

Paris, le 28 juillet 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-187

La Défenseure 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° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;

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 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 ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations ;

Saisie par Madame X qui estime avoir fait l'objet d'une discrimination fondée sur son état de santé ;

Décide de recommander à la Caisse des écoles de Y d'indemniser les préjudices subis par la réclamante, dès lors que celle-ci en aura fait la demande.

Demande à être tenue informée des suites données à cette recommandation dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON

**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 Madame X, adjointe administrative, dont la nomination par voie de détachement auprès de la caisse des écoles de Y (ci-après « la caisse des écoles ») a été retirée au motif que son recrutement présentait un caractère frauduleux. L'intéressée estime que cette décision revêt un caractère discriminatoire dès lors qu'il lui est reproché d'avoir dissimulé son placement en congé de maladie ordinaire au cours de la période précédant son recrutement.

FAITS ET PROCEDURE

Madame X, adjointe administrative au sein de la ville de Z, a été recrutée en qualité d'assistante comptable au sein du service « Alimentation » de la caisse des écoles de Y, par voie de détachement, à compter du 1^{er} octobre 2019 pour une durée d'un an, par un arrêté du 19 septembre 2019.

Elle a été placée en congé de maladie ordinaire dès le 2 octobre 2019.

Le lendemain, la caisse des écoles a interrogé le service des ressources humaines de la ville de Z sur les droits à congés de maladie de la réclamante, qui lui ont indiqué que cette dernière était en arrêt de travail du 2 mai au 29 août 2019, soit pendant la procédure de recrutement.

Par un courrier du 22 octobre 2019, la présidente de la caisse des écoles a informé Madame X que, par un arrêté du 17 octobre 2019, l'arrêté de détachement du 19 septembre 2019 a été retiré au motif que son recrutement a été réalisé de manière frauduleuse dès lors qu'elle a dissimulé le fait qu'elle était placée en congé de maladie ordinaire depuis le 2 mai 2019.

Par un courrier du même jour, la présidente de la caisse des écoles a informé la ville de Z de l'annulation rétroactive du recrutement de Madame X et de sa réintégration au sein de son administration d'origine à compter du 1^{er} octobre 2019.

Par courriers des 5 novembre 2019 et 10 janvier 2020, Madame X a sollicité le retrait de l'arrêté susmentionné du 17 octobre 2019.

En l'absence de réponse et s'estimant victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, Madame X a saisi le Défenseur des droits.

Les services du Défenseur des droits ont engagé une instruction auprès de la caisse des écoles. Celle-ci a transmis les informations sollicitées par courriers des 13 mars 2020, 8 juillet 2020 et 24 avril 2021.

ANALYSE JURIDIQUE

1. Sur le caractère discriminatoire du refus de recrutement fondé sur l'état de santé d'un candidat déclaré apte à l'exercice de la fonction postulée

Hormis le cas où un candidat à un emploi public a été déclaré inapte à l'exercice de la fonction postulée, son état de santé n'est pas au nombre des éléments sur le fondement desquels l'employeur public apprécie sa candidature.

En effet, aux termes de l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne remplit les

conditions de santé particulièrement exigées pour l'exercice de certaines fonctions relevant du corps ou du cadre d'emplois auquel il a accès.

En application de l'article 35 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le candidat à un emploi public se livre à un examen médical destiné à évaluer son aptitude à l'exercice de la fonction postulée.

Aussi, une candidature à un emploi public ne peut être écartée que si l'état de santé du candidat a été déclaré incompatible avec la fonction postulée au terme d'un examen médical.

Cet examen médical est réalisé dans les conditions prévues par l'article 28-2 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, qui prévoit la collecte des informations relatives à l'état de santé de l'agent, dans un dossier médical, par le médecin du travail, dans le respect des règles de confidentialité et du secret professionnel.

En revanche, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au candidat d'informer son futur employeur de son état de santé lors du recrutement.

En ce sens, la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) considère que la collecte des informations relatives à l'état de santé du salarié n'est pas conforme aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, sauf cas particuliers par la nature très spécifique du poste à pourvoir ou, le cas échéant, des règles en vigueur dans le pays étranger concerné par le poste (recommandation de la CNIL n° 02-017 du 21 mars 2002 relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement).

Par ailleurs, aux termes de l'article 6 de la loi n° 83-634 précitée : « *Aucune distinction, directe ou indirecte ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) leur état de santé (...)* ».

En outre, l'article 1^{er} 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 dispose : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement (...) de son état de santé (...), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans un situation comparable* ». Le deuxième de l'article 2 de cette loi précise que « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} est interdite en matière (...) d'accès à l'emploi* ».

Ainsi, si le candidat à un emploi public doit être physiquement apte à exercer la fonction postulée, l'employeur public ne peut écarter sa candidature en se fondant sur la circonstance qu'il se trouvait en congé de maladie à la date de son recrutement sans que cette décision revête un caractère discriminatoire.

En l'espèce, il ne ressort pas des pièces versées au dossier que Madame X aurait été reconnue inapte aux fonctions postulées au sein de la caisse des écoles.

Pour retirer l'arrêté du 19 septembre 2019 portant détachement de Madame X au sein de la caisse des écoles, cette dernière s'est fondée sur la seule circonstance que la réclamante a dissimulé le fait qu'elle était placée en congé de maladie ordinaire depuis le 2 mai 2019.

Dans ces conditions, les éléments versés par Madame X au soutien de sa réclamation permettent de présumer l'existence d'une discrimination prohibée par la loi.

2. Sur l'application du principe d'aménagement de la charge de la preuve

En vertu du principe d'aménagement de la charge de la preuve, il incombe à l'administration d'établir que sa décision est motivée par des considérations étrangères à un critère de discrimination prohibé par la loi.

En l'espèce, les motifs de l'arrêté du 17 octobre 2019 portant retrait de la décision de détachement de Madame X auprès de la caisse des écoles, à savoir la dissimulation par l'intéressée de son placement en congé de maladie ordinaire à la date de son entretien de recrutement, permettent de présumer l'existence d'une discrimination prohibée par la loi, raison pour laquelle une instruction contradictoire a été menée par les services du Défenseur des droits.

Dans le cadre de cette instruction, la caisse des écoles a fait valoir, d'une part, que, dès le 3 octobre 2019, Madame X aurait indiqué oralement vouloir mettre fin à son détachement pour réintégrer les services de la ville de Z.

Elle produit à cet égard le témoignage de Madame A, responsable du service « Alimentation » de la caisse des écoles de Y, qui indique que la réclamante l'aurait informée « *que les missions du poste pour lequel elle avait été recrutée ne lui convenaient pas et qu'elle ne souhaitait pas continuer à la caisse des écoles* ».

Cependant, la circonstance que Madame X ait souhaité mettre fin à son détachement, à la supposer établie, est sans incidence sur le caractère discriminatoire du refus de recrutement dès lors que les termes de l'arrêté du 17 octobre 2019 ne laissent planer aucun doute sur ses motifs. En effet, il y est clairement précisé que le retrait de l'arrêté du 19 septembre 2019 est motivé par la dissimulation par l'intéressée du fait qu'elle était placée en congé de maladie ordinaire depuis le 2 mai 2019 et non pas par son souhait de réintégrer son administration d'origine.

D'autre part, la caisse des écoles se prévaut des dispositions de l'article L. 241-2 du code des relations entre le public et l'administration, aux termes desquelles « *un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré* », pour justifier sa décision.

Toutefois, comme il a été dit précédemment, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au candidat à un emploi public d'informer son futur employeur sur son état de santé, ce qui n'est pas contesté par la caisse des écoles qui concède, dans son courrier en réponse reçu le 17 novembre 2020, qu'« *aucune obligation n'existe en la matière* ».

Par suite, en application du principe d'aménagement de la charge de la preuve applicable aux agents publics estimant avoir fait l'objet d'une discrimination prohibée par la loi, les éléments produits par la caisse des écoles ne permettent pas de lever la présomption de discrimination à l'égard de la réclamante.

Dans ces conditions, la Défenseure des droits considère que Madame X a fait l'objet d'une discrimination fondée sur son état de santé, en méconnaissance de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

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 2004, n° 03-40.826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225).

Dès lors, afin de remédier à cette situation et de rétablir la réclamante dans ses droits, la Défenseure des droits recommande à la caisse des écoles de Y d'indemniser les préjudices subis par Madame X, dès lors que celle-ci en aura fait la demande.

La Défenseure des droits demande également à être tenue informée des mesures prises pour tenir compte de sa recommandation dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON