

Paris, le 26 août 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-229

La Défenseure 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 ;

Vu le décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle au titre de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 ;

Saisie par M. X, aide-soignant au sein du service dermatologie du centre hospitalier universitaire (CHU) de Y, qui conteste son placement en arrêt de travail pour maladie ordinaire du 20 mars au 5 juillet 2020, qu'il estime constitutif d'une discrimination en raison de son état de santé dès lors qu'en tant que personne vulnérable, il aurait dû être placé en position d'autorisation spéciale d'absence (ASA) pour COVID-19 durant cette période et non pas en arrêt de travail pour maladie ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe, de recommander à la directrice générale du CHU de Y :

- de réexaminer la demande de M. X de bénéficier d'une ASA rétroactivement pour la période allant du 20 mars au 5 juillet 2020 avec rétablissement de sa rémunération durant cette période ou, à tout le moins, avec l'accord de l'intéressé, l'indemniser du préjudice financier subi ;

- de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires afin de rétablir dans leurs droits les autres agents qui se trouveraient dans une situation comparable à celle de M. X.

La Défenseure des droits demande à être informée des suites réservées à ses recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

▪ **Faits et procédure :**

Le Défenseur des droits a été saisi par M. X, aide-soignant au sein du service dermatologie du centre hospitalier universitaire (CHU) de Y, qui conteste son placement en arrêt de travail pour maladie ordinaire du 20 mars au 5 juillet 2020, qu'il estime constitutif d'une discrimination en raison de son état de santé.

Il fait valoir qu'en tant que personne vulnérable, il aurait dû être placé en position d'autorisation spéciale d'absence (ASA) pour COVID-19 durant cette période et non pas en arrêt de travail pour maladie.

Il produit à cet effet des certificats médicaux des 6 mai, 26 mai et du 5 juin 2020, transmis au CHU de Y, mentionnant que, compte tenu des recommandations sanitaires, M. X devait « *respecter une consigne d'isolement le conduisant à ne pas pouvoir se rendre son lieu de travail* ». Dans un certificat médical du 3 août 2020, son médecin traitant a également précisé que l'état de santé de M. X « *a nécessité une mesure d'isolement au travail pour vulnérabilité du 20 mars 2020 au 5 juillet 2020* ».

En outre, dans un certificat médical du 23 avril 2020, également transmis au CHU de Y, le médecin traitant de M. X a indiqué : « *patient à risque COVID-19 avec comorbidités* ».

Par courrier du 26 novembre 2020, le Défenseur des droits a adressé à la direction générale du CHU de Y une demande visant à régler le litige à l'amiable en l'invitant à réexaminer la situation de l'intéressé au regard du droit applicable.

Par un courrier reçu le 7 janvier 2021, le centre hospitalier a rejeté cette offre de médiation, en indiquant que :

- l'établissement était dans l'incapacité de connaître l'état de santé de M. X qui n'a jamais fourni de certificat médical précisant la pathologie dont il était atteint. Ce dernier ne rentrait donc pas dans les critères du document du 11 mai 2020 du ministère de l'Action et des comptes publics au titre duquel un agent présentant une ou plusieurs pathologies arrêtées par le haut conseil de santé publique devrait être placé en ASA, puisque l'établissement n'avait pas connaissance de ses vulnérabilités ;

- le décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 de finances rectificative pour 2020 ne concerne que les salariés de droit privé et ne s'applique donc pas à l'intéressé qui est un agent public ;

- la circulaire du 10 novembre 2020 ne spécifie pas qu'un certificat d'isolement permettrait à l'agent de bénéficier d'une autorisation spéciale d'absence et M. X n'a pas demandé à reprendre le travail mais a au contraire fourni des arrêts de travail ;

- la foire aux questions du 6 mai 2020 du ministère de la Santé pour les agents hospitaliers sur les sujets RH récurrents précise que « *les mesures particulières ci-dessous doivent être appliquées aux soignants à risque COVID-19 grave afin d'assurer la continuité du service tout en les protégeant au maximum. La pertinence de ces mesures devra être évaluée au cas par cas en lien avec la médecine du travail de l'établissement, en fonction de la gravité de la pathologie et son évolutivité* ». L'ensemble de ces mesures d'accompagnement sont bien mises en œuvres au sein du CHU de Y après avis de la médecine du travail pour les agents qui en font la demande ;

- « *l'autorisation spéciale d'absence est une prérogative du chef d'établissement visant à assurer le bon fonctionnement du service. Ce pouvoir s'exerce dans le cadre des motifs justifiant l'absence de l'agent du service au regard des impératifs de continuité du service public* ». Au regard de cette définition, si M. X avait bénéficié d'un placement en ASA, il aurait été susceptible d'être mobilisé en fonction des impératifs de continuité du service, ce qui n'était pas possible puisqu'il était en arrêt de maladie.

Un courrier récapitulatif daté du 29 mars 2021 a été adressé par le Défenseur des droits au directeur des ressources humaines du CHU de Y, qui y a répondu par un courrier reçu le 13 avril 2021, dans lequel il indique que :

- aux dates pendant lesquelles M. X conteste son placement en congé de maladie ordinaire du 20 mars au 5 juillet 2020, ni la circulaire du 10 novembre 2020 relative à l'identification et aux modalités de prise en charge des agents civils reconnus personnes vulnérables, ni l'instruction DGOS/RH3/2020 du 12 novembre 2020 n'avaient été publiées. Or aucun de ces documents n'a d'effet rétroactif et ils ne pouvaient donc pas s'appliquer en l'espèce ;

- le réclamant produisait un arrêt de travail à compter du 12 mars 2020 qu'il renouvelait régulièrement jusqu'au 5 juillet 2020, son médecin traitant estimant ainsi qu'il était inapte temporairement. Par suite, l'intéressé était placé en congé de maladie ordinaire et inscrit comme tel dans le tableau des effectifs. Le CHU de Y ignorait le motif médical justifiant l'arrêt de travail de l'agent. En effet, ce dernier communiquait à l'établissement le volet n° 2 de son arrêt à destination de l'employeur qui ne fait pas état du motif de l'arrêt ;

- l'examen de la possibilité d'octroi d'un ASA par l'administration est subordonnée au fait que l'agent soit apte à ses fonctions. Seul le fonctionnaire en position d'activité peut bénéficier d'une ASA. Si M. X communiquait au CHU de Y des certificats médicaux de son médecin traitant indiquant qu'il devait être isolé et qu'il s'agissait d'un patient à risque COVID-19, l'établissement constatait que l'agent était déjà en arrêt de travail et en déduisait qu'il n'avait donc aucune mesure particulière à prendre pour le protéger. En effet, préalablement au placement en ASA, l'agent doit être apte en ce qu'il doit pouvoir exercer ses fonctions sur un poste aménagé. Dès lors, M. X étant temporairement inapte pendant la période litigieuse, il n'était pas éligible à l'octroi d'une ASA. Par conséquent, M. X bénéficiant d'un congé de maladie ne pouvait être placé en ASA. L'intéressé ne pouvait donc bénéficier de l'ASA en ce qu'il était inapte ;

- M. X n'apporte pas d'éléments suffisants de nature à faire présumer qu'il aurait fait l'objet d'une discrimination liée à son état de santé. En effet, dès réception de son premier arrêt de travail, il a été placé en congé de maladie ordinaire. Le CHU de Y n'a pas traité moins favorablement M. X qu'un autre agent dans une situation comparable. Aucun des agents de l'établissement placé en congé de maladie pendant la période litigieuse n'a bénéficié d'une ASA COVID-19.

▪ **Discussion :**

Selon 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 (...)* ».

Les articles 1^{er} et 2 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 prohibent les discriminations fondées sur l'état de santé notamment dans l'emploi public.

Dans sa fiche « Travail et Covid-19 : quelles sont les règles ? », du 11 juillet 2020, certes postérieure à la période concernée, la direction de l'information légale et administrative (DILA), a encore confirmé le placement en ASA des agents reconnus vulnérables, en soulignant que : « *si vous êtes une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave de l'infection au Covid-19, et si le travail est impossible, vous êtes placée en ASA. Vous devez, pour cela, fournir à votre administration un certificat d'isolement établi par votre médecin* ».

Le Conseil d'Etat a rappelé que peut constituer une norme juridique opposable tout document de portée générale émanant d'autorités publiques, qu'il s'agisse d'une circulaire, d'une note d'interprétation ou même d'une « note d'actualité » (CE, 12 juin 2020, GISTI, n° 418142).

En l'espèce, la plupart des documents gouvernementaux précités applicables à la date des faits sont opposables au centre hospitalier universitaire de Y. Les agents devaient, ainsi, en application des règles précitées et à défaut de possibilité de télétravail, être placés en ASA, toute autre décision pouvant être considérée comme illégale et discriminatoire.

Par suite, en application des règles précitées qui étaient opposables durant la période concernée (20 mars au 5 juillet 2020) au CHU de Y, ce dernier aurait dû examiner la possibilité de placer M. X en ASA COVID-19.

Par ailleurs, il convient de souligner que, postérieurement à la date des faits, le décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, applicable aux agents de droit privé mais dont certains des principes ont été repris dans une circulaire du 10 novembre 2020 de la directrice générale de l'administration et de la fonction publique, relative à l'identification et aux modalités de prise en charge des agents publics civils reconnus personnes vulnérables, a précisé les nouveaux critères applicables et les modalités de prise en charge des personnes vulnérables.

Ainsi, conformément à ces règles plus récentes, si trois conditions sont réunies (pathologie ou situation inscrite dans la liste, recours au télétravail impossible et mesures de protection insuffisantes c'est-à-dire l'aménagement du poste de travail), l'agent remet un certificat d'isolement établi par son médecin traitant à son employeur qui le place en ASA. En cas de désaccord entre l'employeur et l'agent, l'employeur doit saisir le médecin du travail, qui rendra un avis sur la compatibilité des aménagements de poste avec la vulnérabilité de l'agent. En attendant cet avis, l'agent est placé en ASA.

En outre, une instruction n° DGOS/RH3/2020 du 12 novembre 2020, également postérieure à la date des faits, relative à la prise en compte de l'évolution de COVID-19 pour les personnels de la fonction publique hospitalière et pour les personnels médicaux exerçant dans les établissements publics de santé, du ministre des Solidarités et de la santé, est venue notamment rappeler les modalités de placement de ces agents en ASA COVID-19.

De telles dispositions, s'il est vrai qu'elles n'étaient pas applicables à la date des faits, permettent toutefois de préciser et clarifier les règles précitées plus anciennes.

Ainsi, contrairement à ce qu'indique le CHU, un certificat d'isolement doit permettre d'être placé en ASA si les autres conditions sont réunies.

Or, en l'espèce, il ressort du dossier que le réclamant a bien transmis au CHU de Y des certificats médicaux des 6 mai, 26 mai et du 5 juin 2020, mentionnant que compte tenu des recommandations sanitaires, M. X devait « *respecter une consigne d'isolement le conduisant à ne pas pouvoir se rendre son lieu de travail* ». Dans un certificat médical du 3 août 2020, son médecin traitant a également précisé que l'état de santé de M. X « *a nécessité une mesure d'isolement au travail pour vulnérabilité du 20 mars 2020 au 5 juillet 2020* ».

En outre, dans un certificat médical du 23 avril 2020, également transmis au CHU de Y, le médecin traitant de M. X a indiqué : « *patient à risque COVID-19 avec comorbidités* ».

Ainsi, contrairement à ce qu'indique le CHU de Y, ce dernier avait bien connaissance de la situation de vulnérabilité de l'intéressé, ce qu'il a d'ailleurs reconnu par la suite devant le Défenseur des droits, et aurait dû alors, conformément aux règles précitées, placer M. X en ASA COVID-19 en l'absence de possibilité de mise en place d'un télétravail ou de mesures d'aménagement de son poste de travail pour le protéger.

Par ailleurs, contrairement à ce que retient le CHU, le congé de maladie ordinaire qui est une position d'activité n'induit pas l'inaptitude de l'agent à ses fonctions, qui n'a en tout état de cause pas été retenue en l'espèce par un médecin et qui peut seule résulter d'un avis médical et non pas d'une appréciation de l'administration comme cela est le cas en l'espèce.

Par suite, les refus de placer M. X en ASA COVID-19 alors qu'il en remplissait toutes les conditions doivent être regardés comme constitutifs d'une discrimination en raison de son état de santé, dès lors que cela constitue un traitement défavorable en lien avec l'état de santé de l'agent, ces refus conduisant notamment à une perte de rémunération (notamment, en matière de primes, correspondant en l'espèce à un manque à gagner d'environ 1700 €).

Par conséquent, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que le Défenseur des droits considère que M. X a été victime d'une discrimination prohibée en raison de son état de santé eu égard aux refus de le placer en ASA COVID-19 durant la période considérée en méconnaissance notamment de l'article 6 de la loi du n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée.

C'est pourquoi, j'ai décidé de recommander à la directrice générale du CHU de Y de réexaminer la demande de M. X de bénéficier d'une ASA rétroactivement pour la période allant du 20 mars au 5 juillet 2020 avec rétablissement de sa rémunération durant cette période, ou à tout le moins, avec l'accord de l'intéressé, l'indemniser du préjudice financier subi.

J'ai également décidé de lui recommander de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires afin de rétablir dans leurs droits les autres agents qui se trouveraient dans une situation comparable à celle de M. X.

Je souhaite être informée des suites réservées à mes recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON