

Paris, le 24 juillet 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-198

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 mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par Mesdames A, B et C qui estiment avoir subi une discrimination à raison de leur état de santé.

Décide de recommander à l'établissement hospitalier Y de se rapprocher des réclamantes afin d'examiner les modalités de réparation intégrale des dommages subis du fait du caractère discriminatoire des décisions contestées.

Le Défenseur des droits demande à l'établissement hospitalier Y de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

**Recommandation en application de l'article 25 de la loi organique n°2011-333
du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

Le Défenseur des droits a été saisi des réclamations de mesdames A, B et C, qui se plaignent des rejets opposés à leurs candidatures respectives, rejets qui reposeraient sur des avis d'aptitude « sous réserves » formulés par le médecin de prévention lors de la procédure de recrutement au sein de l'établissement hospitalier Y, (l'établissement hospitalier Y) et qui constitueraient, à ce titre, une discrimination à raison de leur état de santé.

Faits

Concernant Madame A

Madame A, est infirmière sous contrat au sein de l'établissement hospitalier Y et dans des structures privées. La réclamante a postulé sur un poste d'infirmière au sein du Groupement Hospitalier Z.

Sa candidature n'ayant pas été retenue, elle a sollicité des explications. Par courriel du 27 novembre 2015, Madame D, agent du service de gestion du personnel, évoque que « *compte tenu des restrictions d'aptitude notées, il n'est pas possible de procéder à votre recrutement comme prévu* ».

En réponse à la proposition des services du Défenseur des droits de règlement amiable, par courrier du 21 janvier 2016, les services de l'établissement hospitalier Y indiquent que Madame A avait, dans le cadre d'un précédent contrat, passé une visite médicale d'aptitude, le 12 février 2015, à l'issue de laquelle le médecin agréé avait émis un avis d'« aptitude avec restriction du port de charge lourde ».

La Directrice des ressources humaines précise également que le poste à pourvoir était un poste au bloc opératoire dont les conditions d'exercice s'avéraient incompatibles avec les restrictions médicales émises par le médecin agréé. L'établissement hospitalier Y précise que cette décision repose sur l'application de la réglementation du statut de la fonction publique hospitalière qui prévoit que les agents doivent être aptes physiquement à exercer les fonctions prévues par le profil pour lequel l'agent est recruté.

Concernant Madame B

Madame B s'est également vu opposer un refus par les services de l'établissement hospitalier Y, à sa demande de recrutement en qualité d'adjoint administratif contractuel.

La Directrice des ressources humaines précise, par courrier du 17 mars 2016, que le refus de recrutement sur un poste administratif est justifié par l'avis d'aptitude avec réserve émis par le médecin agréé, le docteur W, lors de sa visite du 26 février 2016 à l'issue de laquelle il avait estimé Madame B apte sur un poste sans aucune manutention.

Les services de l'établissement hospitalier Y précisent également que, bien que s'agissant d'un poste administratif, l'agent en fonction peut être amené à effectuer des manutentions relatives aux dossiers de patients, par exemple, « *qui peuvent s'avérer d'un poids non négligeable* ». En outre, il est indiqué que les mentions portées sur le casier judiciaire de la réclamante rendraient de toute façon « *impossible son recrutement* » au regard des fonctions postulées.

Concernant Madame C

Madame C a effectué des remplacements au sein du Groupement hospitalier F entre septembre et novembre 2016 et a donné satisfaction dans l'exécution de ses fonctions.

Une procédure de pré-recrutement a été engagée en novembre au sein de l'hôpital G mais sa candidature n'a finalement pas été retenue. Par courriel du 1^{er} février 2017, le délégué territorial du Défenseur des droits informait l'établissement hospitalier Y de cette situation et demandait de faire part des motifs de l'absence de recrutement.

Par courriel du 22 février 2017, le Directeur du service des ressources humaines et des services financiers du groupement hospitalier centre a précisé que les services RH avaient contacté le service de médecine statutaire de l'établissement hospitalier Y, en vue d'une visite de pré-recrutement de Madame C. À cette occasion, le service de médecine aurait fait part de l'inaptitude aux fonctions de la réclamante pour raison médicale, cette inaptitude rendant impossible son recrutement.

Lors de l'instruction menée par le Défenseur des droits, la Directrice des ressources humaines du groupement hospitalier centre précise, par courrier du 20 décembre 2018, que ces 3 professionnelles n'avaient jamais travaillé à l'hôpital Z et que celui-ci n'était lié par aucun engagement à leur égard dans le cadre des suites à donner à leur candidature adressée à l'établissement.

En outre, la Directrice précise que c'est « *dans un contexte de réduction du nombre de postes d'infirmiers et d'aides-soignants au sein de l'hôpital Z sur les deux années concernées (suppression de 33.80 équivalents temps plein en 2016 et de 33.30 équivalent temps plein en 2017) et de priorisation des emplois titulaires dans la gestion de ces suppressions de poste* », qu'aucun contrat de travail n'a été proposé à Madame A et Madame C.

Enfin la Directrice précise que ces décisions n'ont pas à être motivées, les textes ne le prévoyant pas.

Analyse juridique

Aux termes de l'article 6 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 leur état de santé (...)* ». Ces dispositions sont également applicables aux agents non titulaires.

Selon l'article 3 du 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 : « *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.

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. »

Enfin, l'article 10 du 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 précise que : « *nul ne peut être nommé à un emploi dans 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* ».

Selon une analyse réaffirmée de façon constante par la jurisprudence administrative (voir notamment, Conseil d'État, 6 juin 2008, n°299943) :

- l'appréciation des conditions d'aptitude doit porter sur la capacité de chaque candidat, estimée au moment de l'admission,
- l'appréciation se fait *in concreto*, au regard des fonctions auxquelles le candidat postule,
- 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.

De surcroît, selon le Conseil d'État, l'aptitude de l'agent doit s'apprécier à la date de la prise de décision ^[1] au regard de l'ensemble des tâches susceptibles de lui être confiées.

Par sa délibération n° 2006-171 du 3 juillet 2006, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE) a estimé que « *l'aptitude physique de l'agent public doit s'apprécier à la date de la décision refusant la titularisation. La décision de licenciement fondée sur l'inaptitude physique future, potentielle et imprévisible de la réclamante est disproportionnée par rapport au but poursuivi, à savoir s'assurer de l'aptitude physique exigée pour l'exercice normal des fonctions postulées.* »

En l'espèce, les éléments communiqués par les à l'établissement hospitalier Y ne permettent pas de s'assurer que l'aptitude physique de Madame A ainsi que celle de Madame B et de Madame C ont été appréciées conformément à ces éléments.

Concernant Madame A

Il apparaît que Madame A assure depuis deux années des fonctions d'infirmières sous contrat à durée déterminée au sein de différentes structures médicales dont un CDD effectué à l'établissement hospitalier Y. Son état de santé n'a ainsi préalablement nécessité ni aménagement de poste, ni restrictions particulières et l'aptitude de Madame A n'a pas été remise en cause durant ces deux années d'exercice.

De surcroît, le médecin agréé du service de médecine statutaire des à l'établissement hospitalier Y, le Docteur K, n'a pas rendu d'avis d'inaptitude aux fonctions mais bien un avis d'aptitude avec réserve. Il précise, en outre, par courrier du 10 décembre 2015, qu'il « *ne s'agit pas d'un avis écrit pour l'immédiat mais le port de charges lourdes à répétition peut occasionner une inaptitude future* », la pathologie de la réclamante étant une scoliose d'intensité légère.

En outre, Madame A fournit un avis médical du médecin orthopédique qui conclut à aucune contre-indication à la poursuite de l'activité professionnelle infirmière et que la pathologie de la réclamante est ancienne (adolescence) et stable depuis 8 ans.

Enfin, et concernant la spécificité du poste en service « bloc opératoire », il convient de préciser que, nonobstant l'avis d'aptitude avec réserve, Madame A a été recrutée dans

^[1] CE, 19 décembre 1994, Marion, n°108772 et CAA Paris, M. X, 30 mars 2006. Délibération Halde 2006- GUBIEN

diverses structures au sein de divers services tels que le service de soins de suite et de réadaptation, le service de chirurgie et des urgences, le service post réanimation dont celui effectué au sein des services de l'établissement hospitalier Y, à l'hôpital P en service de soins de suite en 2015. L'ensemble de ces postes nécessitent, semble-t-il, un minimum de manutentions liées aux patients. Pour autant la réclamante a effectué ses missions en donnant satisfaction.

Selon le Conseil d'État, l'aptitude de l'agent doit s'apprécier à la date de la prise de décision ^[1] au regard de l'ensemble des tâches susceptibles de lui être confiées. En outre, comme évoqué précédemment, elle se fait au regard des fonctions auxquelles le candidat postule. Eu égard à ce qui précède, il apparaît que Madame A a bien été reconnue apte par le médecin agréé au moment de la procédure de recrutement et que la réclamante a effectué des missions de même nature que celles postulées en donnant satisfaction dans l'exercice de ses missions.

