

## Délibération n°2010-22 du 1<sup>er</sup> février 2010

### ***Etat de grossesse - Emploi secteur public – recrutement – examens médicaux- Recommandations***

*La réclamante, candidate à un emploi d'agent administratif hospitalier, n'a pu être recrutée au motif qu'elle ne peut, en raison de son état de grossesse, se conformer à la réglementation relative à l'aptitude physique des agents de la fonction publique hospitalière qui exige une radiographie pulmonaire. En effet, cet examen est proscrit en cas de grossesse. La haute autorité a constaté que cette réglementation constitue une discrimination indirecte à raison du sexe et de l'état de grossesse prohibée par la directive 2002/73 CE et sanctionnée par la jurisprudence de la CJCE. En conséquence, le Collège de la haute autorité a invité le Président à recommander au Directeur de l'Etablissement public de santé, un réexamen bienveillant de la candidature de la réclamante, dans le cadre d'un nouveau contrat, ou à défaut d'engagement, le versement d'une indemnité en réparation des préjudices matériel et moral subis, en lui versant une indemnité représentative des salaires qu'elle aurait perçus. Le Collège a également recommandé au Ministre de la santé et des sports, de préciser par voie de circulaire, l'ensemble des examens alternatifs auxquels il doit être procédé afin de satisfaire aux exigences réglementaires de recrutement, permettant la délivrance d'un certificat d'aptitude médicale.*

Le Collège :

Vu la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail,

Vu la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et notamment l'article 5 ;

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment l'article 19,

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°88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la Fonction Publique Hospitalière ;

Vu le code du travail.

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité a été saisie par courrier en date du 29 février 2008 par Madame X d'une réclamation relative à la décision de l'Assistance Publique-Hôpitaux de renoncer à son recrutement en raison de son état de grossesse.

Par courrier en date du 19 septembre 2007, l'intéressée reçoit une convocation l'informant « *qu'elle est convoquée le 5 octobre 2007, suite à sa candidature en qualité d'Agent Administratif à l'Assistance publique-Hôpitaux, à une commission de pré-recrutement* ».

Par courrier en date du 10 octobre 2007, l'APH lui indique que «  *votre candidature a été retenue. Mes services prendront contact avec vous en fonction des postes à pourvoir, dans les semaines ou mois à venir. »*

Fin novembre 2007, la réclamante reçoit un appel téléphonique de l'APH lui précisant qu'elle est recrutée sous un contrat à durée déterminée de 3 mois (du 15 décembre 2007 au 15 mars 2008) sur le site de l'Hôpital Y. On lui demande également de venir retirer un dossier de recrutement à compléter dans un délai de 10 jours.

De retour à son domicile, la réclamante prend connaissance du dossier et constate à la lecture de la page relative aux examens médicaux qu'il est prescrit «  *une radio pulmonaire, avec la mention '(ne pas faire en cas de grossesse)' »*

Or, Madame X étant enceinte de 3 mois, elle ne peut pas faire l'examen prescrit. Elle en a, aussitôt, informé Madame Z, responsable des services des recrutements de l'APH.

Le congé de maternité de la réclamante a pris fin le 15 juillet 2008 et elle indique qu'elle souhaiterait obtenir un poste au sein de l'APH.

Par courrier en date du 20 juin 2008, le Directeur des Ressources Humaines de l'APH, a indiqué à la haute autorité que «  *la décision de renoncer au recrutement de Madame X n'émane pas de Madame Z, adjoint des cadres hospitaliers, responsable du service des recrutements, agissant intuitu-personae mais en sa qualité de fonctionnaire hospitalier appliquant la réglementation (celle-ci est énoncée dans la copie du courrier adressé à Madame X le 28 novembre 2007) et ce sous mon autorité directe. Madame X refusant de se conformer à cette réglementation de la fonction publique hospitalière qui vise notamment les examens médicaux à réaliser n'a pu donc, très réglementairement, voir son recrutement aboutir : son état de grossesse n'a donc pas été un élément de rejet. De même, cet état de grossesse n'entraîne pas pour l'administration l'obligation de recrutement contrairement aux affirmations de l'intéressée, tant lors de sa conversation téléphonique que par rapport aux textes surlignés qu'elle nous a fait parvenir. (...) »*

Le DRH a également transmis à la haute autorité une copie d'un courrier qu'il aurait adressé le 28 novembre 2007 à Madame X, en envoi simple, en réponse au courrier adressé par la réclamante le 27 novembre 2007.

