

Paris, le 23 novembre 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-283

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° 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 dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

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

Saisi par Mme X d'une réclamation relative aux rejets par le ministère F, par deux fois, de sa candidature au poste G, qui estime que ces décisions sont liées à son handicap et à son lieu de résidence et présenteraient, à ce titre, un caractère discriminatoire ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe :

- de recommander à la Ministre F d'indemniser les préjudices matériels et moraux subis par Mme X, après que cette dernière lui ait adressé une demande indemnitaire préalable ;

- de recommander à la Ministre F d'adresser une note de service aux membres des commissions de sélection des candidats et à tout autre organisme ou service chargé de donner un avis sur les candidatures pour des postes ouverts au recrutement dans les corps placés sous son autorité notamment G, en leur rappelant les dispositions sur la lutte contre les discriminations dans l'emploi issues 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 ;

- Le Défenseur demande également à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

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

Le Défenseur des droits a été saisi par Mme X d'une réclamation relative aux rejets par le ministère F, par deux fois, en 2013 et 2014, de ses candidatures au poste G. L'intéressée estime que ces décisions sont liées à son handicap et à son lieu de résidence et présenteraient, à ce titre, un caractère discriminatoire.

▪ **Rappel des faits et de la procédure :**

La réclamante s'est portée candidate au poste de greffière des services judiciaires, au titre des années 2013 et 2014, par la voie contractuelle réservée aux travailleurs handicapés, en application de l'article 27-II de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat modifiée par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005.

Mme X indique d'abord avoir été auditionnée le 17 juin 2013 au tribunal d'instance de Y par l'association « Z » chargée par le ministère F d'évaluer la compatibilité du handicap des candidats avec le poste G. A l'issue de cette audition, seuls les candidats jugés aptes physiquement à l'exercice de la fonction G sont retenus et convoqués devant la commission de sélection de la cour d'appel.

Ensuite, elle a été sélectionnée et auditionnée le 1^{er} juillet 2013 devant la commission de sélection de la cour d'appel de W pour passer un entretien de motivation et de mise en situation professionnelle.

Enfin, elle précise avoir été informée par courriel daté du 2 juillet 2013 par Mme A la responsable de la commission de sélection de la cour d'appel de W que la commission l'avait classée au premier rang pour occuper le poste de greffière et lui a demandé d'une part de confirmer par courriel son acceptation de poste et d'autre part d'envoyer certains documents administratifs relatifs à son recrutement.

Mme X a à la fois confirmé son acceptation de poste par courriel et envoyé tous les documents nécessaires au traitement de son dossier de recrutement (certificat médical d'aptitude délivré par un médecin agréé par l'administration et réquisitionné par la cour d'appel, copie de sa carte vitale) dans le respect du délai indiqué. Son dossier a ensuite été envoyé aux services judiciaires du ministère de la F pour validation conformément à l'article 3-1 du décret du 25 août 1995 modifié relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique pris pour l'application de l'article 27 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

Le 11 juillet 2013, la direction des services judiciaires a informé Mme X du rejet de sa candidature sans en indiquer les raisons.

Sa candidature a, de nouveau, été rejetée en juin 2014, son dossier n'ayant pas été retenu, suivant la même procédure, à l'issue de son examen par la commission de sélection.

La réclamante, considérant que les rejets de ses candidatures par la direction des services judiciaires étaient discriminatoires a saisi le Défenseur des droits.

Par courriers des 25 juin et 12 août 2015, le Défenseur des droits a sollicité auprès de la direction des services judiciaires du ministère F des éléments d'informations lui permettant de procéder à l'examen de la réclamation de Mme X.

En réponse, le directeur des services judiciaires a fait valoir que les rejets des candidatures de la réclamante étaient justifiés par le fait qu'elle n'était pas domiciliée à Y mais à B dans le ressort de la cour d'appel de C. Cela ressort expressément de ses explications pour le rejet de 2013 et implicitement pour le rejet de 2014.

Par courrier du 2 mars 2016, le Défenseur des droits a adressé une note récapitulant les faits reprochés au ministère F.

Dans un courrier du 24 mars 2016, le ministère F a ajouté que c'est, certes, un candidat domicilié dans un département relevant du ressort de la cour d'appel de W qui a été retenu, mais que ce choix ne reposait pas exclusivement sur le critère du lieu de résidence qui devait être considéré comme secondaire dans l'appréciation des candidatures d'abord examinées au regard de la compétence.

▪ **Analyse juridique :**

- Sur la procédure de recrutement des greffiers par la voie contractuelle spécifique ouverte aux personnes handicapées :

En vertu de l'alinéa II de l'article 27 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat modifiée par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 précitée, « *les personnes mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 10°, 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail peuvent être recrutées en qualité d'agent contractuel dans les emplois de catégorie A, B et C pendant une période correspondant à la durée de stage prévue par le statut particulier du corps dans lequel elles ont vocation à être titularisées. Le contrat est renouvelable, pour une durée qui ne peut excéder la durée initiale du contrat. A l'issue de cette période, les intéressés sont titularisés sous réserve qu'ils remplissent les conditions d'aptitude pour l'exercice de la fonction ...* ».

Invité à préciser les modalités d'intervention de l'association Z dans la procédure de recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique, le directeur des services judiciaires a, par courrier daté du 9 septembre 2015, expliqué le rôle de cette association en ces termes : « *l'association « Z » procède, dans un premier temps, à un entretien téléphonique avec chacun des candidats puis, dans un second temps, elle se déplace sur chacune des cours d'appel concernées pour s'entretenir physiquement avec les intéressés. A l'issue de cette phase, l'association effectue une présentation détaillée de l'ensemble des candidats aux responsables chargés de la gestion des ressources humaines. Les membres des commissions sélectionnent les candidats les plus aptes aux fonctions qui leur seront dévolues* ».

Par ailleurs, il a été souligné qu'« *en aucun cas, la mission de cette association n'est de se substituer à la cour d'appel dans le cadre de la sélection des candidats. L'objectif de cette association est d'apporter son expertise, la décision appartenant in fine à la commission de sélection* ».

En l'espèce, il peut être relevé que la réclamante remplissait les conditions d'aptitude pour exercer la fonction de greffière puisqu'à l'issue de l'entretien physique avec cette association, elle a été sélectionnée et auditionnée le 1^{er} juillet 2013 devant la commission de sélection de la cour d'appel de W pour passer un entretien de motivation et de mise en situation professionnelle.

De même, il ressort de l'analyse d'un courriel en date du 2 juillet 2013 que Mme A, la responsable de la gestion des ressources humaines de la cour d'appel de W, a informé Mme X que la commission de sélection avait retenu sa candidature au premier rang pour le poste de greffière. A la suite de ce courriel, la réclamante a confirmé par écrit son acceptation de poste et envoyé les documents nécessaires au traitement administratif de son dossier de recrutement.

Au-delà, il convient d'examiner si les rejets des candidatures de l'intéressée l'ont été au regard de son lieu de résidence et de son handicap, critères discriminatoires prohibés par la loi.

- Sur la discrimination à raison du lieu de résidence et du handicap :

Aux termes des dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 susvisée : *« constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de (...) son lieu de résidence (...), de 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 (...) »*.

Aux termes des dispositions de l'article 2 du même texte, ce principe applicable en matière *« d'accès à l'emploi »* ne fait obstacle ni *« aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »* (article 2-2°), ni *« aux mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement »* (article 2-5° a).

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a considéré, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, *« que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure (discriminatoire) 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 »* (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348 ; CE, 7 juillet 2010, n° 322636 ; CE, 10 janvier 2011, n° 325268).

Un tel dispositif, proche de celui de l'aménagement de la charge de la preuve posé, notamment, à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la situation contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'espèce, le directeur des services judiciaires a expressément indiqué, par courrier du 9 septembre 2015 adressé au Défenseur des droits, que : *« 16 candidats ont été sélectionnés par la cour d'appel de W. Le candidat finalement retenu disposait d'un profil tout aussi intéressant que celui de Madame X. Il était de surcroît domicilié dans un département relevant du ressort de la cour d'appel de W alors que Madame X était domiciliée à B au sein du ressort de la cour d'appel de C. [...] la direction des services judiciaires est, dans le cadre de ce type de recrutement et dans toute la mesure du possible, particulièrement attentive à limiter l'éloignement géographique dans un souci d'assurer la meilleure adaptation au poste de travail »*.

Dans son courrier du 24 mars 2016, l'administration rappelle dans le même sens qu'elle s'est conformée au plan triennal HandiCap 2012-2014 qui préconise la mesure suivante : *« il est également important d'éviter d'éloigner la personne recrutée de son domicile, ce qui aurait pour effet d'augmenter les difficultés d'adaptation qu'elle pourra rencontrer. Il est*

indispensable que la personne recrutée n'ait à se soucier que de son adaptation au poste. En outre, l'expérience des autres ministères témoigne que plus le recrutement se fait à proximité du lieu de résidence des candidats handicapés, meilleur est son rendement ».

Il ressort clairement de ces explications qu'une condition touchant au lieu de résidence de Mme X lors de sa candidature lui a été opposée pour justifier des deux refus dont elle a fait l'objet.

Au regard de ces éléments, de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le lieu de résidence, introduite dans la loi du 27 mai 2008 par la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, il incombe à l'administration en cause d'établir que le rejet des candidatures de l'intéressée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Cette exigence, qui vise le domicile de l'intéressée au moment où elle a postulé et se distingue en cela de l'obligation de résidence imposée à certains agents publics dans le cadre de leurs fonctions, n'est dictée ni par la nature de l'activité G, ni par ses conditions d'exercice, aucun élément n'ayant été invoqué à cet égard par l'administration.

La condition de résidence dont il est question en l'espèce ne peut être assimilée à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, telle que prévue par les dispositions de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, susceptible de justifier une différence de traitement.

Les justifications apportées par la direction des services judiciaires tendent en revanche à souligner que le critère du lieu de résidence imposé à Mme X s'apparente « *aux mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement* ».

La condition appliquée aux recrutements par la voie contractuelle spécifique ouverte aux personnes handicapées viserait à « *limiter l'éloignement géographique dans un souci d'assurer la meilleure adaptation au poste de travail* ».

C'est la raison pour laquelle le candidat finalement retenu, qui selon les justifications apportées « *disposait d'un profil tout aussi intéressant que celui de Madame X* » lui aurait été préféré, étant « *de surcroît domicilié dans un département relevant du ressort de la cour d'appel de W alors que Madame X était domiciliée à B au sein du ressort de la cour d'appel de C* ».

A cet égard, il convient d'abord de relever que cette justification, qui renvoie au plan triennal HandiCap 2012-2014 et vise à permettre une meilleure adaptation des candidats en situation de handicap, impose néanmoins à ces derniers un critère de résidence au moment du dépôt de la candidature, distinct de l'obligation de résidence imposée à certains agents publics dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions.

Il apparaît ensuite que ce critère n'est ni mentionné dans le dossier de candidature, ni prévu par les textes régissant la procédure de recrutement des greffiers des services judiciaires au titre de l'article 27 de la loi du 11 janvier 1984.

Il ressort également des justifications apportées par la direction des services judiciaires que cette exigence d'une proximité entre la résidence du candidat et son lieu d'affectation, qui tend à écarter toute possibilité de mobilité, est interprétée par l'administration de manière restrictive, la proximité semblant attestée par la seule résidence dans le ressort d'une cour d'appel.

Au regard de ce critère supplémentaire, Mme X ne pouvait prétendre à aucun recrutement dans le ressort de la cour d'appel de W, alors même qu'elle remplissait les conditions

d'aptitude, que la commission de sélection avait retenu sa candidature au premier rang pour le poste de greffière, et qu'elle indique avoir toujours mis en avant, lors des entretiens tant avec l'association qu'avec la commission de sélection de la cour d'appel, sa mobilité et sa volonté d'emménager à proximité de son lieu de travail.

Dans son courrier du 24 mars 2016, l'administration tend à souligner que le critère du lieu de résidence serait secondaire et ne servirait en réalité qu'à départager les candidats d'abord sélectionnés sur leur compétence.

Il convient toutefois de rappeler qu'il suffit d'un motif discriminatoire pour que l'ensemble de la décision litigieuse soit contaminé et cela sans égard au fait de savoir si d'autres motifs non discriminatoires ont également pu être pris en considération (CEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, n° 43546/02)

Dans le même sens, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la discrimination est constituée, dès lors qu'il est établi que le critère discriminatoire a été un élément pris en compte, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision : il suffit que ce critère ait participé à la mesure d'exclusion (Cass. crim. 15 janvier 2008 n°07-82.380 ; Cass. crim. 14 juin 2000, n°99-81.108).

En définitive, les justifications apportées par le ministère F ne permettent pas d'établir que les décisions de rejet des candidatures de Mme X ont été fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Au vu de ces éléments, le Défenseur des droits estime qu'en dépit de l'objectif qui lui est assigné, le critère du lieu de résidence du candidat, imposé par le ministère F pour le recrutement des greffiers des services judiciaires au titre de l'article 27 de la loi du 11 janvier 1984 tel qu'il a été imposé à Mme X est constitutif d'une discrimination prohibée par la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Il considère également que telle qu'elle est appliquée, cette mesure apparemment neutre tirée de la meilleure adaptation professionnelle des personnes en situation de handicap, tend à imposer à ces dernières une condition supplémentaire de résidence au moment de la candidature tendant à écarter toute possibilité de mobilité ultérieure, et constitue à ce titre une discrimination indirecte fondée sur le handicap, prohibée par la loi précitée.

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, outre un préjudice matériel certain, les rejets des candidatures de Mme X lui ont également causé un préjudice moral. Ses préjudices doivent être intégralement réparés.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits décide :

- de recommander à la Ministre F d'indemniser les préjudices matériels et moraux subis par Mme X, après que cette dernière lui ait adressé une demande indemnitaire préalable ;

- de recommander à la Ministre F d'adresser une note de service aux membres des commissions de sélection des candidats et à tout autre organisme ou service chargé de

donner un avis sur les candidatures pour des postes ouverts au recrutement dans les corps placés sous son autorité notamment G, en leur rappelant les dispositions sur la lutte contre les discriminations à l'embauche issues 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 ;

Le Défenseur demande également à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON