

Paris, le 7 octobre 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-225

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°86-33 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

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 la décision MLD-2013-71 ;

Saisi par Madame X, aide-soignante, qui se plaint de discrimination du fait de la prise en compte de ses absences pour congé maladie et sa grossesse dans sa notation et de l'absence d'aménagement de son poste de travail,

Décide de présenter des observations 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 présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Madame X a été titularisée en tant qu'aide-soignante, le 7 juin 2005 par le centre hospitalier de Y. Elle a été victime de plusieurs accidents de travail, dont le premier remonte au 12 janvier 2005. Son taux d'incapacité permanente partielle a été fixé à 3 % et elle bénéficie du statut de travailleur handicapé, depuis le 23 février 2009.

Mme X a saisi le Défenseur des droits le 17 septembre 2010, d'une réclamation portant sur des faits de discrimination qu'elle estime fondés sur son handicap, son état de santé et sa grossesse.

Mme X fait valoir, en premier lieu, que les aménagements proposés à plusieurs reprises par le médecin du travail ne sont pas mis en œuvre et se plaint d'occuper un poste inadapté à la nature de son handicap.

En second lieu, l'intéressée soutient avoir subi un préjudice dans son avancement du fait du gel de sa notation depuis 2006, lequel serait discriminatoire car fondé sur la prise en compte de ses absences du fait de ses arrêts maladie et de son congé maternité.

Par décision MLD-2013-71 en date du 23 avril 2013, le Défenseur des droits a considéré que les faits de discrimination allégués par Mme X étaient établis. Conformément à l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, il a recommandé au centre hospitalier d'une part, de procéder à l'aménagement du poste de Mme X et, d'autre part, de réexaminer son évolution professionnelle depuis 2006.

Par courrier en date du 22 avril 2014, le centre hospitalier de Y n'a pas apporté les éléments justifiant qu'il avait procédé à l'aménagement du poste de Mme X. S'agissant du réexamen de sa notation depuis 2006, le centre hospitalier maintient ses explications concernant le refus de notation de Mme X en arguant toujours du fait que l'agent doit impérativement être présent pendant une durée égale ou supérieure à six mois pour pouvoir être évalué et noté.

Face à cette situation, Mme X a décidé de saisir le tribunal administratif de Z de deux recours. Le premier vise à obtenir du tribunal administratif qu'il enjoigne au centre hospitalier de réexaminer sa notation depuis 2006 et qu'il annule le refus du centre hospitalier de réviser sa notation au titre de l'année 2012¹. Le second est un recours de plein contentieux qui porte sur la responsabilité du centre hospitalier du fait du refus d'aménagement de son poste et du blocage de sa notation². Mme X a demandé au tribunal de procéder à la jonction de ces deux affaires et sollicite du Défenseur des droits qu'il présente ses observations.

Conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits décide de présenter ses observations devant le tribunal administratif de Z. Dans la mesure où aucun fait nouveau n'est intervenu depuis la décision MLD n°2013-71 et où les conclusions qui ont conduit à cette décision sont de nature à éclairer le tribunal administratif dans l'examen des deux requêtes déposées par Mme X, le Défenseur des droits entend reprendre, par la présente décision, l'ensemble de ces conclusions.

¹ Requête n°130324-1

² Requête n°1402147-1

DISCUSSION

Sur le gel de la notation de Mme X depuis 2006

Mme X considère que le gel de sa notation depuis 2006 n'est pas fondé sur sa manière de servir mais sur ses absences pour maladie et son congé maternité. Dès lors, elle considère avoir été victime de discrimination en raison de son état de santé et de sa grossesse. Elle estime que son préjudice est d'autant plus important que ses absences sont pour partie liées à trois accidents de service (trois accidents depuis 2005) et au défaut de mesures d'aménagement raisonnable.

La directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) indique dans son considérant 23 qu'« *il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe (...)*».

Aux termes de l'article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires « *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) de leur sexe (...)* ».

L'article 2-3° 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, applicable aux agents publics, précise que « *toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité* ».

La CJUE a eu l'occasion de consacrer le principe de protection des femmes enceintes contre tout traitement défavorable dans le cadre de leur relation de travail, actuelle ou potentielle, et pour le cas où ce traitement se fonderait sur la grossesse de l'intéressée.

Enfin, l'article 6 de la loi n°83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires prohibe toute discrimination fondée sur l'état de santé en ces termes : « *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé (...)* ».

Conformément à l'article 17 de la loi n°83-634, les notes et les appréciations générales doivent exprimer la valeur professionnelle des fonctionnaires. Il en résulte que seule la manière de servir de l'agent doit être prise en compte.

Par ailleurs, il ressort d'une jurisprudence constante que si la notation annuelle est effectivement subordonnée à la présence effective de l'intéressée, lorsqu'un fonctionnaire n'a été présent à son poste qu'une partie de l'année, l'administration ne peut pas systématiquement s'abstenir de le noter. Ainsi, le Conseil d'état a estimé qu'un fonctionnaire présent du 1er septembre au 15 novembre devait être noté « *compte tenu tant des fonctions qui lui étaient confiées que de la durée de la présence effective au cours de l'année considérée* » (Conseil d'Etat, 3 septembre 2007, n°284954). Dans une autre espèce, il a été jugé qu'une fonctionnaire ayant exercé ses fonctions pendant un peu plus de trois mois, après un congé maladie et de maternité, peut et doit être notée (TA Orléans, 2 juillet 2002, n°99173).

En vertu du principe d'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, 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* ».

Interrogé sur les motifs de stagnation de la note de Mme X depuis 2006, le centre hospitalier de Y fait valoir « considérant que la position d'activité est obligatoire pour prétendre à la notation, Mme X ayant été absente de son service 131 jours en 2005, 19 jours en 2006, 144 jours en 2007, 118 jours en 2008 et 235 en 2009 n'a pu prétendre à une augmentation de note ».

Il apparaît donc que les absences, quelle que soit leur durée, constituent le motif de stagnation de la notation de Mme X.

En effet, si pour 2007, le centre hospitalier évoque également un rapport défavorable à l'intéressée concernant un incident avec un patient, il n'apparaît pas que celui-ci ait réellement eu une quelconque influence puisque les notes retenues pour chacun des items dans son évaluation en 2007 étaient identiques à celles de l'année précédente ainsi qu'à celles de l'année suivante.

En outre, le Défenseur des droits constate que pour 2009, les appréciations portées sur le travail de Mme X par sa supérieure auraient dû conduire à une augmentation de sa note (+0,25 points), la faisant passer de 15,25 à 15,50. Toutefois, cette progression a été refusée au motif exclusif de son « présentisme insuffisant³ ».

Or, les absences de Mme X au titre de l'année 2009 étaient principalement liées à sa grossesse.

Le Défenseur des droits rappelle que le fait de prendre en considération comme critère de notation les absences pour maladie ou résultant de congé maternité constitue un traitement discriminatoire à raison de l'état de santé ou de la grossesse prohibé respectivement par l'article 6 de la loi n° 83-634 précitée et par l'article 2-3° 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. Il en résulte pour le juge administratif que les notations attribuées aux agents à partir de critères qui prendraient en compte les absences pour cause de maladie sont systématiquement annulées pour erreur de droit (CAA de Bordeaux, 1er décembre 1997, n°95BX00498).

Par ailleurs, il convient de souligner que, pour la Cour de Justice de l'Union Européenne, « exclure une salariée du droit de faire l'objet d'une notation annuelle la discriminerait en sa seule qualité de travailleur puisque, si elle n'avait pas été enceinte et si elle n'avait pas pris le congé de maternité auquel elle avait droit, cette salariée aurait été notée pour l'année en question et, par voie de conséquence, aurait pu profiter d'une promotion professionnelle » (CJCE, 30 avril 1998, affaire C-136/95).

En l'espèce, le centre hospitalier ne justifie pas s'être fondé sur des critères objectifs étrangers à toute discrimination pour établir les notations de Mme X au titre des années 2006 à 2010. Par conséquent, Mme X est fondée à demander un réexamen de sa situation professionnelle.

Telle est l'analyse à laquelle le Défenseur des droits est parvenue dans sa décision n°2013-71 précitée et qu'il réitère dans le cadre de ses observations devant le tribunal administratif de Z, en l'absence de faits nouveaux.

Par suite, le Défenseur des droits estime que Mme X est fondée à solliciter du tribunal administratif de Z qu'il enjoigne au centre hospitalier de réexaminer son évolution professionnelle depuis 2006 et qu'il reconnaisse la responsabilité du centre hospitalier du fait des préjudices résultant de la discrimination qu'elle a subie dans le cadre de son avancement.

Sur les mesures appropriées visant à l'aménagement du poste de Mme X

³ La durée de présence indiquée était de quatre mois et demi

Aux termes de l'article 6 de la loi n°83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires « aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé, de leur handicap (...) ».

Par ailleurs, l'article 6 sexies de cette loi fait peser sur les employeurs publics une obligation d'aménagement raisonnable dont le refus, dès lors qu'il est injustifié, peut être qualifié de discriminatoire.

Cet article est libellé comme suit « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des 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 mentionnés 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 ».

En l'espèce, Mme X considère que les recommandations médicales, à savoir l'interdiction de manutention, de port et de traction de charges lourdes ne sont pas mises en œuvre par le centre hospitalier. Elle souligne que, compte tenu de sa pathologie et des restrictions apportées, le médecin de prévention a estimé, dès 2007, qu'un changement de poste serait approprié.

Le centre hospitalier de Y, qui a été invité à produire ses observations dans le cadre de la procédure contradictoire, soutient que « Mme X est affectée dans une unité où la prise en charge du résident est allégée (à savoir huit résidents au maximum, soins de nursing légers, personnes autonomes ». Il affirme également que Mme X ne fait pas de travaux de manutention et que son affectation dans cette unité ne doit pas la conduire à porter des charges lourdes.

Il résulte de ces échanges contradictoires et des pièces versées au dossier que le centre hospitalier de Y a pris en compte les recommandations du médecin du travail en modifiant, en août 2009, l'affectation de Mme X. Ainsi, et ce n'est pas contesté par la réclamante, l'unité de soins dans laquelle elle a été affectée est plus appropriée à son handicap.

Néanmoins, il semble que les tâches qui lui sont proscrites sont telles que le médecin du travail a jugé opportun de recommander au Directeur des ressources humaines un changement de poste dans son avis en date du 14 septembre 2009. Ainsi, le docteur W précise « *il est souhaitable qu'elle soit déchargée des travaux de manutention et port de charges lourdes. Compte tenu du caractère pérenne de son affectation, il convient de songer à un changement d'affectation* ».

Le Défenseur des droits relève que la supérieure de Mme X a indiqué dans la fiche d'évaluation/notation pour l'année 2010 que « *Mme X est une professionnelle qui a des compétences. Elle les met au service de ses collègues et des résidents mais souffre de ne pas pouvoir exercer ses fonctions d'aide-soignante (suite à l'agression dont elle a été victime)* ». Cette remarque confirme donc que Mme X, sans être inapte à l'emploi d'aide-soignante, ne peut plus exercer l'intégralité de ses fonctions du fait de l'absence d'aménagements matériels.

En effet, certains équipements qui pourraient soulager la réclamante dans la mesure où le travail en surélévation du bras gauche lui est interdit, ne lui ont jamais été proposés. Ainsi, un rehausseur, recommandé par le médecin du travail en septembre 2009, ne lui jamais été fourni.

Mme X a versé au dossier plusieurs attestations émanant de collègues établies en 2010 qui témoignent des difficultés qu'elle rencontre pour exécuter certaines tâches quotidiennes, comme celles ayant trait au rangement du linge ou à la toilette des résidents.

Aussi, même si le centre hospitalier a tenu compte des restrictions médicales en affectant Mme X dans une unité où les patients sont moins nombreux et plus autonomes, l'enquête montre que le centre hospitalier n'a pas pris la mesure de la réalité des tâches quotidiennes que Mme X doit assumer alors même que sa hiérarchie directe a fait remonter les difficultés de la réclamante et sa souffrance à ne pouvoir effectuer l'intégralité de ses fonctions.

Partant, au regard de l'ensemble des éléments analysés, le Défenseur des droits estime que Mme X est fondée à considérer que son employeur n'a pas accompli toutes les diligences nécessaires pour adapter son poste de travail alors que la réclamante bénéficie du droit à une protection particulière du fait de son statut de travailleur handicapé. De ce fait, le Défenseur des droits estime que le centre hospitalier de Y a méconnu les articles 6 et 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983.

Par suite, le Défenseur des droits invite la formation de jugement à prendre connaissance de ses observations dans le cadre des deux requêtes déposées par Mme X.

Jacques TOUBON