

Paris, le 23 novembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-282

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 Mme X, aide-soignante en reclassement au bureau des entrées du centre hospitalier universitaire (CHU) de Y, qui estime que son placement en arrêt de travail pour maladie ordinaire du 16 mars au 10 mai 2020 et non pas en autorisation spéciale d'absence (ASA) pour COVID-19 comme l'imposait sa vulnérabilité au COVID est constitutif d'une discrimination en raison de son état de santé ;

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 Mme X de bénéficier d'une ASA rétroactivement pour la période allant du 16 mars au 10 mai 2020 avec rétablissement de sa rémunération durant cette période, ou à tout le moins, avec l'accord de l'intéressée, 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 Mme 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 Mme X, aide-soignante en reclassement au bureau des entrées du CHU de Y, qui conteste son placement en arrêt de travail pour maladie ordinaire du 16 mars au 10 mai 2020, qu'elle estime constitutif d'une discrimination en raison de son état de santé.

Elle indique qu'en tant que personne vulnérable, elle aurait dû être placée en position d'autorisation spéciale d'absence (ASA) pour COVID-19 durant cette période et non pas en arrêt de travail pour maladie. Elle produit notamment trois certificats d'arrêts de travail transmis à l'hôpital, dont deux comportent la mention : « *patient à risque de COVID-19 en rapport avec une ALD* » et un troisième « *risque COVID-19* ».

Par courrier du 7 décembre 2020, le Défenseur des droits a sollicité la direction générale du CHU de Y en vue d'obtenir le réexamen de la situation de l'intéressée. L'établissement n'a pas souhaité y réserver une suite favorable, en indiquant par un courrier reçu le 18 janvier 2021, que :

- il était dans l'incapacité de connaître l'état de santé de Mme X qui n'a jamais fourni de certificat médical précisant la pathologie dont elle était atteinte. Cette dernière ne rentre 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 ces 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'intéressée 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 Mme 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 Mme X avait bénéficié d'un placement en ASA, elle aurait été susceptible d'être mobilisée en fonction des impératifs de continuité du service, ce qui n'était pas possible puisqu'elle était en arrêt de maladie.

Un courrier du 6 avril 2021 récapitulant les éléments de fait et de droit au regard desquels la Défenseure des droits était susceptible de considérer que Mme X a fait l'objet d'une discrimination a été adressé au directeur des ressources humaines du CHU de Y, qui y a répondu par un courrier reçu le 13 avril 2021, en faisant valoir que :

- aux dates pendant lesquelles Mme X conteste son placement en congé de maladie ordinaire du 16 mars au 10 mai 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 ;

- la réclamante produisait un arrêt de travail à compter du 16 mars 2020 qu'elle renouvelait régulièrement jusqu'au 10 mai 2020, son médecin traitant estimant ainsi qu'elle était inapte temporairement. Par suite, l'intéressée était placée en congé de maladie ordinaire et inscrite 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, cette dernière 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'une 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 Mme X communiquait au CHU de Y des certificats médicaux de son médecin traitant indiquant qu'il s'agissait d'une patiente avec une ALD et à risque COVID-19, l'établissement constatait que l'agent était déjà en arrêt de travail et en déduisait qu'elle 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, Mme X étant temporairement inapte pendant la période litigieuse, elle n'était pas éligible à l'octroi d'une ASA. Par conséquent, Mme X bénéficiant d'un congé de maladie ne pouvait être placée en ASA. L'intéressée ne pouvait donc bénéficier de l'ASA en ce qu'elle était inapte ;

- Mme X n'apporte pas d'éléments suffisants de nature à faire présumer qu'elle aurait fait l'objet d'une discrimination liée à son état de santé. En effet, dès réception de son premier arrêt de travail, elle a été placée en congé de maladie ordinaire. Le CHU de Y n'a pas traité moins favorablement Mme 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 :**

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 la pathologie chronique respiratoire susceptible de décompenser lors d'une infection virale (apnée du sommeil) – pathologie dont la réclamante 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.

Aussi, le ministère de la Transformation et de la fonction publiques et la direction générale de la fonction publique (DGAFF) 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 DGAFF 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 figurent l'obésité et la pathologie chronique respiratoire susceptible de décompenser lors d'une infection virale (apnée du sommeil), 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* ».

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

² « Situation des agents publics, comparatif public-privé », DGAFF, 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.

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. RONCELIN 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.

En l'espèce, il ressort du dossier que la réclamante a bien transmis au CHU de Y trois certificats d'arrêts de travail des 17 mars, 7 avril et 1^{er} mai 2020, marqués comme reçus par ce dernier respectivement les 18 mars, 7 avril et 4 mai 2020, sur lesquels figure la mention : « *patient à risque de COVID-19 en rapport avec une ALD* » à deux reprises et « *risque COVID-19* » sur le dernier avis d'arrêt de travail.

Ainsi, contrairement à ce que soutient le CHU de Y, ce dernier avait bien connaissance de la situation de vulnérabilité de l'intéressée, ce qu'il a d'ailleurs reconnu par la suite devant le Défenseur des droits dès lors que la réclamante avait bien transmis au CHU ses arrêts de travail mentionnant qu'elle était une personne à risque au regard du COVID-19, et il aurait dû alors, conformément aux règles précitées, placer Mme 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 la protéger.

S'il est vrai qu'aucun certificat médical d'isolement n'a été établi, il convient de rappeler qu'à la date des faits, soit du 16 mars au 10 mai 2020, aucune règle n'était venue préciser qu'un tel document était nécessaire en vue d'un placement en ASA.

Par ailleurs, à la différence de ce que retient le CHU, le congé de maladie ordinaire qui est une position d'activité, n'induit pas nécessairement 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 durant la période concernée 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 Mme X en ASA COVID-19 alors qu'elle en remplissait toutes les conditions doivent être regardés comme constitutifs d'une discrimination en raison de son état de santé, dès lors qu'ils constituent un traitement défavorable en lien avec l'état de santé de l'agent, ces refus conduisant notamment à une perte de rémunération.

Par conséquent, la Défenseure des droits considère que Mme 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 la Défenseure des droits recommande à la directrice générale du CHU de Y de réexaminer la demande de Mme X de bénéficier d'une ASA rétroactivement pour la période allant du 16 mars au 10 mai 2020 avec rétablissement de sa rémunération durant cette période ou, à tout le moins, avec l'accord de l'intéressée, 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 Mme 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