

## Délibération n° 2008-131 du 16 juin 2008

### ***Etat de santé/Handicap – Emploi secteur public (fonction publique hospitalière) – Recommandation***

*La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie d'une réclamation relative au refus de mise en stage et de reconduction de contrat de travail à durée déterminée, opposé par un employeur public, à une aide soignante diabétique, suite à une décision d'inaptitude rendue par les instances médicales de l'administration.*

*Le Collège de la haute autorité considère, d'une part, que les avis d'inaptitude rendus successivement par le médecin agréé puis par le comité médical départemental, fondés sur l'évolution supposée de l'état de santé de la réclamante, sont infondés et illégitimes et, d'autre part, que les décisions prises par le mis en cause, en ce qui concerne le refus de stage de la réclamante ainsi que le non renouvellement de son contrat, sont contraires aux dispositions de l'article 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et constitutives, à ce titre, d'une discrimination fondée sur le handicap.*

*En conséquence, le Collège rappelle au mis en cause ses obligations en application des articles 6 et 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 et lui recommande, par ailleurs, de se rapprocher de la réclamante afin de lui accorder une juste réparation du préjudice subi.*

*En outre, le Collège recommande au ministre chargé de la Fonction publique, d'une part, de rappeler aux instances médicales chargées de l'appréciation de l'aptitude des candidats à un emploi public ainsi qu'aux employeurs publics leurs obligations au sens des dispositions des articles 5 (5°), 6 et 6 sexies de la loi du n°83-634 du 13 juillet 1984 et, d'autre part, d'engager une modification des dispositions du décret n°88-386 du 19 avril 1988 afin de rendre opposable, aux instances médicales précitées, les certificats médicaux établis par les médecins spécialistes de la pathologie concernée, appartenant au personnel enseignant et hospitalier ou ayant la qualité de praticien hospitalier.*

Le Collège :

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et notamment ses articles 5 (5°) et 6 sexies,

Vu la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière et notamment son article 27.I,

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 et notamment ses articles 3 et 10 ;

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,

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

1. Par courrier, en date du 5 février 2007, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie d'une réclamation relative à la situation de Madame X qui s'estime victime d'une discrimination, fondée sur son état de santé, dans le cadre d'un refus de stage en vue d'une titularisation et de la non-reconduction de son contrat de travail à durée déterminée.
2. Madame X est atteinte d'un diabète insulino-dépendant de type 1 depuis l'âge de 14 ans. Elle est reconnue travailleur handicapé depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2006 et classée en catégorie B.
3. La réclamante a exercé comme aide soignante au centre de long séjour, du 3 février 2003 jusqu'au 31 décembre 2006, où elle a été employée sous contrats à durée déterminée successifs, renouvelés onze fois. Elle est rattachée administrativement au centre hospitalier.
4. Lors de la visite médicale d'embauche, le 14 février 2003, la médecine du travail a reconnu, à la réclamante, une aptitude totale à son poste.
5. Par courrier, en date du 17 mars 2006, le directeur du centre hospitalier propose à Madame X de procéder à sa mise en stage, à compter du 1<sup>er</sup> juin 2006, sous réserve de l'avis favorable de la médecine du travail.
6. Le 31 mars 2006, le médecin du travail rend un avis d'aptitude avec réserve et formule les observations suivantes : « *Contre indication au travail de nuit. Pour avis à la stagiairisation à la fonction publique hospitalière saisir le médecin agréé (décret du 19/04/88, décret du 22/04/97)* ».
7. Le 8 juin 2006, médecin agréé déclare la réclamante inapte aux fonctions d'aide soignante salariée dans la fonction publique, aux termes d'un avis motivé comme suit : « *Le diabète insulino-dépendant entraînant des malaises hypoglycémiques dangereux pour l'intéressé et autrui, est incompatible avec l'activité professionnelle en tant qu'aide soignante salariée de la fonction publique. Le diabète insulino-dépendant entraînant inéluctablement un congé de longue maladie dans les années à venir est incompatible avec une activité professionnelle salariée dans la fonction publique [...]* ».
8. Le 19 juillet 2006, sur le fondement de l'avis du médecin agréé, le comité médical départemental émet, à l'égard de la réclamante, un avis d'inaptitude aux fonctions d'aide soignante au titre de la fonction publique.
9. Par suite, le 4 septembre 2006, le centre hospitalier indique à Madame X qu'il n'est pas en mesure de réserver une suite favorable à sa mise en stage en qualité d'aide soignante et lui notifie également son intention de ne pas reconduire son contrat à durée déterminée au-delà du 31 décembre 2006.
10. Dans le cadre d'une expertise, réalisée le 6 décembre 2006 à la demande de la réclamante, un médecin spécialiste en endocrinologie diabétologie au CHU conclut : « *Compte tenu d'un diabète stable, bien équilibré, sans complication dégénérative, et avec une prise en*

*charge adéquate par la patiente, il ne me paraît pas contre-indiqué que la patiente puisse exercer une fonction d'aide soignante dans la fonction publique ».*

11. Nonobstant les conclusions de cette expertise, dans sa séance du 20 décembre 2006, le comité médical départemental, saisi par la réclamante dans le cadre d'un recours gracieux, maintient sa décision d'inaptitude rendue le 19 juillet 2006.
12. Selon l'article 27.I de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière : *« Aucun candidat ayant fait l'objet d'une orientation en milieu ordinaire de travail par la commission prévue à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles ne peut être écarté, en raison de son handicap, d'un concours ou d'un emploi de la fonction publique, sauf si son handicap a été déclaré incompatible avec la fonction postulée à la suite de l'examen médical destiné à évaluer son aptitude à l'exercice de sa fonction, réalisé en application des dispositions du 5° de l'article 5 ou du 4° de l'article 5-bis du titre Ier du statut général des fonctionnaires (...) ».*
13. Selon les dispositions du 5° de l'article 5 de la loi 83.634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : *« nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire... s'il ne remplit les conditions d'aptitude physiques exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap ».*
14. Aux termes de l'article 10 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 : *« 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 ».*
15. Il ressort des éléments de l'enquête menée par la haute autorité que le médecin agréé désigné pour apprécier l'aptitude de Madame X, n'est pas spécialiste dans la pathologie de la réclamante. En effet, celui-ci est expert spécialiste en médecine du sport, médecine légale, traumatismes cranio-cérébraux, criminologie et agressologie.
16. En outre, le médecin agréé n'a pas pris en compte, alors même qu'il y fait référence dans son rapport, le certificat médical établi le 13 avril 2006 par le médecin endocrinologue au CHU, aux termes duquel ce dernier certifie que : *« Madame X présente un diabète de type I non compliqué. Elle est depuis un mois et demi traitée par pompe à insuline avec une amélioration de l'équilibre glycémique quotidien. La pompe est bien gérée ainsi que la surveillance de son diabète ».*
17. Au contraire, le médecin agréé a reconnu la réclamante inapte aux fonctions d'aide soignante dans la fonction publique au motif que le diabète insulino-dépendant entraîne inéluctablement un congé de longue maladie dans les années à venir.
18. Or, selon une jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 16 janvier 2006 – n° 267563), constitue une erreur de droit le fait de déclarer un candidat inapte à un emploi en se

fondant sur la seule circonstance de l'affection dont il est atteint, sans rechercher s'il suit ou non, un traitement de nature à bloquer l'évolution de l'affection, ce qui est le cas en l'espèce.

19. Par ailleurs, dans deux délibérations de principe n° 2006-171 du 3 juillet 2006 et n° 2007-135 du 24 mai 2007, le Collège de la haute autorité considère qu'alors même qu'un candidat à un emploi public serait atteint d'une affection médicale évolutive pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie, cela ne suffirait pas à démontrer qu'il n'a pas les capacités requises pour exercer les fonctions inhérentes à l'emploi postulé. Par conséquent, l'aptitude physique d'un candidat à un emploi public doit s'apprécier au moment de la prise de décision, au regard des tâches susceptibles de lui être confiées après sa titularisation. Toute décision fondée sur l'inaptitude physique future, potentielle et imprévisible du candidat constitue une mesure disproportionnée lui conférant un caractère discriminatoire.
20. En l'espèce, par un jugement du 3 avril 2008, dans le cadre du recours contentieux engagé par la réclamante à l'encontre de la décision du centre hospitalier de non reconduction de son contrat, le tribunal administratif conclut que : *« en l'absence de toute démonstration de l'administration défenderesse tendant à démontrer que les conditions d'emploi de Mme X impliquaient des sujétions particulières incompatibles avec son état de santé, il doit être considéré que l'inaptitude de la requérante à l'exercice de la fonction d'aide soignante dans la fonction publique hospitalière n'est pas établie ; que par suite la requérante est fondée à demander l'annulation de la décision qu'elle conteste »*.
21. En outre, il convient de souligner que le médecin agréé n'a pas pris en compte, pour fonder sa décision d'inaptitude, les compensations susceptibles d'être mises en place au titre du handicap de la réclamante, ainsi que l'y oblige le 5° de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983.
22. En conséquence, les avis d'inaptitude de Madame X à la fonction d'aide soignante dans la fonction publique, rendus successivement par le médecin agréé puis par le comité médical départemental, apparaissent comme infondés et illégitimes.
23. Par ailleurs, l'article 6 sexies, de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires dispose que : *« Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10°, et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur »*.
24. En l'espèce, le mis en cause se fonde sur l'inaptitude de Madame X pour justifier sa décision de refus de stage probatoire et de non reconduction de son contrat à durée déterminée, sans démontrer qu'il a pris les mesures appropriées à l'égard de la réclamante afin de lui permettre d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à ses qualifications.

25. Le mis en cause ne démontre pas non plus, pour justifier sa décision, l'incapacité et l'incompétence de la réclamante dans l'exercice de ses fonctions d'aide soignante.
26. En effet, alors que la pathologie de la réclamante était déjà diagnostiquée lors de son embauche sous contrat à durée déterminée, sa compétence professionnelle et son aptitude physique à exercer les fonctions d'aide soignante n'ont jamais été remises en cause par sa hiérarchie, au cours des quatre années passées au centre hospitalier, la reconduction systématique de ses contrats de travail attestant, notamment, de sa qualité professionnelle.
27. Par conséquent, les décisions prises par le mis en cause, en ce qui concerne le refus de stage probatoire de la réclamante ainsi que le non renouvellement de son contrat, apparaissent comme contraires aux dispositions de l'article 6 et 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et constitutives, à ce titre, d'une discrimination fondée sur le handicap.
28. Au vu de ce qui précède, le Collège de la haute autorité rappelle au médecin agréé et au directeur du centre hospitalier leurs obligations respectives en application, d'une part, des dispositions de l'article 5(5°) et, d'autre part, des articles 6 et 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983.
29. Le Collège recommande, par ailleurs, au directeur du centre hospitalier de se rapprocher de la réclamante afin de lui accorder une juste réparation du préjudice subi.
30. A défaut, le Collège de la haute autorité se réserve la possibilité de présenter, le cas échéant, ses observations dans le cadre d'un recours engagé par la réclamante en vue de la réparation de son préjudice.
31. Enfin, le Collège invite le Président à recommander au ministre chargé de la Fonction publique, d'une part, de rappeler aux instances médicales chargées de l'appréciation de l'aptitude des candidats à un emploi public ainsi qu'aux employeurs publics leurs obligations au sens des dispositions des articles 5 (5°), 6 et 6 sexies de la loi du n°83-634 du 13 juillet 1984 et, d'autre part, d'engager une modification des dispositions du décret n°88-386 du 19 avril 1988 afin de rendre opposables, aux instances médicales précitées, les certificats médicaux établis par les médecins spécialistes répondant aux conditions fixées par l'article 3 dudit décret.
32. Il sera rendu compte à la haute autorité du suivi de l'ensemble de ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente délibération.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER