

Paris, le 16 septembre 2016

Décision du Défenseur des droits n° MLD-2016-235

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 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Vu le code du travail ;

Vu le décret n° 88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière ;

Vu le décret n° 2010-1139 du 29 septembre 2010 portant statut particulier du corps des infirmiers en soins généraux et spécialisés de la fonction publique hospitalière ;

Saisi par Mme X dont la demande de recrutement en qualité d'infirmière titulaire au sein du centre hospitalier de Y aurait été refusée pour des raisons tenant à son état de santé ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour administrative d'appel de Z.

Jacques TOUBON

**Observations devant la cour administrative d'appel de Z
en application des dispositions de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333
du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

I. Rappel des faits et de la procédure :

Mme X exerçait les fonctions d'infirmière titulaire au sein du groupe hospitalier W. Elle a demandé sa mise en disponibilité à compter du 1^{er} novembre 2014, pour une durée d'un an, qui lui a été accordée.

Elle a été recrutée en qualité d'infirmière contractuelle par le centre hospitalier de Y dès le 3 novembre 2014.

En février 2015, elle a engagé des démarches en vue d'obtenir sa mutation, en tant que titulaire, au sein du centre hospitalier de Y. Son établissement d'origine a donné son accord pour une mutation à compter du 1^{er} septembre 2015.

Dans ce cadre, le centre hospitalier de Y a demandé à l'établissement d'origine de lui adresser les documents relatifs à la carrière administrative de Mme X. L'examen des documents administratifs précités a permis au centre hospitalier de Y de prendre connaissance d'un accident du travail dont Mme X a été victime en début d'année 2014, ayant justifié trois mois d'arrêt de travail. La consolidation a été prononcée au 31 octobre 2014.

Dès lors, le centre hospitalier de Y a soumis le recrutement statutaire de Mme X à la confirmation de son aptitude par un médecin agréé.

A l'issue d'une visite médicale organisée le 27 avril 2015, le médecin agréé n'a pas émis d'avis d'inaptitude, mais il a émis une restriction quant au port des charges lourdes de plus de 15kg.

Le centre hospitalier de Y a alors interrompu le processus de recrutement statutaire.

Ces éléments font naître une présomption de discrimination à l'égard de Mme X. Le Défenseur des droits a donc sollicité des explications auprès du centre hospitalier de Y, qui y a répondu par courriers reçus les 14 décembre 2015 et 17 mai 2016.

Par ailleurs, Mme X a saisi le juge administratif d'un recours en annulation contre la décision du directeur d'établissement par laquelle celui-ci a refusé de la recruter. Par un jugement en date du 19 janvier 2016 (n° 1505250), le tribunal administratif de A a rejeté son recours. Mme X a fait appel de ce jugement auprès de la cour administrative d'appel de Z (dossier n°16LY00541).

I. Analyse juridique :

Aux termes de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée, « *aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur état de santé* ».

S'agissant des modalités d'administration de la preuve applicable lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé, le Conseil d'Etat juge « *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 que la décision attaquée repose sur*

des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » (arrêt du 30 octobre 2009, n° 298348).

En l'espèce, il appartient donc au centre hospitalier de Y de justifier le refus de recrutement de Mme X par des raisons objectives.

Le recrutement de Mme X était fondé sur les dispositions de l'article 32, d), de la loi du 9 janvier 1986 susvisée. Aux termes de cet article, « *par dérogation à l'article 29 ci-dessus [recrutement par voie de concours], les fonctionnaires hospitaliers peuvent être recrutés sans concours : [...] lorsqu'un fonctionnaire change d'établissement pour occuper un des emplois auquel son grade donne vocation dans un autre des établissements mentionnés à l'article 2 »*.

Dans ce cadre, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 autorise « *des distinctions [...] afin de tenir compte d'éventuelles inaptitudes physiques à exercer certaines fonctions »*.

L'article 10 du décret du 19 avril 1988 susvisé dispose que « *nul ne peut être nommé à un emploi de la fonction publique hospitalière s'il ne produit, dans le délai prescrit par l'autorité administrative, un certificat médical délivré par un médecin généraliste agréé attestant que l'intéressé n'est atteint d'aucune maladie ou infirmité, ou que les maladies ou infirmités constatées ne sont pas incompatibles avec l'exercice des fonctions auxquelles il postule »*.

Aux termes de l'article 12 du même décret, « *lorsqu'en vue de l'exercice de certaines fonctions les candidats doivent remplir des conditions d'aptitude physique spéciales, les statuts particuliers déterminent ces conditions et les moyens et modalités de contrôle appropriés à la vérification desdites conditions, qui peuvent notamment comporter un examen médico-psycho-technique d'aptitude »*.

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que si les discriminations fondées sur l'état de santé des candidats aux emplois publics sont prohibées, des distinctions fondées sur l'aptitude physique peuvent néanmoins être opérées dès lors qu'elles sont justifiées par les nécessités des fonctions auxquelles ceux-ci prétendent.

En l'espèce, le décret du 29 septembre 2010 susvisé ne comporte aucune disposition relative à des conditions d'aptitude physique spéciale pour le recrutement des infirmiers.

Le Docteur B, médecin agréé sollicité par le centre hospitalier pour évaluer les séquelles éventuelles de l'accident de service de Mme X, et les éventuelles limitations d'aptitude qui pourraient en découler, a émis un avis, le 27 avril 2015. Aux termes de cet avis, le médecin n'émet qu'une réserve d'aptitude, à savoir l'interdiction du port des charges lourdes de plus de 15 kg.

Le médecin n'estime pas que cette circonstance remettrait en cause l'exercice des fonctions d'infirmière. On ne saurait déduire de cet avis une inaptitude de la réclamante à ses fonctions.

Dans le courrier du 14 décembre 2015 adressé au Défenseur des droits, le centre hospitalier confirme pourtant que « *le recrutement statutaire a été stoppé en considération de cette restriction significative d'aptitude incompatible sur le poste sur lequel Mme X était pressentie »*. La procédure de mutation de Mme X a donc bien été interrompue sur le fondement de cet avis médical.

De cette manière, le centre hospitalier a substitué sa propre appréciation de l'aptitude de l'agent à celle du médecin agréé.

Le Défenseur des droits considère que la décision d'une autorité hiérarchique prise en dépit d'un avis médical d'aptitude, même s'il comporte une réserve, est susceptible de revêtir un caractère discriminatoire. Une telle appréciation est retenue de manière constante par la Cour de cassation. A titre d'exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'un licenciement prononcé après que l'employeur ait interprété l'avis d'aptitude avec restriction émis par le médecin du travail est constitutif d'une discrimination fondée sur l'état de santé (Soc., 25 janvier 2011, n° 09-72834).

La décision du centre hospitalier apparaît d'autant plus incohérente que Mme X a travaillé pendant six mois au sein du centre hospitalier, en qualité de contractuelle, sans que le centre hospitalier ait indiqué avoir constaté une quelconque incapacité.

Le centre hospitalier écarte cet argument et fait valoir une jurisprudence de la cour administrative d'appel selon laquelle la circonstance que l'agent ait travaillé depuis cinq ans en qualité de contractuel, sans être placé en congé maladie, dans les mêmes fonctions que celles auxquelles il postule en qualité de titulaire, serait sans incidence sur l'appréciation de son aptitude pour procéder à son recrutement statutaire (CAA Z, 3 décembre 1996, n° 95LY00132).

De cette jurisprudence, le centre hospitalier en déduit que « *l'autorité disposant du pouvoir de nomination peut légalement prendre en considération l'incidence prévisible et inévitable de l'exercice de ces fonctions sur l'état de santé de l'agent. Elle peut ainsi refuser de nommer dans un emploi un candidat atteint d'une affection qui ne l'empêche pas dans l'immédiat d'assurer les tâches correspondantes si ces tâches ne pourraient qu'entraîner une aggravation progressive de cette affection interdisant à terme le maintien de l'agent dans l'emploi* » (courrier du 17 mai 2016).

Or, depuis l'arrêt de la cour administrative d'appel précité, le Conseil d'Etat est intervenu pour préciser que : « *l'appréciation des conditions d'aptitude physique particulière 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 auxquels ces corps donnent accès ; que si l'appréciation de l'aptitude physique à exercer ces fonctions 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 gérer l'affection ou de bloquer son évolution* » (CE, 6 juin 2008, n° 299943).

En l'espèce, le centre hospitalier ne pouvait donc pas se livrer à l'appréciation des éventuelles conséquences futures de la pathologie de Mme X pour refuser de la recruter, dans la mesure où, au 1^{er} septembre 2015, elle était bien apte à travailler, sous la seule réserve de l'interdiction du port des charges de plus de 15 kg.

En cas de contestation de l'avis médical, le centre hospitalier aurait pu saisir le comité médical départemental, conformément aux dispositions de l'article 7 du décret du 19 avril 1988 précité. En effet, le comité médical départemental est compétent, notamment, pour rendre un avis « *sur les contestations d'ordre médical qui peuvent s'élever à propos de l'admission des candidats aux emplois de la fonction publique hospitalière* ».

En l'état, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'hôpital ait saisi le comité médical départemental pour obtenir la confirmation, ou non, de l'aptitude physique de Mme X au poste d'infirmière.

En outre, si l'état de santé de Mme X risquait de compromettre l'exécution de certaines tâches, le centre hospitalier aurait été tenu d'examiner les possibilités d'aménagements de son poste de travail. L'article L.4624-1 du code du travail, applicable notamment aux établissements de santé conformément à l'article D.4626-1 du même code, dispose que :

« Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs ».

Au regard des éléments médicaux figurant au dossier, l'état de santé de Mme X aurait, au maximum, nécessité un aménagement de poste pour compenser son impossibilité de soulever des charges de plus de 15 kg. Mais, elle ne saurait être déclarée inapte aux fonctions d'infirmière et devant être reclassée, comme le soutient le centre hospitalier.

Ainsi, en refusant d'accueillir Mme X en qualité de titulaire, sans même envisager la mise en œuvre des aménagements pour compenser les conséquences de son état de santé fragilisé, le Défenseur des droits considère que le centre hospitalier a pris une décision discriminatoire.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON