

Paris, le 21 décembre 2016

Décision du Défenseur des droits n° MLD-2016-302

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 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° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Vu le décret n° 2016-1156 du 24 août 2016 portant application de l'article 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Saisi par Madame X, dont le recrutement par un établissement public de santé, en qualité d'infirmière, aurait été interrompu en raison de son état de santé ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe, de recommander à Y, directrice générale de l'établissement public de santé, de se rapprocher de Madame X pour envisager avec elle les possibilités de recrutement au sein de l'établissement, comme elle s'y engageait dans son courrier du 4 avril 2016, ou, à défaut, de l'indemniser du préjudice subi du fait du caractère discriminatoire de la décision de non-recrutement.

Demande à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Jacques TOUBON

<p align="center">Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits</p>

Le Défenseur des droits a été saisi de la situation d'une candidate à un poste d'infirmière dont le recrutement a été interrompu après que le médecin agréé ait constaté, lors de la visite médicale d'embauche, qu'elle était porteuse saine du virus de l'hépatite B.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

En janvier 2015, Madame X présente sa candidature au poste d'infirmière dans le service de psychiatrie de l'hôpital Z, lequel est intégré à l'établissement public de santé.

Le 23 février 2015, elle est reçue en entretien par Mme Z, cadre de santé du pôle psychiatrie, qui, selon la réclamante, lui a confirmé l'intérêt porté par l'hôpital à sa candidature.

Le 23 avril 2015, Madame X se présente à la visite médicale auprès du médecin agréé. Celui-ci constate que la réclamante est porteuse saine du virus de l'hépatite B. Il la déclare apte, sous une réserve : « *[Madame X] n'a pas besoin de traitement, mais simplement d'une surveillance annuelle. En revanche, il n'est pas possible d'affirmer l'absence de contagiosité, même si elle est très faible, voire négligeable. Son état de santé est compatible avec un travail d'IDE, mais uniquement dans des services à faible risque, ce qui serait le cas pour elle puisqu'elle doit travailler en psychiatrie* ».

Le 11 mai 2015, Madame X est reçue par le médecin du travail. A l'issue de la visite médicale, le médecin conclut à son aptitude pour le poste en psychiatrie, avec un suivi médical annuel.

Suite à ces démarches, Madame X ne sera jamais recontactée par l'hôpital.

C'est dans ce contexte que Madame X a saisi le Défenseur des droits.

En réponse aux courriers d'instruction du Défenseur des droits, l'établissement public fait valoir, toute d'abord, qu'en dépit des avis médicaux, « *la cadre supérieure de santé a donné un avis défavorable au recrutement de Madame X pour sa sécurité, celle des patients, et encore celle de ses collègues* » (courrier du 6 octobre 2015).

L'établissement public précise ensuite que l'avis rendu par le médecin agréé permet tout de même d'envisager le recrutement de la réclamante sur un poste d'infirmière, sur un autre site et dans un autre service de l'établissement public (courrier du 4 avril 2016). Dans ce même courrier, l'établissement public s'engage à recontacter la réclamante pour évaluer « *selon ses aspirations et au regard de la liste des postes vacants au sein de l'établissement* », le poste qui lui conviendrait. A ce jour, cet engagement n'a pas été suivi d'effets.

Dans un dernier courrier, l'établissement public indique que la candidature de Madame X sur le poste d'infirmière en psychiatrie a été écartée car « *elle ne correspondait pas au profil de poste proposé* » (courrier du 14 septembre 2016).

ANALYSE JURIDIQUE

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

Ce principe est applicable au recrutement d'agents contractuels, comme le précise l'article 1^{er} du décret du 24 août 2016 : « aucune mesure discriminatoire, directe ou indirecte, concernant le recrutement (...) ne peut être prise à l'égard d'un agent contractuel de droit public, qui bénéficie des garanties mentionnées aux articles 6 à 6 ter et 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 susvisée ».

Sans remettre en cause l'application du principe de non-discrimination fondé sur l'état de santé, l'acquisition de la qualité de fonctionnaire et le recrutement en qualité d'agent contractuel de la fonction publique sont soumis à une condition d'aptitude physique.

C'est ainsi que l'article 3 du décret du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986 prévoit qu' « aucun agent contractuel ne peut être recruté [...] 5° s'il ne remplit pas les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice des fonctions compte tenu des possibilités de compensation du handicap ».

L'article 3 poursuit : « Doivent être produits au moment du recrutement les certificats médicaux exigés pour être nommé à un emploi de fonctionnaire titulaire par le décret du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière ».

Le décret du 19 avril 1988 mentionné par cet article précise, en son article 10, 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 ».

S'agissant de la fonction publique hospitalière, l'article R. 4626-22 du code du travail impose également, au moment du recrutement, que l'agent soit examiné par le médecin du travail avant sa prise de fonction, afin que ce dernier puisse s'assurer qu'il est médicalement apte au poste sur lequel il sera affecté.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'une candidature ne peut pas être rejetée sur le seul fondement du statut sérologique du candidat tant que les instances médicales compétentes ne considèrent pas que son état de santé rende l'agent inapte à l'exercice des fonctions sollicitées.

Or, en l'espèce, le médecin agréé puis le médecin du travail, régulièrement saisis, ont confirmé l'aptitude de Madame X au poste d'infirmière en psychiatrie.

Il ressort de l'instruction du Défenseur des droits que l'hôpital a fait prévaloir sa propre appréciation de l'aptitude physique de Madame X sur celle des médecins compétents : « les patients des services de psychiatrie universitaire font l'objet d'un grand nombre de bilans biologiques dans le cadre des pratiques quotidiennes et des protocoles de recherche. Par ailleurs, il est admis que des patients immuno-déprimés sont également régulièrement pris en charge dans les services de psychiatrie, et le risque de contamination soignant/soigné est important dans ce cadre. C'est en connaissance de cause que la cadre supérieur de santé a en effet donné un avis défavorable au recrutement de Madame X, pour sa sécurité, celle des patients, mais encore celle de ses collègues. » (courrier du 6 octobre 2015).

Cependant, il n'appartient pas à l'autorité administrative qui organise le recrutement de substituer sa propre appréciation à celle des médecins désignés à cet effet, quand bien même cette autorité a des compétences dans le domaine médical, et ce pour garantir l'objectivité et l'impartialité de l'avis émis sur l'aptitude physique du candidat.

De plus, en cas de désaccord avec les conclusions du médecin agréé, l'article 11 du décret du 19 avril 1988 permet à l'administration de saisir le comité médical compétent.

En l'espèce, l'hôpital n'a pas entrepris une telle démarche.

Dès lors, Madame X ayant été déclarée apte aux fonctions d'infirmière en service psychiatrique par le médecin agréé et le médecin du travail, son état de santé ne pouvait pas être considéré par l'hôpital comme un obstacle à son recrutement.

S'agissant du motif invoqué par l'établissement public dans son courrier du 14 septembre 2016 pour justifier le non-recrutement de la réclamante, à savoir l'incompatibilité entre son profil et le poste proposé, il ne peut pas davantage être retenu.

Si Madame X a été reçue par le médecin agréé et par le médecin du travail, c'est que les personnes qui ont examiné sa candidature avaient estimé que ses compétences correspondaient au profil de poste recherché.

De plus, cet ultime argument, qui n'a jamais été soulevé jusqu'alors par l'établissement public, n'est étayé par aucun élément de preuve.

Or, conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve, applicable lorsque le moyen tiré de la discrimination est soulevé, il appartient à la personne mise en cause d'établir que la mesure contestée est objectivement justifiée et dépourvue de toute considération discriminatoire (Conseil d'Etat, 30 octobre 2009, n° 298348).

En conséquence, le Défenseur des droits considère que le refus de recrutement opposé à Madame X est discriminatoire au sens de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983.

C'est pourquoi, il recommande à Madame Y, directrice générale de l'établissement public de santé, de se rapprocher de Madame X pour envisager avec elle les possibilités de recrutement au sein de l'établissement, comme elle s'y engageait dans son courrier du 4 avril 2016, ou, à défaut, de l'indemniser du préjudice subi du fait du caractère discriminatoire de la décision de non-recrutement.

Jacques TOUBON