Ainsi, le motif avancé de l'inaptitude future de la réclamante comme motif substantiel de l'absence de recrutement est contraire à la jurisprudence précitée et revêt un caractère discriminatoire

Concernant Madame B

Il apparaît tout d'abord important de noter que la candidature de Madame B, en dehors de toute considération d'aptitude, semblait être retenue. En effet, le courriel de l'attachée d'administration hospitalière, suite à l'entretien de recrutement de la réclamante, envoyé en copie à l'ensemble du service en date du 22 février 2016 indique : « *j'ai le plaisir de vous confirmer le principe de votre recrutement sur le poste « d'admissionniste » vacant au bureau des admissions d'HEH, dès que les formalités administratives auront pu être effectuées et dans la mesure de la confirmation de votre aptitude médicale suite à la visite médicale que vous devrez passer.* ». Cet email était accompagné d'une simulation de salaire et de l'information du remboursement du transport à hauteur de 50%.

Il convient également de noter qu'ayant eu écho des difficultés rencontrées par la réclamante, le chef de service de Madame B, favorable à son recrutement, a proposé l'installation d'un siège ergonomique pour la concrétisation de l'embauche.

Ainsi, il apparaît que les restrictions apportées par le docteur W, médecin de prévention, lors de la visite du 26 février 2016 à l'issue de laquelle il avait estimé Madame B apte sur un poste sans aucune manutention, n'apparaissent pas, *in concreto*, incompatibles avec le poste d'admissionniste, ce qui semble être confirmé par l'accord du chef de service pour ce recrutement, alors même qu'il était au courant de ces réserves.

Pourtant, la Directrice des ressources humaines précise bien, dans son courrier du 16 mars 2016, que le refus de recrutement sur un poste administratif est justifié par cet avis d'aptitude avec restriction.

Par courrier de décembre 2018, la Directrice souligne, en outre, que « *concernant madame B, qui candidatait sur un poste d'adjointe administrative au bureau des admissions de l'hôpital Z, les mentions inscrites à son B2 ont été estimées incompatibles avec des fonctions exercées auprès du public et aucun contrat ne lui a été proposé* ».

Si l'on peut se questionner sur le recrutement de Madame B eu égard à une possible incompatibilité entre les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire au regard

^[1] CE, 19 décembre 1994, Marion, n°108772 et CAA Paris, M. X, 30 mars 2006. Délibération Halde 2006- GUBIEN

des fonctions postulées^[1], il n'en demeure pas moins que le motif substantiel et premier de la réponse défavorable à sa demande de recrutement avancé par l'établissement hospitalier Y est l'avis d'aptitude avec restriction émis par le médecin agréé, comme le souligne la directrice adjointe des ressources humaines dans son courrier du 17 mars 2016 adressé au délégué du Défenseur des droits.

Selon la jurisprudence précitée, l'aptitude de l'agent doit s'apprécier *in concreto*, au regard des fonctions auxquelles le candidat postule,^[1] et au regard de l'ensemble des tâches susceptibles de lui être confiées. Or, Madame B a été estimée apte à un poste sans manutention. Il n'apparaît pas qu'un poste administratif soit de nature à exercer principalement des missions de manutention, contrairement à certains postes de soignants ou de logistique. De surcroît, comme évoqué précédemment, l'article 3 du décret n° 91-155 précité dispose que l'aptitude s'étudie compte tenu des possibilités de compensation et des aménagements de postes envisageables, aménagement qu'a proposé le chef de service.

C'est pourquoi le motif avancé pour justifier de la décision de l'absence de recrutement de Madame B, à savoir son aptitude avec réserve, est contraire à la jurisprudence du Conseil d'État et revêt un caractère discriminatoire en raison de l'état de santé. Le motif additionnel de l'incompatibilité entre les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire n'est pas de nature à justifier le caractère discriminatoire de la procédure de recrutement.

Concernant Madame C

Madame C a effectué des remplacements au sein du groupement hospitalier F et a donné satisfaction dans l'exécution de ses fonctions. Par courriel du 22 février 2017, le directeur du service des ressources humaines et des services financiers du groupement hospitalier centre a précisé qu'à l'occasion de la visite du pré-recrutement, l'inaptitude de la réclamante a été soulevée car, en raison de sa pathologie, elle ne pouvait être soumise à des risques infectieux.

Selon la jurisprudence précitée, l'aptitude d'un agent à un poste s'étudie *in concreto* et le refus de recrutement ou un licenciement fondé sur l'inaptitude physique future, potentielle et imprévisible de la réclamante est disproportionnée par rapport au but poursuivi, à savoir s'assurer de l'aptitude physique exigée pour l'exercice normal des fonctions postulées.

En outre, une aptitude avec réserve ne peut être considérée comme une inaptitude.

Or, la conclusion, par le médecin agréé, des trois visites intervenues les 1^{er} décembre 2015, 12 décembre 2015 et 24 avril 2016, est une aptitude sous réserve, c'est-à-dire à une aptitude sans contact avec des services au sein desquels il y aurait des risques infectieux. Madame C est d'ailleurs soignée au sein du même groupement hospitalier comprenant l'hôpital Z, et son médecin précise qu'elle ne représente aucun risque pour les patients, son affection ne contre-indiquant aucun poste à l'hôpital. Seuls les services accueillant une grande quantité de tuberculeux ou un laboratoire de mycobactéries seraient susceptible de représenter un risque pour elle.

^[1] Aux termes de l'article 5 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires que : « Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire si les mentions portées au bulletin N°2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ». Le fait que la réclamante ait fait l'objet d'une condamnation à une peine d'amende d'un montant de 193 euros suite à un problème de voisinage peut être estimé incompatible avec l'exercice des fonctions d'accueil administratif.

^[1] CE, 19 décembre 1994, Marion, n°108772 et CAA Paris, M. X, 30 mars 2006. Délibération Halde 2006- GUBIEN

Ainsi Madame C n'a pas été reconnue inapte, tel que l'avance l'établissement hospitalier Y, mais bien apte avec réserve. En outre, son affection totalement stabilisée à l'heure actuelle, n'a pas soulevé de difficulté lors de ses remplacements en contrats à durée déterminée et n'a pas été reconnue incompatible avec les postes alors occupés.

Il ressort de ce qui précède que le motif avancé par les services de l'établissement hospitalier Y est contraire tant à la réglementation du statut de la fonction publique hospitalière en vigueur, qu'à la jurisprudence des juridictions administratives.

Le Directeur a fait savoir qu'un agent titulaire de l'établissement avait émis le souhait de rejoindre ce poste, qui allait être vacant à compter du 1^{er} décembre 2016, et qu'il y avait donc été affecté. Cet argument est sans effet sur le caractère discriminatoire de la procédure de recrutement de Madame C.

Conclusions

Pour le Défenseur des droits, l'aptitude avec réserve et l'inaptitude, parfois potentiellement future, de Mesdames A, B et C, alléguée pour justifier le rejet de leurs candidatures respectives, n'apparaît donc pas fondée sur l'analyse telle qu'elle ressort de la jurisprudence administrative.

Les avis médicaux portés par les médecins de prévention sur leur aptitude physique avec réserve ne permettent pas d'affirmer que l'état de santé de ces trois agents était incompatible avec l'exercice des fonctions auxquelles elles postulaient alors qu'au surplus, aucune tentative d'aménagement de poste n'a été réalisée et que, ce même état de santé n'a empêché précédemment, ni la réalisation de leurs missions, ni le renouvellement de leurs CDD.

De surcroît, si concernant Madame B, les mentions inscrites à son B2 pouvaient interdire *in fine* son recrutement, il n'en demeure pas moins que la procédure de recrutement a revêtu un caractère discriminatoire puisque le motif principal résidait dans son état de santé. Il en va de même pour la procédure de recrutement de Madame C même si le poste a finalement été pourvu par un autre agent.

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* ».

Or, comme il a été souligné plus avant, les procédures de recrutements et les décisions prises par l'administration ne reposent pas sur une appréciation de l'aptitude des réclamantes au moment de leur recrutement.

Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits estime que les décisions contestées par Mesdames B, A et C ne sont pas fondées sur des critères objectifs et qu'elles méconnaissent l'article 6 de la loi n°84-634 du 13 juillet 1983 précitée.

Par suite, le Défenseur des droits recommande à l'établissement hospitalier Y de se rapprocher de Mesdames B, A et C afin d'examiner les modalités de réparation intégrale des dommages subis du fait du caractère discriminatoire des décisions contestées.

Le Défenseur des droits demande au à l'établissement hospitalier Y de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON