

Paris, le 23 novembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-281

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 ;

Vu 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 ;

Saisie par M. X, aide-soignant au sein du centre hospitalier de Y, d'une réclamation relative à son placement en arrêt de travail pour maladie du 18 mai au 1^{er} juin 2020 et du 26 octobre au 30 novembre 2020 et non pas en autorisation spéciale d'absence (ASA) COVID-19, ce qu'il estime constitutif d'une discrimination fondée sur son état de santé ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe, de recommander au directeur délégué du centre hospitalier de Y :

- de réexaminer la demande de M. X de bénéficier d'une ASA rétroactivement pour les périodes allant du 18 mai au 1^{er} juin 2020 et du 26 octobre au 30 novembre 2020 avec

rétablissement de sa rémunération durant cette période ou, à tout le moins, avec l'accord de l'intéressé, de 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 :**

La Défenseure des droits a été saisie par M. X, aide-soignant au sein du centre hospitalier de Y, d'une réclamation relative à son placement en arrêt de travail pour maladie du 18 mai au 1^{er} juin 2020 et du 26 octobre au 30 novembre 2020 et non pas en autorisation spéciale d'absence (ASA) COVID-19, ce qu'il estime constitutif d'une discrimination fondée sur son état de santé.

Il convient de rappeler qu'en raison de son affection de longue durée (diabète), son médecin traitant l'a déclaré en confinement à partir du 17 mars 2020, décision prolongée à trois reprises en raison de l'urgence sanitaire (jusqu'au 1^{er} juin). Ainsi dans un certificat médical du 16 mars 2020 du médecin traitant de l'intéressé, il était mentionné : « *l'état de santé de M. X justifie le confinement pour quatorze jours* ».

Placé en ASA COVID-19 du 17 mars au 17 mai 2020, M. X a cependant reçu au début du mois de mai 2020 un courrier de la direction de l'hôpital lui demandant de revenir travailler à partir du 18 mai, et affirmant que si une prescription du médecin traitant s'y opposait, sa prise en charge en autorisation spéciale d'absence (ASA) COVID-19 ne serait plus effective à partir du 18 mai et qu'il serait ainsi considéré en arrêt de travail pour maladie.

Le réclamant a repris son travail le 1^{er} juin mais aurait souhaité, conformément aux avis médicaux, être placé en position d'ASA COVID-19 du 18 mai jusqu'au 1^{er} juin, afin notamment de ne pas subir de perte financière.

Par ailleurs, contrairement aux indications de son médecin traitant, M. X n'a pas non plus été placé en ASA COVID-19 du 26 octobre au 30 novembre 2020, mais en congé de maladie ordinaire.

Or, dans un certificat du 26 octobre 2020, le médecin traitant de M. X a indiqué : « *confinement pour vulnérabilité (personne à risque COVID)* » pour la période allant du 26 octobre au 6 novembre 2020. Cette mention a été réitérée dans un certificat médical du même médecin du 6 novembre 2020, pour la période allant du 6 novembre au 30 novembre 2020.

C'est ainsi, qu'un autre de ses médecins traitants a précisé dans un certificat du 26 octobre 2020, que : « *M. X doit, compte tenu des recommandations sanitaires respecter une consigne d'isolement le conduisant à ne plus pouvoir se rendre sur son lieu de travail pour une durée de 15 jours sous réserve de l'avis du médecin du travail* ».

Par courrier du 8 juillet 2020, une instruction a été menée par le Défenseur des droits auprès du centre hospitalier de Y.

Le centre hospitalier y a répondu par courrier reçu le 6 août 2020, en indiquant que :

- l'intéressé a bien perçu l'intégralité de son traitement pendant sa période de congé maladie ordinaire (CMO) et qu'il n'y a pas eu d'application de jour de carence. Le temps passé en CMO est sans effet sur les droits à congés annuels, les droits à l'avancement, à l'ancienneté et sur la constitution et la liquidation des droits à pension de retraite. Toutefois, en l'espèce, il y aura un impact financier lié aux abattements réglementaires de la prime de service correspondant à un montant total de 400 € brut ;

- le centre hospitalier ne comprend pas de service d'urgence, de réanimation ou de service d'accueil des patients COVID+. Ainsi, conformément à l'avis du haut conseil de santé publique du 14 mars 2020, une autorisation d'absence pour éviction des professionnels n'était pas requise ;

- aucun patient, résident ou professionnel de l'établissement n'a été identifié comme COVID+ depuis le début de la crise sanitaire ;

- afin de protéger les patients, résidents et professionnels et de permettre la continuité du service public, l'établissement a mis en place des mesures de prévention renforcées notamment par la mise à disposition d'équipements de protection individuelle pour les professionnels, équipements qui n'ont pas fait l'objet de pénurie. Il a également été procédé à la fermeture de l'établissement aux visites et à toute personne extérieure à l'établissement ;

- dans son nouvel avis du 23 mai 2020, le haut conseil de la santé publique envisage la question de l'adaptation des recommandations d'éviction des personnels intervenant dans les établissements de santé, selon qu'ils sont symptomatiques ou asymptomatiques afin de déterminer si leur maintien en poste est envisageable face à l'impératif de continuité du service. Le ministère des Solidarités et de la santé a relayé la position du haut conseil de la santé publique dans une fiche de synthèse du 27 mai 2020 en précisant que « *le haut conseil de la santé publique estime que la mise en éviction de nombreux soignants pourrait entraver de manière importante la continuité des soins et qu'elle ne doit donc pas être systématique* ».

Au vu de ces éléments de réponse, un courrier récapitulatif a été adressé par le Défenseur des droits au directeur délégué du centre hospitalier le 11 décembre 2020, lui indiquant que la Défenseure des droits pourrait être amenée à considérer que M. X a fait l'objet d'une discrimination. Il n'a pas été répondu à ce courrier.

▪ **Discussion :**

Aux termes des dispositions 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 (...)* ».

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.

L'article 21 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et l'article 45 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière consacrent la notion d'autorisation spéciale d'absence (ASA).

L'ASA est un pouvoir du chef de service visant à assurer le bon fonctionnement du service. Ce pouvoir s'exerce dans le cadre des motifs justifiant l'absence de l'agent au regard des impératifs de continuité du service public.

Dans son avis du 14 mars 2020, le Haut Conseil de la Santé Publique a identifié 11 affections, dont le diabète – pathologie dont le réclamant souffre – constituant une vulnérabilité particulière au COVID-19 pour les personnes en étant atteintes.

En application notamment de cet avis, par un communiqué de presse du 16 mars 2020 sur « *la gestion du COVID-19 dans la fonction publique* », le secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Action et des comptes publics, précisait que dans l'hypothèse où le télétravail n'était pas possible, les agents publics devaient être placés en ASA.

Le ministère de la Transformation et de la fonction publiques et la direction générale de la fonction publique (DGAFP) ont régulièrement rappelé, dès le mois de mars 2020, que les personnes vulnérables ne pouvant télé-travailler n'étaient pas indispensables à la continuité de l'activité et devaient être placées en ASA¹ avec maintien de la rémunération, droits à l'avancement et à pension de retraite².

Une note de la DGAFP du 7 avril 2020³ a également rappelé qu'en l'absence de possibilité de télétravail, les agents concernés (atteints d'une pathologie fixée par le haut conseil de santé) pouvaient bénéficier d'une ASA.

Le décret n° 2020-521 du 5 mai 2020⁴, également applicable à la date des faits, a précisé les 11 situations ou affections constituant des vulnérabilités particulières au COVID-19. Y figure notamment le diabète dont souffre le réclamant.

La prolongation du placement en ASA de ces agents vulnérables a été confirmée, au-delà du 11 mai 2020, par un document en date du 11 mai 2020 du ministère de l'action et des comptes publics (intitulé « Questions – Réponses COVID-19, Sortie du confinement dans la fonction publique », Version du 11 mai 2020). Il y est également précisé qu'« *en l'absence de possibilité de télétravail, l'employeur public place en ASA les agents publics présentant une ou plusieurs pathologies arrêtées par le haut conseil de la santé publique et, à titre préventif, les femmes enceintes à partir du troisième trimestre et les personnes âgées de 65 ans et plus* ».

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 placé 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, les documents gouvernementaux précités applicables à la date des faits sont opposables au centre hospitalier. 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 les périodes concernées (du 18 mai au 1^{er} juin 2020 et du 26 octobre au 30 novembre 2020) au centre hospitalier, ce dernier aurait dû examiner la possibilité de placer M. X en ASA COVID-19.

¹ « Covid 19 Questions/réponses pour les employeurs et agents publics », ministère de la transformation et de la fonction publiques, <https://www.fonction-publique.gouv.fr/coronavirus-covid-19-questionsreponses-pour-employeurs-et-agents-publics> (lien désactivé depuis).

Voir également, DGAFP, 17 mars 2020 : [QUESTIONS-REPONSES FP \(002\).DOCX \(cnfpt.fr\)](#)

² « Situation des agents publics, comparatif public-privé », DGAFP, 17 mars 2020, https://www.cfdt-ufetam.org/download.php?file=wp-content/uploads/2020/03/fiche_dgaftp_situation_personnel_covid-19_17-03-20.pdf

³ « Procédures de déclaration d'arrêts de travail pour garde d'enfant dans le cadre du COVID-19 et pour les agents présentant une ou plusieurs pathologies fixées par le Haut conseil de la santé publique ainsi que pour les femmes enceintes à partir du 3^{ème} trimestre ».

⁴ 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.

Par ailleurs, il convient de souligner que, par la suite 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 applicables à la deuxième période pour laquelle M. X demandait à bénéficier d'une ASA COVID-19, l'agent doit remplir trois conditions :

- être dans l'une des situations ou pathologies décrites dans le décret du 10 novembre 2020 ;
- être dans l'impossibilité de recourir totalement au télétravail ;
- et, enfin, ne pas pouvoir bénéficier des mesures de protection renforcées prévues dans le décret⁵.

Si ces 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.

Cette instruction rappelle ainsi que, conformément au décret précité n° 2020-1365 du 10 novembre 2020, les agents publics vulnérables sont ceux qui se trouvent dans l'une des 11 situations ou affections constituant des vulnérabilités particulières au COVID-19 et qui ne peuvent ni recourir totalement au télétravail, ni notamment bénéficier sur le lieu de travail des mesures de protection renforcées précitées.

⁵ a) L'isolement du poste de travail, notamment par la mise à disposition d'un bureau individuel ou, à défaut, son aménagement, pour limiter au maximum le risque d'exposition, en particulier par l'adaptation des horaires ou la mise en place de protections matérielles ; b) Le respect, sur le lieu de travail et en tout lieu fréquenté par la personne à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés : hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec changement de ce masque au moins toutes les quatre heures et avant ce délai s'il est mouillé ou humide ; c) L'absence ou la limitation du partage du poste de travail ; d) Le nettoyage et la désinfection du poste de travail et des surfaces touchées par la personne au moins en début et en fin de poste, en particulier lorsque ce poste est partagé ; e) Une adaptation des horaires d'arrivée et de départ et des éventuels autres déplacements professionnels, compte tenu des moyens de transport utilisés par la personne, afin d'y éviter les heures d'affluence ; f) La mise à disposition par l'employeur de masques de type chirurgical en nombre suffisant pour couvrir les trajets entre le domicile et le lieu de travail lorsque la personne recourt à des moyens de transport collectifs.

Elle indique que la prise en charge spécifique des agents vulnérables ne peut être engagée qu'à la demande de ceux-ci et sur la base d'un certificat d'isolement délivré par un médecin traitant.

Sur la base de ce certificat d'isolement, l'employeur doit d'abord envisager de placer l'agent en télétravail pour l'intégralité de son temps de travail.

Si le recours au télétravail est impossible, il appartient à l'employeur de déterminer, en lien avec le médecin du travail, les aménagements de poste nécessaires à la reprise du travail en présentiel par l'agent concerné, dans le respect des mesures de protection telles que préconisées par le Haut conseil de santé publique dans ses avis du 19 juin et du 23 juillet 2020.

Si l'employeur estime être dans l'impossibilité d'aménager le poste de façon à protéger suffisamment l'agent, celui-ci est alors placé en ASA.

L'instruction rappelle qu'en cas de désaccord entre l'employeur et l'agent sur les mesures de protection mises en œuvre, 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 doit être placé en ASA.

L'instruction précise aussi que l'avis d'arrêt de travail établi par le médecin doit comporter la mention « *vulnérable* » dans le motif d'arrêt ainsi que la mention « en rapport avec une ALD ».

Or, en l'espèce M. X a produit, comme il a été dit pour les périodes précitées, des certificats médicaux indiquant « *confinement pour vulnérabilité (personne à risque COVID)* » (certificats des 26 octobre et 6 novembre 2020), qui ont été adressés par l'intéressé au centre hospitalier.

Un autre médecin traitant de M. X a même précisé dans un certificat du 26 octobre 2020, que : « *M. X doit, compte tenu des recommandations sanitaires respecter une consigne d'isolement le conduisant à ne plus pouvoir se rendre sur son lieu de travail pour une durée de 15 jours sous réserve de l'avis du médecin du travail* ».

Pour la période précédente du 18 mai au 1^{er} juin 2020, M. X produit un certificat médical du 16 mars 2020 du médecin traitant de l'intéressé, dans lequel il était mentionné : « *l'état de santé de M. X Laurent justifie le confinement pour quatorze jours* », qui a été prolongé à trois reprises par la suite jusqu'au 1^{er} juin 2020.

Par suite, contrairement à ce qui est indiqué par l'hôpital, le réclamant avait droit à être maintenu en ASA COVID-19 du 18 mai au 1^{er} juin 2020 et du 26 octobre au 30 novembre 2020 et à ne pas être placé en arrêt de travail pour maladie pendant cette période.

Ainsi, 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 400 €).

Par conséquent, la Défenseure 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 les périodes considérées en méconnaissance notamment de l'article 6 de la loi du n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée.

C'est pourquoi, la Défenseure des droits recommande au directeur délégué du centre hospitalier de Y de réexaminer la demande de M. X de bénéficier d'une ASA rétroactivement pour les périodes allant du 18 mai au 1^{er} juin 2020 et du 26 octobre au 30 novembre 2020 avec

rétablissement de sa rémunération durant cette période ou, à tout le moins, avec l'accord de l'intéressé, de l'indemniser du préjudice financier subi.

Elle lui recommande également 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