hospitalier X, M. B, a par une décision du 31 décembre 2005, mis fin au stage de la réclamante, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006.

Cette dernière n'a ainsi pas été titularisée mais a été maintenue dans ses fonctions de psychologue, par contrat à durée indéterminée.

Mme X estime, toutefois, avoir été victime d'une discrimination à raison de son état de santé et avoir subi tant des préjudices matériels que moraux devant donner lieu à une juste et équitable réparation.

Par courrier en date du 18 janvier 2012, une demande de réexamen du dossier de l'intéressée, a été adressée au centre hospitalier, qui y a répondu le 31 janvier 2012.

L'administration hospitalière a, tout d'abord, soutenu que la saisine introduite par Mme A, devant l'ex-Halde était tardive. Elle a également souligné, que le motif de non-titularisation de l'intéressée est « *exclusivement médical* » et que « *l'administration n'a pas à se prononcer sur ce point qui s'impose de façon pleine et entière à elle, d'autant que cet avis médical a été émis par un médecin agréé, totalement indépendant de l'administration du centre hospitalier* ». Elle a, enfin, indiqué que la réclamante pourrait à nouveau présenter sa candidature au concours de psychologue, qu'elle envisage d'ouvrir prochainement.

Le 26 avril 2012, un courrier de notification des griefs a été adressé par le Défenseur des droits au centre hospitalier.

En réponse, par courrier du 3 août 2012, le centre hospitalier a fait savoir au Défenseur des droits, qu'il était en mesure de faire une proposition à la réclamante en vue de régler sa situation. C'est dans ce cadre, qu'elle a été reçue par le centre hospitalier le 4 septembre 2012.

Par courrier en date du 12 octobre 2012, une proposition de passage anticipé du 9<sup>ème</sup> au 11<sup>ème</sup> échelon du grade de psychologue de « classe normale » à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2012, lui a été adressée.

Si une telle proposition du centre hospitalier ne peut qu'être saluée, il n'en demeure pas moins qu'elle ne permet pas de réparer l'intégralité des préjudices subis par Mme A. En effet, elle n'apparaît pas suffisante pour la replacer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si la décision contestée qui présente un caractère discriminatoire en raison de son état de santé n'était pas intervenue.

## **II. La discrimination en raison de l'état de santé de la réclamante :**

L'article 5-5° de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que, « *nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : (...) S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap* ».

Son article 6, également applicable aux agents non-titulaires de droit public, dispose qu'« *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) de leur état de santé (...). / Toutefois des distinctions peuvent être faites afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions* ».

L'article 20 du décret n°86-442, susmentionné, du 14 mars 1986 prévoit que « *nul ne peut être nommé à un emploi public s'il ne produit à l'administration, à la date fixée par elle, un certificat médical délivré par un médecin généraliste agréé constatant que l'intéressé n'est atteint d'aucune maladie ou infirmité ou que les maladies ou infirmités constatées et qui doivent être indiquées au dossier médical de l'intéressé ne sont pas incompatibles avec l'exercice des fonctions postulées. / Au cas où le praticien de médecine générale a conclu à l'opportunité d'un examen complémentaire, l'intéressé est soumis à l'examen d'un médecin spécialiste agréé. / Dans tous les cas l'administration peut faire procéder à une contre-visite par un médecin spécialiste agréé en vue d'établir si l'état de santé de l'intéressé est bien compatible avec l'exercice des fonctions qu'il postule. ».*

Ainsi, l'avis émis par le médecin agréé dans ce cadre n'est pas un avis conforme et ne lie pas l'administration.

En outre, le décret n° 91-129 du 31 janvier 1991 portant statut particulier des psychologues de la fonction publique hospitalière ne pose aucune condition d'aptitude physique particulière pour accéder à ce corps.

Par suite, conformément à l'article 20 du décret n° 86-442, seul le caractère « *incompatible avec l'exercice des fonctions postulées* » de la maladie, d'un candidat à des fonctions de psychologue clinicien, peut lui être opposé en vue de refuser de le titulariser dans de telles fonctions.

Par ailleurs, la jurisprudence relative à l'aptitude physique a évolué et a remis notamment en question l'exclusion des personnes atteintes d'une maladie évolutive pouvant donner lieu à congé de longue maladie. En effet, conformément aux observations de l'ex-Halde (délibération du 24 mai 2007, n°2007-135), le Conseil d'Etat a considéré, que « *l'appréciation des conditions d'aptitude physique particulières pour l'admission dans des corps de fonctionnaires ne peut porter que sur la capacité de chaque candidat, estimée au moment de l'admission, à exercer les fonctions auxquelles ces corps donnent accès ; que si l'appréciation de l'aptitude physique à exercer ces fonctions (en l'espèce surveillant pénitentiaire) peut prendre en compte les conséquences sur cette aptitude de l'évolution prévisible d'une affection déclarée, elle doit aussi tenir compte de l'existence de traitements permettant de guérir l'affection ou de bloquer son évolution* » (CE, 6 juin 2008, n° 299943).

Cette jurisprudence peut être étendue à l'ensemble du secteur public et notamment aux psychologues hospitaliers.

Aussi, par un jugement du 30 décembre 2009 (n° 0707 482-0802292), rendu après la présentation d'observations par l'ex-Halde (délibération n° 2008-216 du 29 septembre 2008), le tribunal administratif de Lyon a notamment considéré, que « *le diabète insulino-dépendant que présentait Melle X lorsqu'elle a présenté sa candidature pour l'accès au grade d'adjoint administratif de la police nationale, ne constituait à pas un obstacle à l'exercice, à cette date, des fonctions correspondantes (...), alors, en outre, que des traitements appropriés à ce type de diabète permettent dans le cadre d'une prise en charge totalement autonome par le patient, de bloquer durablement l'évolution de la maladie* ».

De même, conformément aux observations du Défenseur des droits (décision n° MLD-2012-78), par un jugement du 23 octobre 2012 (n° 1000346), le tribunal administratif d'Orléans a considéré, qu' « *en fondant sa décision sur la seule circonstance que M. H présentait une sclérose en plaques sans rechercher s'il était ou non apte à l'exercice des fonctions de sous-officier de carrière ou sans rechercher si son affection était entrée dans une phase évolutive* », le Ministre de la défense a commis une erreur de droit.

Il résulte de tous ces éléments, que l'appréciation des conditions d'aptitude des candidats à des emplois publics doit se faire :

- au vu de la capacité de chaque candidat au moment de l'admission,
- *in concreto* au regard des fonctions auxquelles le candidat est destiné,
- 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'espèce, au moment de l'examen de son admission dans le corps, le médecin agréé a déclaré la réclamante apte à la fonction de psychologue. Ainsi, sa maladie a été considérée compatible avec la fonction postulée, mais le médecin agréé a indiqué qu'elle ne lui permettait pas d'être titularisée, sans précision complémentaire.

Toutefois, aucun élément du dossier ne permettait de considérer, qu'à la date de l'avis du médecin agréé du 18 novembre 2005, la maladie dont souffrait la réclamante était entrée dans une phase évolutive présentant des contre-indications s'opposant à sa titularisation (par exemple : absence d'existence de traitements permettant de bloquer son évolution...).

Or, comme cela a été rappelé, Mme A, a pu exercer ses fonctions de psychologue au sein du centre hospitalier, pendant de nombreuses années, sans que sa pathologie, n'ait posé de difficultés dans l'exercice de ses attributions.

C'est ainsi, notamment, que le 5 janvier 2006, après le refus de la titulariser, un nouveau contrat a été proposé à la réclamante afin de la maintenir dans ses fonctions.

Il n'en demeure pas moins que la décision du Directeur du centre hospitalier, du 31 décembre 2005, mettant un terme au stage de Mme A, est fondée sur l'avis du médecin agréé qui ne le liait pas, alors au surplus que le centre hospitalier aurait pu faire procéder à une contre-expertise médicale.

Dès lors, la réclamante n'a pas été titularisée dans le corps de psychologues du seul fait de sa maladie, sans que son aptitude réelle à exercer les fonctions postulées n'ait été prise en compte, ce qui n'est pas conforme aux textes et à la jurisprudence précités.

Enfin, le seul élément tiré de ce que, la réclamante pourrait à nouveau présenter sa candidature au concours de psychologue, que l'administration envisagerait d'ouvrir en 2013, ne permet pas de considérer que l'intéressée n'a pas été victime d'une discrimination concernant le concours de 2005.

Il résulte de tout ce qui précède, que l'administration n'apporte aucun élément objectif permettant de considérer que la décision de fin de stage portant refus de titularisation de Mme A repose sur des éléments objectifs, conformément au dispositif adapté de la charge de la preuve applicable lorsque le moyen tiré de la discrimination est soulevé (article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; CE, 30 octobre 2009, Mme Perreux, n° 298348).

Par suite, la décision contestée présente un caractère discriminatoire à raison de l'état de santé de Mme A, en méconnaissance de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Or, conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif tel une discrimination a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis (par exemple, Cass. Soc, 23 novembre 2005, n° 03-40 826 ; CE, 11 juillet 2011, n°321225) permettant de la replacer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le comportement dommageable n'était pas intervenu.

En l'espèce, l'absence de titularisation de la réclamante a entravé le déroulement normal de sa carrière, dès lors qu'en qualité de contractuelle le grade de psychologue « hors classe » ne lui est pas accessible. La réclamante a ainsi été privée d'une chance sérieuse d'accéder à ce grade.

Il s'en suit une perte financière, tant en termes de rémunération, que de droits à pension qui auraient été calculés sur une rémunération supérieure si elle avait été titularisée et nommée au grade de psychologue « hors classe ».

Par suite, la réclamante a subi un préjudice matériel et un préjudice moral résultant notamment de ce qu'elle s'est vu opposer une pathologie qui bien que ne la rendant pas inapte a conduit, en tant que telle, à l'exclure d'un emploi pour lequel elle avait pourtant pleinement donné satisfaction en qualité de contractuelle.

De tels préjudices doivent donner lieu à une réparation intégrale, et il appartient au centre hospitalier de se rapprocher de Mme A, pour qu'ensemble, ils procèdent à leur évaluation.