

Paris, le 22 novembre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-288

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 le code du travail ;

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 ;

Vu le décret n°88-976 du 13 octobre 1988 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires hospitaliers, à l'intégration et à certaines modalités de mise à disposition ;

Vu le décret n°89-376 du 8 juin 1989 pris pour l'application de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière et relatif au reclassement des fonctionnaires pour raisons de santé ;

Saisi par Madame X qui estime avoir été discriminée pour n'avoir pas été réintégrée, à l'issue d'une disponibilité pour convenance personnelle, sur un poste compatible avec son état de santé,

Décide de recommander au directeur général du centre hospitalier universitaire de Z de procéder à l'indemnisation des préjudices subis par Madame X dès lors qu'elle en fera la demande.

Le Défenseur des droits demande au directeur général du centre hospitalier universitaire de Z 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 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le 29 mai 2017, lors d'une visite à la permanence d'un délégué territorial, Madame X a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative au refus de son employeur, le centre hospitalier universitaire (CHU) de Z, de la réintégrer, à l'issue d'une période de disponibilité pour convenances personnelles, dans un emploi compatible avec son état de santé.

Rappel des faits et de la procédure

Madame X a été embauchée comme auxiliaire de puériculture à la crèche hospitalière du CHU de Z le 1^{er} juin 1981.

Par lettre du 4 juin 1993, à la suite de soucis de santé et sur les conseils du médecin du travail, elle a demandé une mutation dans un autre service avec des horaires moins variables.

En 1997, à l'occasion d'une visite médicale d'aptitude, le médecin du travail l'a déclarée inapte aux fonctions d'auxiliaire de puériculture mais apte à un autre poste, avec des restrictions d'emploi : pas de port de charges, pas d'atmosphère bruyante.

Du 6 février 1995 au 31 décembre 2007, sans être officiellement reclassée, Madame X a exercé des fonctions administratives et de secrétariat dans les services techniques du CHU de Z.

Du 1^{er} janvier 2008 au 31 décembre 2012, Madame X a été placée sur sa demande en disponibilité pour convenances personnelles. Elle a demandé sa réintégration par lettre du 28 novembre 2012. Par décision du 11 février 2013, elle a cependant été maintenue en disponibilité pour six mois à compter du 1^{er} janvier 2013, au motif que sa demande de réintégration n'avait pas été formulée dans le délai de deux mois avant l'expiration de la période de disponibilité.

Par décision du 21 octobre 2013, ce maintien en disponibilité a été prolongé pour une durée d'un an à compter du 1^{er} juillet 2013 et ce, bien que Madame X ait fait valoir, dans son recours gracieux formulé le 20 mars 2013, que des emplois d'auxiliaires de puériculture avaient été publiés et que des concours avaient été ouverts.

En novembre 2013, Madame X a été convoquée à une visite médicale de reprise chez le médecin du travail qui, le 18 novembre 2013, l'a considérée comme apte à reprendre un poste de travail avec des restrictions : pas de manutentions de charges de plus de 8 kilos, pas de déplacements répétés ou prolongés, pas de travail à genoux, pas de tâches avec les bras levés au-dessus des épaules, pas de travail de nuit.

Le CHU de Z a affirmé, dans un courrier adressé au délégué du Défenseur des droits le 28 juillet 2017, avoir ensuite recherché, sans succès, des postes adaptés. Une décision de maintien en disponibilité à compter du 1^{er} janvier 2013 a toutefois été éditée le 6 janvier 2015.

Madame X, qui s'était trouvée dans l'obligation de s'inscrire comme demandeur d'emploi et avait obtenu le versement des allocations d'aide au retour à l'emploi, est revenue vers le CHU de Z, par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 10 juin 2016, pour lui rappeler qu'aucun poste ne lui avait encore été proposé et qu'elle serait en fin de droits à l'indemnisation du chômage à compter du 6 juillet 2016.

Par courrier du 26 août 2016, Madame X a alors été convoquée à la médecine du travail « *afin de déterminer votre affectation à un poste vous correspondant* ».

Elle ne sera cependant examinée que le 8 décembre 2016 par le médecin du travail, qui émettra l'avis suivant : inapte à occuper un poste d'auxiliaire de puériculture, apte à un autre poste avec des restrictions (pas de manutention de charge, pas de travail isolé, pas de travail de nuit, pas de tâches nécessitant une élévation des bras au-dessus du plan des épaules, pas d'efforts physiques intenses et prolongés), apte à suivre une formation professionnelle en vue d'un reclassement.

Le 20 janvier 2017, le CHU de Z a demandé au comité médical départemental de désigner un expert agréé afin de déterminer si Madame X « *est apte à ses fonctions d'auxiliaire de puériculture et à toutes fonctions hospitalières* ».

Le 5 avril 2017, le comité médical départemental a émis l'avis suivant :

« L'agent n'est pas apte à ses fonctions d'auxiliaire de puériculture. Elle n'est pas inapte à toutes fonctions hospitalières. Réintégration possible sur un poste adapté à son état de santé et à déterminer avec le médecin du travail ».

Par lettre du 14 mai 2017, le CHU de Z a invité Madame X à formuler une demande de reclassement pour raisons de santé. Par lettre du 8 juin 2017, cette dernière a demandé la saisine du comité médical supérieur, considérant que toutes ses pathologies n'avaient pas été prises en compte par le comité médical.

Le 22 septembre 2017, son médecin généraliste a rédigé un certificat médical concluant que l'état de santé actuel de Madame X n'était pas compatible avec la reprise d'une activité professionnelle.

Dans sa séance du 15 mai 2018, le comité médical supérieur a émis un avis défavorable à la demande de l'agent et conforme au comité médical, pour reclassement sur poste adapté.

Madame X n'a toutefois pas donné suite au courrier du CHU en date du 31 octobre 2018 l'invitant à nouveau à formuler une demande de reclassement.

Interrogé par le Défenseur des droits qui, dans un courrier du 25 septembre 2018, avait observé que la situation de Madame X aurait dû faire l'objet d'une décision définitive dès 2013 et que l'absence de reclassement dans un délai raisonnable avait causé un préjudice non négligeable à l'intéressée et pourrait être considérée comme discriminatoire, le CHU de Z a répondu que cette absence de décision définitive s'expliquait par le fait que Madame X n'avait pas retourné le formulaire de demande de reclassement qui était joint au courrier du 14 mai 2017, ainsi que par sa saisine du comité médical supérieur.

Par note récapitulative adressée au CHU de Z le 23 juillet 2019, le Défenseur des droits a démontré que le maintien en disponibilité de Madame X depuis au moins juin 2013 et l'absence de diligences pour la reclasser sur un poste adapté avant le courrier invoqué du 14 mai 2017, ne paraissent pas, en l'état du dossier, répondre aux exigences de non-discrimination imposées aux employeurs publics.

En l'absence de réponse du CHU dans le délai d'un mois à compter de la réception de cette note récapitulative, le Défenseur des droits a décidé d'adresser des recommandations au directeur général du CHU de Z, aux fins de réparation des préjudices de Madame X.

II- Analyse juridique

1) Rappel du cadre juridique

a) Le principe de non-discrimination

L'article 1^{er} 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 définit la discrimination directe comme « *la situation dans laquelle, sur le fondement [...] de son état de santé, [...], une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».

L'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires dispose qu'« *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, un dispositif adapté de la charge de la preuve s'applique lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur. Le Conseil d'État a ainsi considéré « *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* » (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348). Ce principe est également posé à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée.

a) Les garanties statutaires

Aux termes de l'article 37 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires hospitaliers, à l'intégration et à certaines modalités de mise à disposition,

« *Deux mois au moins avant l'expiration de la période de disponibilité en cours, le fonctionnaire doit solliciter soit le renouvellement de sa disponibilité soit sa réintégration. Faute d'une telle demande, l'intéressé est rayé des cadres, à la date d'expiration de la période de disponibilité.*
(...)

Le fonctionnaire qui ne peut être réintégré faute de poste vacant est maintenu en disponibilité jusqu'à sa réintégration et au plus tard jusqu'à ce que trois postes lui aient été proposés.

Le fonctionnaire qui, à l'issue de sa disponibilité ou avant cette date s'il sollicite sa réintégration anticipée, ne peut être réintégré pour cause d'inaptitude physique est soit reclassé dans les conditions prévues par la section 3 du chapitre V de la loi du 9 janvier 1986 susvisée, soit placé en disponibilité d'office dans les conditions prévues aux deux derniers alinéas de l'article 29 du présent décret, soit en cas d'inaptitude définitive à l'exercice des fonctions, admis à la retraite ou, s'il n'a pas droit à pension, licencié ».

En application de cette réglementation, le Conseil d'État a jugé que, « *si le fonctionnaire hospitalier en disponibilité depuis plus de trois ans ne bénéficie pas du droit à la réintégration dès la première vacance, prévu par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 37 du décret du 13 octobre 1988, il a toutefois droit à ce que des mesures soient prises dans un délai raisonnable, courant du jour à compter duquel il a demandé sa réintégration, pour que trois postes lui soient proposés comme le prévoient les dispositions du troisième alinéa du même article ; qu'à l'expiration de ce délai, le fonctionnaire a droit à ce que les emplois vacants correspondant à son grade lui soient proposés* » (CE, 12 mars 2012, n° 332091).

La jurisprudence administrative a également précisé que la radiation des cadres ne pouvait être prononcée, dans l'hypothèse où le fonctionnaire ne demandait pas sa réintégration ou le prolongement de sa disponibilité dans le délai réglementaire de deux mois, que s'il avait été informé que celle-ci interviendrait sans qu'une lettre de rappel ne lui soit adressée (CE, 4 mai 1990, n° 78786 ; CAA de Marseille, 17 juillet 2018, n° 16MA04015).

Madame X n'a pas été informée qu'aucune lettre de rappel ne lui serait adressée.

Il appartenait donc au CHU de Z de prendre toute mesure pour que trois postes soient proposés à Madame X dans un délai raisonnable

Par ailleurs, aux termes de l'article R. 4626-22 du code du travail, applicable, selon l'article D. 4626-1 du même code, aux établissements de santé, sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, « *L'agent fait l'objet, avant sa prise de fonction, d'un examen médical par le médecin du travail. Celui-ci est informé du poste auquel cet agent est affecté* ».

2) La situation de Madame X

Le CHU de Z qui, compte tenu de sa demande tardive de réintégration, avait prévu de réintégrer Madame X à compter du 1^{er} juillet 2013, ne l'a convoquée qu'au dernier trimestre de 2013 à une visite de reprise, alors, au surplus, qu'il ne pouvait ignorer que cet agent avait, antérieurement à sa disponibilité, fait l'objet de restrictions d'emploi.

Dans ces conditions, l'absence d'anticipation des conditions de réintégration de Madame X par une consultation tardive du médecin du travail constitue un élément du faisceau d'indices faisant présumer l'existence d'une discrimination pour raison de santé.

Lors de la visite médicale du 18 novembre 2013 en vue de la réintégration de Madame X, le médecin du travail a émis l'avis que cette dernière pourra reprendre un poste de travail avec un certain nombre de restrictions, déjà mentionnées ci-avant.

Aux termes de l'article 1^{er} du décret n° 89-376 du 8 juin 1989 pris pour l'application de l'article 71 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 précitée,

« Lorsqu'un fonctionnaire n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions, de façon temporaire ou permanente, et si les nécessités du service ne permettent pas un aménagement des conditions de travail, l'autorité investie du pouvoir de nomination, après avis du médecin du travail, dans l'hypothèse où l'état du fonctionnaire n'a pas nécessité l'octroi d'un congé de maladie, ou du comité médical, si un tel congé a été accordé, peut affecter ce fonctionnaire dans un poste de travail correspondant à son grade dans lequel les conditions de service sont de nature à permettre à l'intéressé d'assurer ses fonctions ».

Dans son courrier au Défenseur des droits du 15 novembre 2018, le CHU de Z affirme avoir poursuivi la recherche d'un poste adapté, sans être en mesure de pouvoir en proposer à Madame X.

Toutefois, aucune pièce du dossier n'atteste que des recherches de postes compatibles avec les préconisations du médecin du travail auraient été entreprises dans l'établissement.

Seul, un accord de principe pour qu'elle soit réintégrée dès que possible sur un poste administratif répondant aux restrictions émises par le médecin du travail a été communiqué à Madame X dans un courrier qui lui a été adressé le 7 mars 2014.

