

Délibération n° 2011-115 du 18 avril 2011

Refus d'embauche discriminatoire en lien avec l'état de santé

Etat de santé – Emploi - Emploi public – Refus d'embauche – Recommandations.

La réclamante est embauchée depuis 2005 par le biais de plusieurs CDD en qualité d'agent non titulaire des services hospitaliers. Suite à la connaissance par l'employeur de sa maladie en août 2009, il ne fera plus appel à ses services et notamment ne l'embauchera pas en CDD en février 2010. L'employeur ne démontre pas, dans le cadre de l'enquête de la haute autorité, que ce refus d'embauche repose sur des éléments objectifs étrangers à sa maladie. La réclamante a donc fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en lien avec son état de santé. Le collège de la haute autorité recommande au mis en cause de se rapprocher de la réclamante afin d'examiner les conditions d'une juste réparation du préjudice subi et de l'en tenir informé dans un délai de trois mois. A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, et si la réclamante engage une action judiciaire en réparation de son préjudice, le Collège de la haute autorité décide de présenter ses observations devant la juridiction saisie conformément à l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Le Collège :

Vu la Constitution et son préambule ;

Vu les articles 9-1 alinéa 1 et 10 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Vu l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu l'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 ;

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, et notamment son article 13 ;

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président

Décide :

La haute autorité a été saisie d'une réclamation de Madame X le 30 juin 2010 qui estime avoir été victime d'un refus d'embauche en contrat à durée déterminée en raison de son état de santé.

Madame X a été employée par l'EHPAD « Z » par le biais de plusieurs CDD en qualité d'agent non titulaire des services hospitaliers du 10/10/2005 au 28/09/2006, du 01/11/2006 au 30/09/2007, du 01/11/2007 au 31/10/2008 puis du 16/02/2009 au 31/07/2009.

Le motif de recours de ces différents contrats à durée déterminée était le remplacement du personnel en congés maladie, conformément aux articles 9-1 alinéa 1 et 10 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Le 13 juillet 2009, Madame X est hospitalisée et est en arrêt maladie jusqu'en octobre 2009.

En août 2009, le docteur C qui suit Madame X prend contact avec l'EHPAD pour l'informer que la réclamante est atteinte d'une tuberculose intestinale en lui précisant bien que cette dernière est indemne de toute pathologie contagieuse.

Par la suite, une offre d'emploi en date du 26/02/2010, pour un poste d'agent des services hospitaliers, est publiée sur le site internet de Pôle Emploi sous la référence N°500468Z. Madame X postule.

Le 4 mars 2010, l'EHPAD rejette sa candidature au motif d'une absence de poste vacant.

Toutefois, le 18 mars 2010, l'annonce n°500468Z est toujours présente sur le site de Pôle Emploi.

Le 31 mars 2010, Madame X dénonce la situation auprès de l'EHPAD en faisant le lien entre le refus d'embauche en CDD et son hospitalisation du 13 juillet 2009.

Le 27 avril 2010, l'EHPAD indique qu'une personne a été retenue remplissant des critères précis de diplôme, de formation et d'expérience. L'EHPAD précise également que Madame X n'a pas été retenue pour des motifs d'organisation et de protocoles non suivis.

Le 23 juin 2010, Madame X répond à ce courrier en contestant les motifs avancés au titre de son refus d'embauche.

Le 26 juillet 2010, l'EHPAD maintient les termes de son courrier du 27 avril 2010, sans plus de précision.

Il ressort de l'enquête de la haute autorité que Madame X a travaillé pour l'EHPAD pour une durée totale de plus de 4 ans et demi par le biais de divers CDD entrecoupés d'interruptions de travail n'excédant pas deux mois, et ce depuis 2005.

La chronologie des événements laisse à penser que c'est à compter de la connaissance par son employeur de sa maladie en août 2009, suite à l'appel du docteur C, que l'EHPAD a décidé de ne pas l'embaucher en CDD en février 2010.

Le mis en cause soutient ne jamais avoir eu connaissance de la maladie de Madame X, ce qui est contredit par l'attestation du médecin hospitalier traitant.

L'EHPAD conteste avoir discriminé Madame X en raison de son état de santé en précisant qu'elle avait eu des arrêts maladie les années précédentes (2006 à 2008) et qu'il avait continué à faire appel à elle.

La haute autorité constate que c'est à compter de sa connaissance de la maladie de Madame X, tuberculose intestinale, que l'EHPAD n'a plus embauché la réclamante, non à compter de ses arrêts maladie.

Or, l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pose un principe général de non-discrimination, directe ou indirecte, à l'égard des fonctionnaires et des agents non titulaires en raison, notamment, de leur état de santé.

De plus, l'article VI de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 précise que : *« Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents. »*

La réclamante présentant des éléments de fait précis et concordants laissant présumer une mesure discriminatoire à son encontre, l'EHPAD doit démontrer qu'il s'est fondé sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination pour ne pas l'embaucher, conformément aux dispositions de l'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, étendu aux fonctionnaires et aux agents publics non titulaires.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser les modalités d'administration de la preuve dans le cas où il est allégué qu'une décision est empreinte de discrimination.

Dans ses arrêts (CE, Ass., 30 octobre 2009, n°298348) et (CE, Ass., 7 juillet 2010, n°322636), le Conseil d'Etat a jugé que *« s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. »*

En l'espèce, l'EHPAD ne produit pas suffisamment d'éléments probants permettant d'écarter le caractère discriminatoire du refus d'embauche de Madame X.

L'EHPAD se contredit en effet dans les motifs avancés pour refuser d'embaucher la réclamante.

Par courrier du 4 mars 2010, il répond qu'il n'y a aucun poste vacant d'agent des services hospitaliers. Or, le 18 mars 2010, l'offre d'emploi n°500468Z est toujours présente sur le site internet de Pôle Emploi.

Ce n'est que suite à la réponse de Madame X du 31 mars 2010, s'étonnant de la réponse apportée par l'EHPAD, que le mis en cause précise que : *« des critères précis ont permis de retenir une personne (diplôme, formation, expérience...) »*

Cependant, dans sa réponse apportée à la haute autorité, le mis en cause précise simplement que sur six candidatures reçues pour le poste, le choix s'est porté sur un agent, Monsieur Y,

dont le contrat s'est terminé le 30 novembre 2009, sans plus de précisions d'expérience, de formation ou de diplômes sur ce candidat.

Le seul élément communiqué par le mis en cause est un document du 9 mars 2011, signé par les cadres de santé de l'EHPAD précisant que pendant ses contrats de 2007 à 2008, Monsieur Y a bien rempli sa mission.

Aucun élément objectif démontrant que le choix de ce candidat prévalait sur celui de Madame X n'est versé au débat.

L'EHPAD «Z» affirme qu'il n'a pas embauché Madame X en raison de problèmes d'organisation et de protocole non suivis, de manière de servir qui ne correspondaient plus aux exigences de mission de service public.

Afin de justifier l'insuffisance professionnelle alléguée, l'EHPAD communique un détail des prestations professionnelles de Madame X année par année (de 2005 à 2009).

Dans ce document, il est notamment précisé que la qualité de la prestation de travail de Madame X s'est dégradée au fil des années pour atteindre un niveau insuffisant en 2009.

Ce document unilatéral émanant de l'employeur n'est corroboré par aucun autre élément objectif matériellement vérifiable susceptible de vérification (attestations, relevés d'activités journaliers, ...) et ne saurait démontrer l'insuffisance professionnelle alléguée puisqu'il s'agit d'un document datant du 9 mars 2011, soit plusieurs années après les faits, non contresigné par la réclamante et émanant de ses supérieurs hiérarchiques directs.

Il résulte de tout ce qui précède que l'EHPAD «Z» n'établit pas que le refus d'embauche de Madame X repose sur des éléments étrangers à toute discrimination.

En conséquence, le Collège :

- Constate que Madame X a fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en lien avec son état de santé ;
- Recommande à l'EHPAD de se rapprocher de la réclamante afin d'examiner les conditions d'une juste réparation du préjudice subi et de l'en tenir informée dans un délai de trois mois ;
- A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, et si Madame X engage une action judiciaire en réparation de son préjudice, le Collège de la haute autorité décide de présenter ses observations devant la juridiction saisie conformément à l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Le Président

Eric MOLINIÉ