



Paris, le 1^{er} juillet 2013

Décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-105

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative à une rupture de période d'essai par une collectivité en raison d'une inaptitude potentielle et hypothétique de la réclamante (recommandations)

Domaine de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations

Thèmes de la décision :

- domaine de discrimination : Emploi public
- sous-domaine : Recrutement
- critère de discrimination : Etat de santé

Synthèse :

Une réclamante auxiliaire de puériculture au sein d'une collectivité a saisi le Défenseur des droits de la décision mettant fin à sa période d'essai. Cette décision est fondée sur deux avis émis par des médecins agréés qui ne liaient pas l'administration. L'enquête diligentée permet, cependant, de considérer que la réclamante a été victime d'une discrimination en raison de son état de santé, en méconnaissance de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, également applicable aux agents non titulaires. En effet, aucun élément du dossier ne permet de considérer, qu'à la date des avis des médecins agréés, au demeurant contredits par plusieurs autres avis médicaux, que la maladie dont souffrait la réclamante était entrée dans une phase évolutive présentant des contre-indications s'opposant à son recrutement (par exemple : absence d'existence de traitements permettant de bloquer son évolution...). Dès lors, au-delà de sa capacité réelle à exercer les missions, l'intéressée n'a pas été recrutée, du seul fait de sa maladie considérée abstraitement. Par conséquent, le Défenseur des droits a décidé de recommander au Maire, à défaut d'un recrutement de la réclamante, de l'indemniser de l'intégralité des préjudices matériels et moraux subis



Paris, le 1^{er} juillet 2013

Décision du Défenseur des droits n° MLD/ 2013-105

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

Vu le décret n° 85-1229 du 20 novembre 1985 modifié relatif aux conditions générales de recrutement des agents de la fonction publique territoriale ;

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°92-865 du 28 août 1992 portant statut particulier du cadre d'emplois des auxiliaires de puériculture territoriaux ;

Vu le décret n° 93-398 du 18 mars 1993 modifié relatif aux conditions d'accès et aux modalités d'organisation des concours sur titres pour le recrutement des assistants territoriaux socio-éducatifs, des éducateurs territoriaux de jeunes enfants, des moniteurs-éducateurs territoriaux, des agents sociaux territoriaux, des agents territoriaux spécialisés des écoles maternelles, des puéricultrices territoriales, des infirmiers territoriaux, des rééducateurs territoriaux, des auxiliaires de puériculture territoriaux, des auxiliaires de soins territoriaux, et des assistants territoriaux médico-techniques ;

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

Saisi par Mme A, ancienne auxiliaire de puériculture en contrat à durée déterminée d'un an au sein de la mairie de A, d'une réclamation relative à la rupture de sa période d'essai, par décision du Maire du 6 janvier 2009, qu'elle estime liée à son état de santé.

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de formuler les recommandations suivantes au Maire de B :

- à défaut d'un recrutement de Mme A, l'indemniser de l'intégralité des préjudices matériels et moraux subis ;

- 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.

L'Adjointe du Défenseur des droits
Vice-présidente du collège chargé de la
lutte contre les discriminations et de la
promotion de l'égalité

Maryvonne LYAZID

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

I. Réclamation et instruction :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) a été saisie le 14 janvier 2009, d'une réclamation de Mme A, auxiliaire de puériculture non titulaire au sein de la mairie de B, relative à la rupture de sa période d'essai par une décision du Maire du 6 janvier 2009, qu'elle estime liée à son état de santé.

Depuis le 1er 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 le 13 octobre 2008, la réclamante a été recrutée en qualité d'auxiliaire de puériculture par la mairie de B par contrat à durée déterminée d'un an jusqu'au 12 octobre 2009, avec une période d'essai de 3 mois.

Durant sa période d'essai, et dans le cadre de la visite médicale d'embauche du 6 décembre 2008, le docteur C, médecin généraliste agréé a, le 12 décembre 2008, déclaré la réclamante « *inapte au poste, en attente de l'avis et de l'expertise du médecin agréé* ». Le docteur C a indiqué qu'elle « *redoute l'avenir de cet agent à ce poste* » en raison des séquelles liées à l'épiphyséolyse de la réclamante.

Le docteur D, expert et médecin agréé, a également déclaré la réclamante inapte au poste d'auxiliaire de puériculture le 15 décembre 2008, en soulignant, notamment, que « *depuis sa dernière intervention de 2005, Melle A n'a plus eu aucun soin sur ses hanches et ne prend aucun thérapeutique antalgique ou anti-inflammatoire. L'examen physique de ce jour ne trouve aucune anomalie. Néanmoins l'épiphysiolysse traduit une souffrance de la tête fémorale sur une coxa vara et l'évolution va se faire vers une nécrose de la tête fémorale sur plusieurs années. Cette évolution sera favorisée par une activité sollicitant les hanches de façon répétitive comme le poste d'auxiliaire de puéricultrice. Poste qui sera incompatible alors avec la pathologie arthrosique* ».

Il n'en demeure pas moins, que dans une attestation du 3 décembre 2008, le docteur E, chirurgien de la réclamante a relevé, quant à lui, qu'elle « *ne présente pas de contre-indication pour poursuivre sa carrière en puériculture* ».

En outre, dans un certificat du 5 janvier 2009, le docteur F, médecin agréé de la DDASS de B a, dans le même sens, considéré que les antécédents médicaux de Mme A ne s'opposaient pas à l'exercice de la profession d'auxiliaire de puériculture.

Enfin, dans un document du 6 février 2009, le docteur G, médecin agréé de I, a souligné que Mme A ne présentait « *pas de contre-indication médicale aux fonctions d'auxiliaire de puériculture et est apte aux fonctions sollicitées* ».

Toutefois, par décision du 6 janvier 2009, le Maire de B a décidé de mettre fin aux fonctions de la réclamante, alors en période d'essai.

Mme A estime, ainsi, avoir subi un préjudice dont elle demande réparation.

Par courriers en date des 2 novembre 2009 et 12 mars 2012 une enquête a été menée par le Défenseur des droits auprès du Maire de B, qui y a répondu les 3 décembre 2009 et 5 mars 2013.

Dans ce cadre, le Maire a indiqué qu'il n'a fait que respecter les avis médicaux qui, en tout état de cause, ont consisté en une appréciation concrète de la situation de l'intéressée.

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 susvisé du 28 août 1992 portant statut particulier du cadre d'emplois des auxiliaires de puériculture territoriaux 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 d'auxiliaire de puéricultrice, peut lui être opposé en vue de refuser de le recruter.

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 auxiliaires de puéricultrice.

Par délibération n° 2008-216 du 29 septembre 2008, le Collège de la Halde a considéré que la décision de refus de participation au concours externe déconcentré d'adjoint administratif de la police nationale fondée sur un avis d'inaptitude, motivé par le fait que la candidate présente une affection pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie, constitue une discrimination au sens de l'article 27-I de la loi no 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État. Il a ainsi considéré, qu' « *alors même qu'un candidat à un emploi public serait atteint d'une affection médicale évolutive pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie, cela ne suffirait pas à démontrer qu'il n'a pas les capacités requises pour exercer les fonctions inhérentes à l'emploi postulé. (...) / que toute décision fondée sur l'inaptitude physique future, potentielle et imprévisible du candidat constitue une mesure disproportionnée lui conférant un caractère discriminatoire. / (...) toute appréciation qui consisterait à déterminer si l'état de santé de la réclamante est de nature à l'empêcher d'exercer les fonctions d'adjoint administratif de la Police nationale pendant toute la durée de sa vie active consiste à porter une appréciation future, potentielle et imprévisible, constituant une mesure disproportionnée et, donc, discriminatoire. / Dès lors, le seul fait que l'affection ne serait pas stabilisée ne permet pas, en soi, de démontrer que le candidat est inapte à l'exercice effectif des fonctions auxquelles le concours donne accès. ».*

Dans cette affaire, par un jugement du 30 décembre 2009 (n° 0707482-0802292), 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, il convient de rappeler, qu'avant d'effectuer sa formation d'auxiliaire de puériculture, Mme A a été déclarée physiquement apte à exercer de telles fonctions.

En outre, Mme A a pu exercer ses fonctions au sein de la collectivité de B, et au sein d'une autre collectivité précédemment à cette dernière, pendant plusieurs mois, sans que sa pathologie, n'ait posé de difficultés dans l'exercice de ses attributions.

Par ailleurs, dans un courrier du 24 décembre 2008 adressé à la mairie, Mme K, directrice de la crèche au sein de laquelle travaillait la réclamante, indiquait qu'elle était très satisfaite du travail de la réclamante et que cette dernière était très « *appréciée par toute l'équipe et qui donne entière satisfaction* ».

La décision du Maire de B, du 6 janvier 2009, mettant un terme à la période d'essai de Mme A est, toutefois, fondée sur les avis de deux médecins agréés qui ne le liaient pas, alors au surplus que la collectivité aurait pu faire procéder à une contre-expertise médicale.

En outre, il apparaît que tout en affirmant que l'examen clinique à la date du recrutement au sein de la collectivité ne trouve aucune anomalie, la réclamante a été déclarée inapte à ses fonctions au regard d'une inaptitude future et potentielle, ce qui paraît pour le moins en contradiction avec la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat du 6 juin 2008, selon laquelle l'aptitude physique d'un agent s'apprécie au moment du recrutement.

S'il est vrai que cette appréciation 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, ou de l'absence de nécessité de tels traitements, ce qui n'a manifestement pas été le cas en l'espèce.

Ainsi, l'administration ne démontre pas que les conditions d'emploi de Mme A impliquaient des sujétions particulières incompatibles avec son état de santé, à la date de la décision attaquée, ou que son état nécessitait un traitement médical particulier.

Par suite, la décision contestée est fondée sur une appréciation future et potentielle de l'aptitude de Mme A.

Cette décision a été prise sur le seul fondement de la maladie de Mme A, 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.

Il résulte de tout ce qui précède, que l'administration n'apporte aucun élément objectif permettant de considérer que la décision de rupture de la période d'essai 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).

Dès lors, 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, la rupture de la période d'essai n'a pas permis à la réclamante de mener son contrat d'un an à son terme. Il s'en est suivi une perte financière, notamment, en termes de rémunération.

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 a conduit, en tant que telle, à l'exclure d'un emploi pour lequel elle avait pourtant pleinement donné satisfaction précédemment.

En conséquence, le Défenseur des droits recommande que les préjudices subis donnent lieu à une réparation intégrale, à défaut d'une proposition d'emploi au sein de la collectivité.