L'article 2 du décret du 8 juin 1989 précité prévoit que,
« Dans le cas où l'état physique d'un fonctionnaire, sans lui interdire d'exercer toute activité, ne lui permet pas de remplir les fonctions correspondant aux emplois de son grade, l'intéressé peut présenter une demande de reclassement dans un emploi relevant d'un autre grade de son corps ou dans un emploi relevant d'un autre corps.
L'autorité investie du pouvoir de nomination recueille l'avis du comité médical départemental ».

À cet égard, il est important de souligner que l'obligation de reclasser un agent public, devenu inapte à ses fonctions, est une obligation de moyens, qui a été érigée en principe général du droit par le Conseil d'État (CE, 2 octobre 2002, n° 227868, CCI de Meurthe-et-Moselle).

Le Conseil d'État a en effet précisé « qu'il résulte d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires, que lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement ».

L'employeur est donc tenu d'engager des démarches en vue de proposer un reclassement à l'agent dans un délai raisonnable. Un délai de quatre mois pris pour commencer à rechercher un poste de reclassement pour un agent reconnu inapte a été jugé déraisonnable (CAA de Bordeaux, 9 avril 2013, n° 12BX00099).

Si l'employeur public n'est pas tenu de reclasser un agent déclaré inapte, dès lors que ce reclassement est impossible, il lui appartient, pour justifier de cette impossibilité, de démontrer qu'il a effectué des démarches actives et loyales pour trouver une solution de reclassement.

L'absence de recherches sérieuses d'un poste adapté à l'état de santé de l'agent dans un délai raisonnable traduit un comportement discriminatoire.

Il ressort de l'examen du dossier en la possession du Défenseur des droits que le CHU de Z n'a pas apporté la preuve de recherches sérieuses de poste adapté à l'état de santé de son agent depuis janvier 2013, qu'il n'a, à nouveau, consulté le médecin du travail que le 8 décembre 2016 et qu'il n'a sollicité l'avis du comité médical que le 20 janvier 2017, c'est-à-dire plus de quatre ans après la demande de réintégration formulée par Madame X.

En outre, le CHU de Z n'a pas apporté la preuve que son abstention à reclasser Madame X dans un emploi compatible avec son état de santé dans un délai raisonnable repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

L'absence de réponse de l'intéressée à l'invitation à formuler une demande de reclassement qui lui a été communiquée le 14 mai 2017, ne saurait justifier l'inertie du CHU jusqu'à cette dernière date.

3) Le préjudice de Madame X

Madame X a été illégalement évincée de l'emploi à raison de son état de santé.

Cette situation engage la responsabilité du CHU de Z et l'oblige à réparer le préjudice qu'elle a subi.

C'est à Madame X qu'il appartient d'évaluer et de justifier le préjudice en lien avec les fautes commises par le CHU de Z.

À cet égard, le Défenseur des droits rappelle que l'agent public illégalement évincé a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a effectivement subi du fait de la mesure illégalement prise à son encontre. Sont indemnisables les préjudices de toute nature avec lesquels l'illégalité commise présente un lien de causalité (CE, 29 mars 2017, n° 382653).

Dans le cas de Madame X, peuvent être indemnisables à ce titre, ses pertes de rémunération pendant la période d'éviction illégale, compte tenu de ses chances de promotion et déduction faite des allocations de chômage qu'elle a perçues et de ses éventuels revenus professionnels perçus pendant ladite période.

Madame X serait également fondée à demander l'indemnisation du préjudice moral qu'elle estime avoir subi en raison de son maintien illégal hors du service, ainsi que de la perte de ses droits à pension de retraite (CE, 4 mai 2011, n° 316076).

Conclusion

Au vu de l'ensemble des éléments du dossier, le Défenseur des droits constate qu'il est clairement établi à l'encontre du CHU de Z :

- une violation des dispositions législatives et réglementaires protectrices des droits d'un fonctionnaire ;
- l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé d'un fonctionnaire.

En vue de compenser cette situation discriminatoire, le Défenseur des droits recommande au directeur général du centre hospitalier universitaire de Z de proposer à Madame X, dès lors qu'elle en aura fait la demande, une indemnité dont le montant doit réparer l'intégralité de la perte de rémunération et de la perte de retraite subies, ainsi que son préjudice moral.

Jacques TOUBON