Il ressort de ce courrier que «  *l'APH a pris contact avec [la réclamante] le 23 novembre 2007 pour engager une procédure de recrutement le 26 novembre 2007. [la réclamante] a indiqué ne pas pouvoir faire pratiquer la radio-pulmonaire du fait de votre état de grossesse. (...) Cependant, il est possible de faire une radio des poumons avec un tablier de plomb en prenant l'avis au préalable de votre médecin traitant ou votre gynécologue ou d'effectuer un test immunologique au QUANTIFERON –TB Gold (non pris en charge à ce jour par la sécurité sociale). Si aucune de ces solutions ne vous convient, je vous invite à nous contacter dès que vous pourrez vous conformer au décret ci-dessus cité. »*

Madame X conteste avoir été destinataire de ce courrier.

La haute autorité a déjà eu à connaître de la question du refus de recrutement d'un agent en raison de son état de grossesse lors de l'examen de plusieurs dossiers. Le Collège de la haute autorité a relevé que le refus de recrutement en raison de l'état de grossesse constitue une discrimination à raison du sexe prohibée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, transposée à l'article 6 bis de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et sanctionnée par la jurisprudence constante de la CJCE.

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 prohibe désormais formellement la discrimination fondée sur *l'état de grossesse* dans la fonction publique.

Ce dossier de Madame X pose la question spécifique des conditions d'aptitude physique exigées des candidats à un emploi de la fonction publique en état de grossesse.

Ces conditions sont définies à l'article 5 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 qui dispose que « *nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire (...) s'il ne remplit pas les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction* ». Les agents contractuels sont soumis à une visite médicale d'embauche obligatoire qui relève de la médecine statutaire.

En ce qui concerne la Fonction Publique Hospitalière, la médecine de prévention des conditions de travail et de la santé des agents est appelée Médecine du Travail du Personnel Hospitalier (MTPH). Elle concerne tous les salariés, quel que soit leur statut.

La MTPH est régie par le décret n°85-947 du 16 août 1985, modifiant le code du travail, relatif à l'organisation et au fonctionnement des services médicaux du travail dans les établissements mentionnés à l'article L. 792 du code de la santé publique et dans les syndicats inter-hospitaliers. Le code du travail s'applique donc à la Fonction Publique Hospitalière.

Les risques hospitaliers pour les personnels de ce secteur, soignants ou non, ont conduit à l'élaboration d'une réglementation plus précise que dans les deux autres fonctions publiques en prévoyant notamment que le moment spécifique de la visite médicale d'embauche faite par le médecin du travail devait précéder la prise de fonction.

Aussi, tous les agents de la Fonction Publique Hospitalière sont assujettis à une double prise en charge médicale organisée par l'employeur :

La première relève 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 spécifique à l'organisation de la médecine agréée et prévoit une visite médicale d'embauche telle que le dispose son article 10 : « *Nul ne peut être nommé à un emploi de 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. Au cas où le praticien de médecine générale a conclu à l'opportunité d'un examen complémentaire, l'intéressé est soumis à l'examen d'un médecin spécialiste agréé.* »

La seconde relève du médecin du travail du personnel hospitalier et est précisé aux articles R 4624-11, R 4 626-22, R 4626-23 et, R 4626-24 du code du travail (ancien article R 242-15, abrogé par le décret n°2008-244 du 7 mars 2008) qui dispose que :

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. (R 4626-22)

« *L'examen médical d'embauche a pour finalité :*

1° *De s'assurer que le salarié est médicalement apte au poste de travail auquel l'employeur envisage de l'affecter ;*

2° *De proposer éventuellement les adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes ;*

3° *De rechercher si le salarié n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres travailleurs.* » (R 4624-11)

*L'examen médical comporte notamment :*

1° *Une épreuve cutanée à la tuberculine, sauf production d'un certificat de moins de trois mois émanant d'un pneumo-phtisiologue agréé ;*

2° Une radiographie pulmonaire, sauf si l'intéressé fournit un cliché pulmonaire datant de moins de trois mois. (R 4626-23)

*Le médecin du travail procède ou fait procéder aux examens complémentaires prévus par les dispositions en vigueur pour certaines catégories de travailleurs exposés à des risques particuliers. » (R 4626-24)*

L'épreuve cutanée à la tuberculine et la radiographie pulmonaire permettent de diagnostiquer les formes pulmonaires et donc contagieuses de la tuberculose. La tuberculose est une maladie infectieuse transmissible.

La radiographie pulmonaire utilise les rayons X et son principe consiste à imprimer sur un film radiographique les différences de densité du poumon. Elle est à la base du diagnostic de la tuberculose maladie et permet un diagnostic précoce lors du dépistage de la tuberculose.

En cas de grossesse, si la radiographie du thorax est indispensable, elle peut être pratiquée avec des précautions particulières, tel que le port d'un tablier protecteur en plomb placé sur le ventre de la patiente.

Outre la radiographie pulmonaire, et d'après le ministère de la santé, la tuberculose peut être dépistée par différents moyens alternatifs :

- l'intradermoréaction à la tuberculine (IDR).
- les prélèvements bactériologiques.

Il est constaté que les dispositions du code du travail, sur lesquelles se fonde le mis en cause ne mentionnent pas les voies alternatives de dépistages s'offrant à la candidate enceinte afin de procéder à l'examen sans risque.

*Invitée à présenter ses observations dans le cadre de la procédure contradictoire, par courrier en date du 21 juillet 2008, l'APH a fait valoir, par courrier en date du 14 août 2008 que « l'aptitude à exercer une fonction n'est pas à mettre en cause et le recrutement de Madame X n'a pas été arrêté en raison de son état de grossesse, mais uniquement parce qu'elle ne pouvait être soumise à un examen médical à cause de cet état. Je vous fais parvenir, une note du Docteur T, responsable de la Médecine Agréée et statutaire de l'APH qui précise la réglementation à ce sujet. Le non recrutement de l'intéressée n'est pas une discrimination à son encontre, mais simplement l'application de cette réglementation ».*

En l'espèce c'est donc parce qu'elle n'a pas été soumise à cette radiographie que Madame X n'a pu être recrutée. Aucun élément du dossier ne démontre formellement qu'il lui ait été proposé d'autres options. Elle soutient, en effet, ne pas avoir été destinataire du courrier du 28 novembre 2007 que l'APH indique lui avoir adressé.

Il ressort ainsi des éléments recueillis au cours de l'enquête que cette décision présente un caractère discriminatoire en ce qu'elle serait indirectement fondée sur l'état de grossesse de Madame X. Il est en effet démontré que le refus de la réclamante de passer la radiographie pulmonaire, du fait de sa grossesse, a conduit à l'interruption de son recrutement.

Au surplus, les examens médicaux prévus par les articles R 4624-11 et R 4626-22, 23 et 24 du code du travail ne semblent pas pénaliser uniquement les femmes enceintes, mais toutes personnes qui en raison de leur état de santé, ne peuvent procéder à un tel examen.

A ce titre, la haute autorité a également invité, par courrier en date du 27 mars 2009, le ministre du travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarités et de la Ville à présenter ses observations sur cette problématique.

Par courrier en date du 17 avril 2009, le ministre du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité de la ville a transmis, par bordereau de transmission, au Chef de Cabinet de la Ministre de la Santé et des sports, la demande d'observations de la HALDE.

En dépit de plusieurs relances (par télécopies et téléphoniques) le ministère de la Santé et des Sports n'a pas apporté de réponse. Les services du ministre ont, afin de justifier les délais de traitement, indiqué que « *la problématique complexe nécessitait une analyse attentive des textes et qu'une réponse serait transmise à la haute autorité dans les meilleurs délais* ».

En conséquence, le Collège invite le Président à recommander au Directeur de l'Assistance Publique des Hôpitaux, un réexamen bienveillant de la candidature de Madame X dans le cadre d'un nouveau contrat, ou à défaut d'engagement, le versement d'une indemnité en réparation des préjudices matériel et moral subis, en lui versant une indemnité représentative des salaires qu'elle aurait perçus équivalent à la période du 15 décembre 2007 au 15 mars 2008.

Le Collège invite, également, le Président à recommander au Ministre de la santé et des sports, de préciser par voie de circulaire, l'ensemble des examens alternatifs auxquels il doit être procédé afin de satisfaire aux exigences réglementaires de recrutement, permettant la délivrance d'un certificat d'aptitude médicale (*notamment à la radiographie pulmonaire*). Ces précisions ne devront pas pour autant permettre à un employeur d'écarter une candidate qui aurait, en raison de sa grossesse, choisi un examen alternatif à la radiographie, dévoilant ainsi sa situation.

Le Collège souhaite être tenu informé des suites données à ses recommandations dans un délai de trois mois, à compter de la notification de la présente.

Une copie de la présente délibération est adressée au ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat.

*Le Président,*

Louis SCHWEITZER