

Paris, le 2 mai 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-150

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 Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ;

Vu la directive n°2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

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

Vu la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ;

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

Vu le décret n°2003-532 du 18 juin 2003 relatif à l'établissement et à l'utilisation des listes complémentaires d'admission aux concours d'accès aux corps de la fonction publique de l'Etat ;

Saisi par Madame X d'une réclamation portant sur la perte du bénéfice du concours interne commun de secrétaire administratif au titre de l'année 2015 qu'elle estime discriminatoire car son handicap n'aurait pas été pris en compte lors de l'examen des possibilités d'affectation et qu'aucune mesure appropriée n'a été recherchée par le rectorat pour l'affecter sur un poste vacant compatible avec son handicap,

Décide de présenter les observations ci-après devant le tribunal administratif de Z et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Z

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, gestionnaire des examens professionnels au sein du rectorat de Z, d'une réclamation portant sur la perte du bénéfice du concours interne commun de secrétaire administratif au titre de l'année 2015.

Mme X souligne que les deux postes qui lui ont été proposés étaient incompatibles avec la nature de son handicap et que de ce fait elle a été contrainte de les refuser. Elle produit l'avis du médecin conseiller technique en date du 31 août 2015 qui atteste que les restrictions médicales rendent les postes proposés inadaptés. Elle estime que la décision du rectorat est discriminatoire à raison de son handicap.

Par courriers datés du 17 mai et 25 juillet 2016, le Défenseur des droits a diligencé une enquête auprès du rectorat de l'académie de Z qui y a répondu les 16 juin et 23 septembre 2016.

Au regard des réponses apportées et des pièces communiquées, le Défenseur des droits a estimé que la présomption de discrimination ne pouvait être écartée. Ainsi, dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve, il a demandé au recteur de l'académie de Z de présenter une argumentation de nature à démontrer que la situation de handicap de Mme X avait été prise en compte lors de l'examen des possibilités d'affectation et que toutes les mesures appropriées pour lui permettre d'accéder à l'emploi de secrétaire administratif avaient été recherchées compte tenu de l'obligation d'aménagement raisonnable qui pèse sur tout employeur public.

Le recteur de l'académie de Z a transmis ses observations complémentaires, le 31 mars 2017.

Au vu de ces derniers échanges, le Défenseur des droits décide de présenter des observations devant le tribunal administratif de Z saisi de la requête en excès de pouvoir par laquelle Mme X demande l'annulation de la décision du recteur de l'académie de Z l'informant de la perte de bénéfice du concours interne commun de secrétaire administratif 2015.

FAITS ET PROCEDURE

Madame X, adjoint administratif de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, exerce des fonctions de gestionnaire des examens professionnels au sein du rectorat de Z depuis le 1^{er} septembre 2014. Elle a été reconnue travailleur handicapé, par décision de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, le 16 mai 2013 pour une durée de cinq ans.

En juin 2015, elle a passé le concours interne de secrétaire administratif de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur (SAENES) de classe normale et a été admise sur la liste complémentaire au 13^{ème} rang.

Le 28 août 2015, le rectorat a informé Mme X de son affectation au collège Y, à compter du 1^{er} septembre 2015.

Le 31 août 2015, la réclamante, qui réside à 125 km de Y, s'est rapprochée du rectorat pour l'informer que cette affectation n'était pas compatible avec son handicap ce qui était confirmé par son médecin traitant qui a indiqué dans une attestation datée du 28 août 2015 « *son état de santé est incompatible avec un poste nécessitant des trajets automobiles quotidiens prolongés* ». Le même jour, le rectorat lui a notifié une nouvelle affectation dans un collège situé à W, à environ 180 km de son domicile.

Toutefois, ce poste n'étant pas davantage compatible avec son handicap, Mme X explique avoir sollicité, le 31 août 2015, le médecin conseiller technique du rectorat qui, informé de ces deux affectations, a confirmé dans un courrier daté du même jour, à l'attention du chef de la division des personnels administratifs, techniques et d'encadrement que, compte tenu de ses capacités réduites¹ : « *une affectation plus compatible avec son handicap est médicalement justifiée, possibilité de retour quotidien au domicile adapté à ses difficultés, aide d'une tierce personne, trajets limités à 45 minutes² ».*

Le 7 septembre 2015, Mme X a sollicité dans un courrier adressé au rectorat une révision de son affectation en expliquant les raisons médicales pour lesquelles il lui était impossible d'accepter les deux postes proposés. Ainsi, Mme X a souligné « *je ne peux physiquement conduire plus de 45 minutes/1heure grand maximum, j'ai des rendez-vous médicaux réguliers sur Z et les alentours, j'ai notamment deux ou trois séances de kinésithérapie par semaine, je suis suivie par un spécialiste de rééducation à l'hôpital, et j'ai interdiction de monter et de descendre les escaliers. Il faut donc que mon lieu de travail soit une structure bénéficiant d'aménagements conformes à la réglementation sur le handicap ».*

Néanmoins, par courrier du 9 septembre 2015, le rectorat a rejeté son recours gracieux au motif notamment « *compte tenu que vous avez refusé les postes proposés et de l'impossibilité de vous proposer un autre poste, je ne peux que vous confirmer que vous perdez le bénéfice du concours et vous encourager à vous présenter à la prochaine session du concours de secrétaire administratif. Selon le rectorat, la situation du handicap de Mme X avait bien été prise en considération « dans la limite des postes vacants pouvant être proposés ».*

Le 23 novembre 2015, le rectorat a réitéré sa position, en réponse à une lettre du conseil de Mme X datée du 27 octobre 2015.

Le tribunal administratif de Z est actuellement saisi de la procédure en annulation de la décision datée du 23 novembre 2015 par laquelle le recteur de l'académie de Z a informé Mme X de la perte du bénéfice du concours interne commun de secrétaire administratif au titre de la session 2015.

ANALYSE JURIDIQUE

L'analyse juridique repose ici sur un principe essentiel, à savoir le principe de non-discrimination fondé sur le handicap et son corollaire l'obligation d'aménagement raisonnable garanti, notamment, par la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, lorsque le moyen d'illégalité invoqué repose sur le caractère discriminatoire d'une décision, le Conseil d'Etat souligne de façon constante depuis 2009 qu'« *il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; 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*

¹ Selon le médecin, les contre-indications sont les suivantes « *descente et montée des escaliers contre indiquées (son logement actuel a été choisi en fonction de cet impératif : plain-pied), périmètre de marche de 300 mètres avec repos assis indispensable, pas de station debout prolongée de plus de 15 minutes, port de charges contre-indiquées ».*

² Mme X réside à V. Les postes proposés à Y puis à W sont situés respectivement à 1h58 et 2h06 de trajet de son domicile.

que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (CE Ass, 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n°298348).

Ainsi dès lors qu'une personne victime de discrimination a présenté des faits susceptibles d'en présumer l'existence, « *il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations).

Le principe de non-discrimination fondée sur le handicap et l'obligation d'aménagement raisonnable

➤ *Le cadre juridique*

Aux termes de l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), on entend par discrimination fondée sur le handicap « *toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres. La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ».*

Le principe de non-discrimination est également prohibé par la directive 2000/78 /CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette interdiction de toute forme de discrimination est également assortie d'une obligation d'aménagement raisonnable.

En droit interne, le principe de non-discrimination à l'égard des fonctionnaires et agents publics est posé par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui précise *qu'« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...), de leur handicap (...) »*. Il ressort également de l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations³.

Conformément à la directive 2000/78/CE, le principe de non-discrimination oblige également l'employeur à prendre toutes les mesures appropriées pour permettre à un agent handicapé d'accéder à un emploi dans des conditions équivalentes à celle d'un agent valide, sous réserve que la mise en œuvre de ces mesures ne constitue pas une charge disproportionnée.

Cette obligation est définie par l'article 6 sexies de la loi du 13 juillet 1983, complété par la loi du 7 octobre 2016 : « *Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des*

³ En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 : « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, (...) son handicap (...), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».*

travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Ces mesures incluent notamment l'aménagement de tous les outils numériques concourant à l'accomplissement de la mission des agents, notamment les logiciels métiers et de bureautique ainsi que les appareils mobiles. »

Dès lors que l'agent bénéficie du statut de travailleur handicapé, son employeur est ainsi tenu à **une obligation d'aménagement raisonnable**.

Le refus de procéder à des aménagements raisonnables pour permettre à un agent d'exercer son emploi peut être considéré comme une discrimination, dès lors que ces aménagements ne constituent pas une charge disproportionnée pour l'employeur.

Pour apprécier le caractère disproportionné ou non des charges qui pèsent sur un employeur, la directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail précise dans son considérant n° 21 qu' « *il convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'elles impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide* ».

Au surplus, tout employeur public étant tenu à une obligation de sécurité en matière de santé au travail, ce dernier doit nécessairement s'abstenir de prendre des décisions qui peuvent nuire à la santé de ses agents (article 23 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983).

Aussi, si tout fonctionnaire bénéficiant de la réussite à un concours est en principe tenu d'accepter l'emploi qui lui est proposé conformément à l'article 58 de de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, son refus s'il est justifié par des motifs médicaux ne saurait entraîner, de façon automatique, la perte du bénéfice du concours. Cet article dispose que « *Sous réserve de l'application des dispositions de l'article 60, son refus peut entraîner la radiation du tableau d'avancement ou, à défaut, de la liste de classement* ».

Or, l'article 60⁴ de la même loi vise précisément la situation de handicap. Le Conseil d'Etat annule les décisions portant notamment sur la radiation, le refus d'inscription à un tableau d'avancement lorsque l'administration ne s'est pas livrée à un examen de la situation personnelle du fonctionnaire au moment de son affectation. L'administration n'a donc aucune compétence liée et elle doit accomplir toutes les diligences nécessaires montrant qu'elle a examiné les possibilités d'affectation qui tiennent compte soit de la situation familiale, soit du handicap de l'agent (CE, 9 avril 2010, n°328922 et CE, 26 juin 1991, n°90755).

⁴ L'article 60 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat est libellé comme suit : « *Dans toute la mesure compatible avec le bon fonctionnement du service, les affectations prononcées doivent tenir compte des demandes formulées par les intéressés et de leur situation de famille. Priorité est donnée aux fonctionnaires séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles, aux fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité lorsqu'ils produisent la preuve qu'ils se soumettent à l'obligation d'imposition commune prévue par le code général des impôts, aux fonctionnaires handicapés relevant de l'une des catégories mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail et aux fonctionnaires qui exercent leurs fonctions, pendant une durée et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, dans un quartier urbain où se posent des problèmes sociaux et de sécurité particulièrement difficiles (...).*».

Enfin, le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions législatives [articles 5 et 6 sexies de la loi n°83-634] **imposent à l'autorité administrative de prendre les mesures appropriées, au cas par cas, pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service (CE, 14 novembre 2008, n°311312).**

- *Sur le respect de l'obligation d'aménagement raisonnable par le rectorat de l'académie de Z*

Il s'agit donc de s'assurer que le rectorat de Z, soumis au respect de l'ensemble des dispositions précitées et informé, en temps utile, par Mme X de son handicap⁵, a pris en compte sa situation de handicap lors de l'examen des possibilités d'affectation.

Il faut souligner que l'administration est tenue au respect de l'obligation d'aménagement raisonnable quelle que soit la voie de recrutement : concours de recrutement par voie normale ou réservée aux travailleurs handicapés.

Ainsi, le rectorat se devait de rechercher toutes les mesures appropriées pour permettre à Mme X l'accès à un poste de secrétaire administratif compatible avec son handicap. Le fait qu'il s'agissait d'un concours non réservé aux personnes handicapées, souligné par le rectorat dans son mémoire en réponse, est sans influence sur l'étendue de l'obligation d'aménagement raisonnable.

Seule la justification de charges disproportionnées peut, comme il a été rappelé plus avant, exonérer l'employeur de sa responsabilité.

En l'espèce, le rectorat indique dans sa réponse au Défenseur des droits qu'il a bien tenu compte du handicap de l'intéressée dès lors qu'il a proposé, le 31 août 2015, un second poste « *plus en rapport avec les besoins de suivis médicaux réguliers de l'intéressée* ».

Toutefois, le Défenseur des droits constate que ce second poste était situé à W et qu'il était donc distant d'environ 180 km du domicile de l'intéressée. Mme X aurait donc été contrainte d'effectuer des temps de trajets largement supérieurs à la limite fixée à 45 minutes pour un trajet par le médecin conseiller ainsi que d'exercer dans un établissement ne disposant pas d'ascenseur. Cette seconde proposition de poste examinée par le médecin conseiller du rectorat a d'ailleurs été considérée comme inadaptée au handicap de l'intéressée.

Dans ces conditions, il n'apparaît pas que le rectorat a pris en compte le handicap de la réclamante avant de lui proposer ces deux affectations. Dès lors, celles-ci étant incompatibles avec le handicap de la réclamante selon l'avis du médecin conseiller du rectorat, le refus de l'intéressée d'accepter ces deux propositions pour un motif médical ne pouvait entraîner la perte automatique du bénéfice du concours, ainsi que le rappelle l'article 58 de la loi n°84-16 précité.

Le rectorat de l'Académie de Z fait également valoir qu'il ne disposait pas d'autres postes vacants que ceux proposés à Mme X, à la date du 28 août 2015, et rappelle que conformément à l'article 20⁶

⁵ Mention figurant sur la fiche de vœu rempli par les candidats inscrits au concours

⁶ L'article 20 est libellé comme suit « *Chaque concours donne lieu à l'établissement d'une liste classant par ordre de mérite les candidats déclarés aptes par le jury. Ce jury établit, dans le même ordre, une liste complémentaire afin de permettre le remplacement des candidats inscrits sur la liste principale qui ne peuvent pas être nommés ou, éventuellement, de pourvoir des vacances d'emplois survenant dans l'intervalle de deux concours. Pour chaque concours, le nombre des postes qui peuvent être pourvus par la nomination de candidats inscrits sur la liste complémentaire ne peut excéder un pourcentage, fixé par décret, du nombre des postes offerts au concours. La validité de la liste complémentaire cesse automatiquement à la date du début des épreuves du concours suivant et, au plus tard, deux ans après la date d'établissement de la liste complémentaire. Les nominations sont prononcées dans l'ordre d'inscription sur la liste principale, puis dans l'ordre d'inscription sur la liste complémentaire. S'il apparaît, au moment de la vérification des conditions requises pour concourir, laquelle doit intervenir au plus tard à la date de la nomination, qu'un ou plusieurs candidats déclarés aptes par le jury ne*

de loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, les nominations sont prononcées dans l'ordre d'inscription sur la liste complémentaire au fur et à mesure des besoins sur les postes vacants, au moment de la nomination.

Ainsi, le rectorat soutient qu'il a proposé les deux postes refusés par Mme X aux lauréats suivants inscrits sur la liste complémentaire. L'examen de cette liste confirme que les deux postes refusés par Mme X ont bien été proposés aux deux lauréats classés immédiatement après Mme X, soit aux rangs n°14 et 15 et que ces derniers les ont refusés. Or, alors que ces postes étaient vacants, le Défenseur des droits constate qu'ils n'ont pas été proposés aux candidats suivants classés entre le rang n°16 et le rang n°20. Aucune explication n'a été donnée par le rectorat pour justifier que ces deux postes n'ont pas été proposés aux lauréats dans l'ordre d'inscription de la liste complémentaire alors que ces postes étaient vacants et ont été proposés aux candidats classés à partir du rang n°21. Ainsi, les candidats classés à partir du rang n°16 au rang n°20 ont été affectés sur d'autres postes, notamment au sein de l'université de Z et des ministères sociaux sans que cette différence de traitement soit justifiée par le rectorat.

Interrogé sur la raison pour laquelle les postes au sein de l'université de Z n'ont pas été proposés à Mme X, le rectorat explique: « *Pour les nominations dans les universités, compte tenu des prérogatives qui sont attribuées aux présidents des universités dotées des responsabilités et compétences élargies, il est procédé, avant le début des opérations de nomination des lauréats aux concours, au recueil des avis des présidents d'universités sur les nominations éventuelles de lauréats de concours dans leurs structures. Seuls les lauréats n'ayant pas un avis défavorable émis par le président d'université peuvent être nommés au sein de l'université considérée et ce, en respectant l'ordre de classement des candidats. Mme X ayant un avis défavorable émis par le président de l'université de Z, il n'a pu lui être proposé un poste au sein de cette université. En effet, seuls 5 candidats sur 27 inscrits sur la liste complémentaire ont eu un avis favorable émis par le président de l'université de Z* ».

Il en résulte que deux lauréats, pourtant moins bien classés au concours que Mme X, ont pu obtenir une affectation sur l'université de Z sur des postes qui étaient vacants au moment de l'examen de la situation de Mme X. De fait, ainsi que l'indique le Rectorat, le président de l'université avait émis un avis favorable sur leur candidature avant même le début des opérations de nomination.

Compte tenu des dispositions de l'article 20 de la loi n°84-16 précitée, le Défenseur des droits a invité le rectorat à présenter des explications sur la régularité de la procédure visant à réserver des postes à certains candidats sans considération du classement établi par le jury qui inscrit les lauréats par ordre décroissant de mérite. Le rectorat de l'académie de Z souligne qu'il s'agit d'une « *procédure spécifique définie au niveau académique dans le cadre d'une concertation entre le recteur et les présidents des universités* » sans toutefois en préciser le fondement légal.

Enfin, s'agissant des postes affectés au sein des ministères sociaux, le rectorat a transmis un courriel au Défenseur des droits qui révèle que la candidate classée 25^{ème} ne s'est pas vue proposer le poste refusé par la candidate classée 25^{ème} ex aequo mais un poste « *qui sera libéré par Mme (...)* ». Cet exemple illustre, une nouvelle fois, la marge d'appréciation du rectorat dans l'examen des propositions d'affectations aux candidats lauréats.

Il en résulte que le rectorat de l'académie de Z ne démontre pas qu'il n'existait pas de postes vacants, ou susceptibles de l'être, pouvant être proposés à l'intéressée.

Enfin, le rectorat de l'académie de Z ne démontre pas davantage avoir pris toutes les mesures appropriées pour permettre à l'intéressée d'accéder à un emploi de secrétaire administratif alors qu'il s'agit d'une obligation pour toute administration au regard du dispositif juridique. Ainsi, aucun élément

réunissaient pas lesdites conditions, il peut être fait appel, le cas échéant, aux candidats figurant sur la liste complémentaire. »

du dossier ne permet de constater que le rectorat a engagé des démarches auprès des administrations pour rechercher s'il existait des postes vacants ou susceptibles « d'être libérés » compatibles avec le handicap de Mme X et aucune charge disproportionnée n'est invoquée par le rectorat pour justifier que ces recherches étaient impossibles à réaliser.

Par suite, le Défenseur des droits estime que le rectorat de l'académie de Z a méconnu l'obligation d'aménagement raisonnable qui lui imposait de prendre en compte le handicap de l'intéressée lors de l'examen des possibilités d'affectation.

➤ *Sur la décision de perte du bénéfice du concours prise par le rectorat de l'académie de Z*

A titre liminaire, le Défenseur des droits rappelle que l'inscription d'un candidat sur la liste complémentaire d'un concours constitue une décision créatrice de droits.

Sur la forme, le Défenseur des droits relève que le rectorat n'a pas informé Mme X de la décision qu'il envisageait de prendre après qu'elle ait refusé les postes. Par suite, pour le Défenseur des droits, Mme X n'a pas bénéficié d'un délai suffisant pour présenter des observations écrites (CE, 29 septembre 2004, n°249543 et CE 15, juin 2005, n°259743).

Sur le fond, le Défenseur des droits rappelle que la décision de perte de bénéfice du concours ne peut être une conséquence automatique du refus d'un poste ainsi que le précise l'article 58 de la loi n°84-16 précité. De plus, décider qu'un refus de poste entraîne *de facto* la perte de bénéfice du concours pourrait sembler une décision neutre du fait qu'elle s'applique à tous les lauréats. Néanmoins, le Défenseur des droits considère qu'une telle règle est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 1er de loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Selon cet article « (...) Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

De fait, les lauréats handicapés sont davantage exposés aux restrictions médicales et donc au risque d'être contraints de refuser un poste pour des motifs médicaux. La perte automatique sans prise en considération du motif pour lequel ces lauréats sont amenés à décliner un poste entraîne donc un désavantage particulier pour les lauréats handicapés par rapport aux lauréats valides ce qui est susceptible de constituer une discrimination indirecte.

Par conséquent, sauf à ce que le rectorat démontre que la règle de perte automatique est justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés, le Défenseur des droits estime que la décision signifiant à Mme X la perte de bénéfice de son concours n'apparaît ni nécessaire, ni proportionnée.

En l'état des éléments recueillis, le Défenseur des droits estime que Mme X a subi un traitement défavorable en raison de son handicap constitutif d'une discrimination au sens de l'article 6, 6 sexes de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 et de l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du Tribunal administratif de Montpellier.

Jacques TOUBON