



Paris, le 31 mars 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-003

Le Défenseur 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 Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 ;

Vu la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par Mme X, aide-soignante au sein de l'hôpital de Y, qui dénonce le caractère discriminatoire des dispositions de l'article 3 de l'arrêté du 24 mars 1967 modifiant les conditions d'attribution de primes de service aux personnels de certains établissements d'hospitalisation, de soins ou de cure publics en ce qu'il prévoit que, pour le calcul du montant de cette prime, toutes les journées d'absences, y compris celles justifiées par des motifs de santé, entraînent un abattement ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON

I. Rappel des faits et de la procédure

Mme X, aide-soignante au sein de l'hôpital de Y depuis 1988, est atteinte de la maladie de « Basedow » et d'une polyradiculonévrite (maladie neurologique), ce qui a justifié, à plusieurs reprises, son placement en congé maladie au cours des années 2007 à 2011.

En application de l'article 3 de l'arrêté du 24 mars 1967 précité, qui dispose que « *pour tenir compte des sujétions journalières réelles, toute journée d'absence entraîne un abattement d'un cent quarantième du montant de la prime individuelle. Toutefois, n'entraîne pas abattements les absences résultant : du congé annuel de détente ; d'un déplacement dans l'intérêt du service ; d'un congé consécutif à un accident de travail ou à une maladie professionnelle ; d'un congé de maternité* », le montant de la prime de service de la réclamante a sensiblement diminué entre 2007 et 2011, en raison de ses absences.

Par courrier du 1^{er} août 2012, Mme X a contesté le montant des primes qui lui étaient attribuées depuis 2007 auprès du Directeur du centre hospitalier qui lui a répondu avoir appliqué le dispositif réglementaire prévu par l'arrêté du 24 mars 1967 précité.

C'est dans ce contexte qu'elle a sollicité l'intervention du Défenseur des droits, sur le fondement du caractère discriminatoire de cette réglementation.

Par courriers des 7 janvier et 6 août 2014, le Défenseur des droits a sollicité les observations du Ministère des affaires sociales et de la santé qui a répondu, par courriers des 6 mars et 20 octobre 2014, en faisant valoir que le centre hospitalier de Y avait procédé à une stricte application de la réglementation.

Il n'en demeure pas moins que cette réglementation constitue une discrimination indirecte à l'encontre des personnes souffrant d'un handicap.

II. Analyse juridique

Aux termes de l'article 1^{er} de la directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, « *la présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur (...) le handicap(...) en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les Etats membres, le principe de l'égalité de traitement* ».

De même, l'article 1^{er} 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 prohibe toute forme de discrimination fondée sur le handicap.

Sur la définition du handicap

La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006, approuvée par le Conseil au nom de la Communauté européenne par une décision 2010/48/CE du 26 novembre 2009, fait partie intégrante du droit de l'Union européenne.

L'article 1^{er}, second alinéa, de la Convention définit les personnes handicapées comme « *des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* ».

Le handicap ne saurait être défini par sa source. A l'occasion d'un arrêt « Ring et Skouboe Werge » du 11 avril 2013 (C-335/11 et C-337/11), la CJUE rappelle qu' « *il irait à l'encontre de l'objectif même de cette directive [n° 2000/78], qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement, d'admettre que celle-ci puisse s'appliquer en fonction de l'origine du handicap* » (point 40).

Il ressort de la définition précitée que la notion du handicap se caractérise d'une part, par une limitation des capacités de la personne concernée et, d'autre part, par le caractère durable de ces limitations.

En l'espèce, Mme X souffre de la maladie de Basedow et d'une maladie neurologique depuis 2007, nécessitant un traitement médical, qui la fragilise. Le médecin conseil de l'assurance maladie a d'ailleurs reconnu l'affection dont elle souffre comme une maladie de longue durée. Depuis 2007, l'état de santé de Mme X ne s'est pas amélioré.

Au regard de ces éléments, il semble que la réclamante puisse être reconnue comme une personne handicapée, au sens de la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006.

Sur la définition du travailleur handicapé

En application de la définition proposée par la Convention des Nations unies, la CJUE définit la notion de « handicap » au sens de la directive 2000/78, comme « *une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée* » (arrêt « Ring et Skouboe Werge », point 41, précité).

Il convient de démontrer que le handicap qui affecte la personne concernée entraîne une gêne dans l'exercice des activités professionnelles pour permettre l'application de la directive 2000/78, laquelle vise à protéger les personnes qui, dans le cadre de leur travail, souffrent d'un handicap. La notion de « handicap » doit s'appréhender au vu des conséquences de la pathologie sur le maintien dans l'emploi de la personne.

Ce critère est fondamental puisque la Cour de justice a refusé de retenir la qualification de travailleur handicapé au sujet d'une femme dans l'incapacité d'avoir des enfants dès lors que son affection n'a pas « *entraîné une impossibilité d'accomplir son travail* », ni « *constitué une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle* » (CJUE, 18 mars 2014, C-363/12).

La CJUE a précisé, à l'occasion de l'arrêt « Ring et Skouboe Werge », que « *un handicap n'implique pas nécessairement l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle* » (point 43). A cet égard, contrairement aux prétentions du ministère, le fait que la maladie n'ouvre pas de droit au congé de longue maladie ou au congé de longue durée n'est pas approprié pour confirmer que l'affection constitue un handicap.

La Cour a également précisé que « *le constat de l'existence d'un handicap ne dépend pas de la nature des mesures d'aménagement* » (point 45), puisque celles-ci sont « *la conséquence et non l'élément constitutif de la notion de handicap* » (point 46). Les critères de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH), ou de la demande d'aménagement du poste de travail, ne sauraient donc être suffisants pour apprécier le caractère handicapant d'une pathologie.

En l'espèce, Mme X subit effectivement une gêne importante dans l'exercice de son activité professionnelle puisqu'elle est régulièrement placée en arrêt maladie depuis 2008, en raison des traitements médicaux qu'elle suit.

D'ailleurs, il est admis que les travailleurs handicapés peuvent se trouver davantage confrontés à des arrêts maladie que tout autre travailleur. Cet état de fait est confirmé par la Cour de justice dans l'arrêt « Ring et Skouboe Werge » précité, à l'occasion duquel le juge européen a sanctionné la législation danoise qui autorisait un employeur à mettre fin au contrat de travail avec un « préavis réduit » d'un mois si le travailleur concerné avait été absent, pour cause de maladie, pendant 120 jours au cours des 12 derniers mois. La Cour de justice considère que « *en comparaison avec un travailleur valide, un travailleur handicapé est exposé au risque supplémentaire d'une maladie liée à son handicap* » (point 76).

Dès lors que les absences de Mme X sont liées à son handicap, il y a lieu de conclure que les affections dont elle souffre font obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle et, par conséquent, qu'elle peut être qualifiée de travailleur handicapé au sens de la Directive 2000/78.

Sur l'existence d'une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs handicapés

L'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précité dispose que « *constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

Il est admis que la prime de service est liée à l'exercice effectif des fonctions et que l'absence de l'agent peut avoir pour conséquence la baisse, voire la suppression, d'une telle indemnité (CE, 18 novembre 2011, n° 344563). De manière constante, le juge administratif considère que les primes qui sont liées à l'exercice des fonctions ne peuvent pas être versées aux agents placés en congé de longue maladie ou de longue durée (par exemple, CAA Bordeaux, 24 juin 2008, n° 06BX02586, s'agissant de l'indemnité d'administration et de technicité ; CAA Marseille, 20 janvier 2004, n° 02MA01936, s'agissant de l'indemnité spéciale aux personnels des services actifs de la police).

L'absence de droit au maintien des indemnités liées à l'exercice des fonctions pour les agents absents du service, notamment pour des raisons médicales, est donc établie par le juge administratif, et peut être considérée comme un objectif légitime.

Néanmoins, il est admis que, dans des cas strictement définis par la réglementation, le versement d'une indemnité liée à l'exercice des fonctions pourrait être maintenu alors même que l'agent est absent du service.

L'arrêté du 8 avril 1975, notamment, a complété à l'article 3 de l'arrêté du 24 mars 1967, les exceptions au principe de l'abattement du montant de la prime en fonction des jours d'absences qui concernent ainsi les absences pour maternité, pour un accident du travail, une maladie professionnelle, pour les congés annuels, ou encore pour les missions commandées par l'employeur.

Pour justifier ces dérogations, le Ministère des affaires sociales et de la santé fait valoir que « *pour les absences au titre d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'exception s'explique par le lien existant entre le travail et l'arrêt induit ; s'agissant des absences durant la durée légale du congé de maternité, la dérogation correspond à une mesure s'inscrivant dans une politique de protection de la maternité* ».

En outre, même si l'abattement sur la rémunération s'applique aux absences pour formation professionnelle, il apparaît qu'il n'est effectif que si le total des journées d'absences pour ce motif excède 52 jours par an.

Aucune dérogation n'est admise envers les travailleurs handicapés, qui se trouvent pourtant exposés au risque supplémentaire d'une maladie liée à leur handicap, comme il l'a été indiqué précédemment.

Le critère de l'exercice effectif des fonctions auquel est subordonné le versement de la prime, même s'il constitue un objectif légitime, peut donc emporter des conséquences particulièrement défavorables à l'encontre de ces travailleurs.

Le refus de prévoir dans l'arrêté du 24 mars 1967 la possibilité de verser l'indemnité aux travailleurs handicapés qui seraient absents pour des raisons liées à leur handicap n'apparaît ainsi pas justifiée.

Les dispositions actuelles de l'article 3 de l'arrêté du 24 mars 1967 modifiant les conditions d'attribution de primes de service aux personnels de certains établissements d'hospitalisation, de soins ou de cure publics sont donc constitutives d'une discrimination indirecte à l'égard des travailleurs handicapés, davantage exposés au risque d'une absence pour maladie.

En conséquence, Mme X semble fondée à contester la décision de rejet du directeur de l'hôpital de Y par laquelle il lui a été refusé le versement de la prime de service pour les années 2007 à 2011.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON