

Paris, le 16 mars 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-080

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 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 ;

Saisi par Mme X, infirmière au centre hospitalier de Z, reconnue travailleur handicapé, placée en disponibilité pour convenances personnelles depuis mars 2011, dont les demandes de réintégration à compter d'octobre 2013 auraient été refusées pour un motif discriminatoire ;

Prend acte de la décision du centre hospitalier de réintégrer Mme X au 1^{er} octobre 2016 sur un poste aménagé, suite à son intervention ;

Décide, en vue de réparer les préjudices subis par la réclamante exposés dans la note ci-jointe, de recommander au directeur général du centre hospitalier de se rapprocher de Mme X afin d'examiner avec elle les moyens de procéder à une réparation juste et équitable des préjudices subis.

Demande à être tenu informé des suites réservées à cette recommandation dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

**Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333
du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

Mme X est infirmière en soins généraux de 1^{er} grade, titulaire, au sein du centre hospitalier universitaire de Z, depuis décembre 1997.

Elle est reconnue travailleur handicapé.

A compter de mars 2011, elle est placée en disponibilité pour convenances personnelles.

En avril 2013, elle adresse une demande pour être réintégrée au 1^{er} octobre 2013.

Dans cette perspective, Mme X est reçue par le médecin du travail, le 25 juillet 2013. Celui-ci la déclare apte à ses fonctions, tout en préconisant une affectation sur un poste de travail aménagé selon les contre-indications suivantes : « *pas de manutention lourde, pas de nuit, pas de poste à forte sollicitation psychologique, nécessité d'horaires réguliers* ».

Le 18 octobre 2013, le centre hospitalier informe Mme X qu'il ne peut pas faire droit à sa demande de réintégration, et qu'elle est maintenue en position de disponibilité, pour les raisons suivantes : « *je suis au regret de ne pouvoir vous donner satisfaction, compte-tenu des restrictions relevées sur la fiche d'aptitude médicale établie par le médecin du travail* ».

C'est dans ce contexte que Mme X sollicite l'aide du Défenseur des droits.

En réponse à un courrier du Défenseur des droits du 21 janvier 2016, le centre hospitalier fait valoir qu'aucun poste n'aurait pu être proposé à Mme X compte tenu de ses restrictions médicales et des souhaits professionnels qu'elle aurait exprimés (réponse reçue le 24 mars 2016).

Suite à un nouveau courrier du Défenseur des droits en date du 29 juillet 2016, le centre hospitalier décide de réintégrer Mme X au 1^{er} octobre 2016. Après avoir assuré des vacances pendant plusieurs semaines, Mme X est affectée, de manière définitive, sur un poste d'infirmière coordinatrice en hématologie depuis le 9 décembre 2016.

Le Défenseur des droits salue cette issue positive. Il n'en demeure pas moins que la réclamante a dû attendre 3 ans pour être réintégrée par le centre hospitalier et ce, pour un motif qui paraît discriminatoire.

ANALYSE JURIDIQUE

L'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations prohibent toute forme de discrimination fondée, notamment, sur le handicap.

S'agissant des modalités d'administration de la preuve applicables 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).

Le principe d'aménagement de la charge de la preuve est également posé à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée.

En vertu de ce principe, il appartient au centre hospitalier de démontrer que la réintégration de Mme X n'a pas été possible avant le 1^{er} octobre 2016 pour des raisons objectives dépourvues de tout lien avec un critère de discrimination.

L'absence de poste vacant pourrait justifier l'impossibilité de réintégrer un agent.

A cet égard, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que l'administration qui refuse la réintégration d'un agent en disponibilité pour absence d'emplois vacants doit en apporter la preuve (CE, 26 novembre 2012, n° 354108).

En l'espèce, selon les informations communiquées le 24 mars 2016, le centre hospitalier a recruté 747 infirmiers en soins généraux de 1^{er} grade entre le 1^{er} juillet 2013 et le 31 janvier 2016. Durant la même période, l'établissement a fait droit à la demande de réintégration de 108 infirmiers placés en disponibilité.

Ces éléments démontrent que les mouvements de personnel sont importants au sein du centre hospitalier de Z, ce qui tend à confirmer l'existence d'emplois vacants sur lesquels Mme X aurait pu être réintégrée.

Surtout, le centre hospitalier fait valoir qu'il emploie 513 infirmiers contractuels. Or, la jurisprudence considère que les postes occupés par des agents en contrat à durée déterminée doivent être regardés comme vacants (CAA Marseille, 30 mars 2010, n° 08MA01213).

Le centre hospitalier ne saurait prétendre que la totalité des 513 infirmiers précités sont recrutés par un contrat à durée indéterminée. Là encore, des possibilités de réintégration semblaient ouvertes pour Mme X.

Au regard du nombre de recrutements depuis la demande de réintégration de Mme X, le centre hospitalier ne peut prétendre qu'il n'y a pas eu de postes vacants correspondant à son grade avant le 1^{er} octobre 2016.

L'aménagement de poste préconisé par le médecin de prévention peut compromettre les possibilités de réintégration du travailleur handicapé si cet aménagement constitue une charge disproportionnée pour l'employeur public.

En effet, si l'aménagement du poste de travail est un droit pour l'agent handicapé, il n'en demeure pas moins qu'il doit rester raisonnable. L'article 6 *sexies* de la loi du 13 juillet 1983 dispose ainsi que : « *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. 5212-13 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* ».

Le fait de devoir réintégrer Mme X sur un poste aménagé a été la première raison invoquée par le centre hospitalier pour refuser sa réintégration (courrier du 18 octobre 2013).

Or, le centre hospitalier ne saurait prétendre que les aménagements préconisés par le médecin du travail étaient trop conséquents pour permettre de réintégrer Mme X dans la mesure où celle-ci bénéficiait bien d'un poste aménagé, selon les mêmes recommandations médicales, avant sa mise en disponibilité.

Techniquement, il était donc possible de trouver un poste adapté à l'état de santé de Mme X.

Enfin, le centre hospitalier fait valoir que la réintégration de Mme X aurait été compromise au motif qu'elle avait exprimé des souhaits professionnels trop restrictifs.

Ces prétentions sont contestées par Mme X, qui soutient n'avoir jamais formulé de demande particulière pour sa réintégration. D'ailleurs, la lecture de sa demande de réintégration confirme le fait qu'elle n'a posé aucune exigence quant à son futur poste.

Surtout, il convient de rappeler que le fonctionnaire mis en disponibilité ne peut prétendre qu'à un poste correspondant à son grade. Si le fonctionnaire peut exprimer des préférences en matière d'affectation, l'obligation de l'employeur est seulement de proposer à l'agent des postes correspondant à son grade. Par suite, conformément à l'article 62 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, si le fonctionnaire refuse successivement trois postes proposés par l'administration, il peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire.

En l'espèce, il apparaît que le centre hospitalier n'a proposé aucun poste à Mme X depuis le mois d'octobre 2013, qu'il soit ou non conforme aux exigences supposées de la réclamante.

Dès lors, cet argument n'est pas davantage recevable.

Aucune raison objective ne justifie le délai de 3 ans pour réintégrer Mme X. Par conséquent, en application du principe d'aménagement de la charge de la preuve, le Défenseur des droits considère que le refus du centre hospitalier de faire droit à la demande de réintégration de la réclamante à compter du mois d'octobre 2013 est lié à la contrainte de réintégrer la réclamante sur un poste aménagé, ce qui est discriminatoire.

Si le centre hospitalier a finalement réintégré Mme X, il n'en demeure pas moins que la faute subsiste.

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).

Du fait de son maintien en disponibilité, la réclamante n'a perçu que l'allocation d'aide au retour à l'emploi entre octobre 2013 et octobre 2016, ce qui a entraîné une perte financière. En effet, le montant de l'allocation ne correspondait qu'à 50% du traitement qu'elle percevait quand elle est en position d'activité.

Dès lors, tout en saluant la décision du centre hospitalier de réintégrer Mme X au 1^{er} octobre 2016 sur un poste aménagé, le Défenseur des droits recommande au directeur général du centre hospitalier de se rapprocher de la réclamante afin d'examiner avec elle les moyens de procéder à une réparation juste et équitable des préjudices subis.

Jacques TOUBON