

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n° MLD 2012-35

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 la loi n°50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion ;

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

Vu la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat ;

Vu le décret n°2010-997 du 26 août 2010, relatif au maintien des primes et indemnités des agents publics de l'Etat et des magistrats de l'ordre judiciaire dans certaines situations de congés ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits.

Saisi par Mme L, professeur d'anglais titulaire, qui se plaint de la suppression de la majoration de traitement versée aux agents affectés dans les départements d'outre-mer (indemnité de cherté de vie), pendant son congé de maladie, intervenu suite à un accident de service, le Défenseur des droits décide de présenter les observations suivantes devant la Cour administrative d'appel.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**Observations devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans le cadre de l'article 33
de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, le 21 mai 2009, d'une réclamation de Mme L, professeur d'anglais dans un lycée professionnel, qui se plaint de la suppression de la majoration de traitement versée aux agents affectés dans les départements d'outre-mer (indemnité de cherté de vie), pendant son congé de maladie, intervenu suite à un accident de service.
2. Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 susvisée, « *les procédures ouvertes par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits. A cette fin, les actes valablement accomplis par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité sont réputés avoir été valablement accomplis par le Défenseur des droits* ».
3. Mme L a été placée en congé pour accident de service, à compter d'une chute dont elle a été victime le 14 mars 2006 dans l'escalier de l'établissement, et ce, jusqu'à la reprise de ses fonctions, le 1^{er} octobre 2008.
4. Par décision du 10 mars 2008, le recteur a indiqué à l'intéressée que les dispositions en l'espèce applicables « *font obstacle à ce qu'un fonctionnaire puisse se prévaloir pendant un congé de maladie, de quelque nature qu'il soit, d'un droit au maintien de la majoration de traitement dont il bénéficiait avant son congé* ». Ainsi, il a été procédé à cette suppression avec effet rétroactif du 1^{er} janvier 2008 au 30 septembre 2008.
5. La réclamante estime, toutefois, avoir subi une discrimination fondée sur son état de santé.
6. Le recours hiérarchique, introduit par Mme L auprès du Ministre, a été rejeté par décision du 16 mars 2010.
7. Un recours en réparation des préjudices subis a été introduit par Mme L devant le tribunal administratif, qui a été rejeté par jugement du 28 octobre 2011.
8. Le tribunal a considéré :
 - « *que les avantages institués par l'article 3 de la loi du 3 avril 1950 et par les dispositions du décret du 22 décembre 1953 et du décret du 28 janvier 1957, qui sont liés au séjour de l'agent dans un département d'outre-mer, présentent le caractère d'une indemnité attachée à l'exercice des fonctions ; que ces dispositions font obstacle à ce que les fonctionnaires en service dans les départements d'outre-mer puissent se prévaloir, pendant un congé de maladie ordinaire, un congé pour accident de service, un congé de longue maladie ou un congé de longue durée, d'un droit au maintien de la majoration de traitement dont ils bénéficiaient avant leur congé en vertu de ces dispositions ; qu'il suit de là que, sans que Mme L puisse utilement se prévaloir de ce que, dans un courrier du 16 mars 2010, le ministre a indiqué par erreur qu'elle avait été placée « en congé de longue durée suite à un accident imputable au service », ledit ministre et le recteur ont pu à bon droit lui refuser le bénéfice de la majoration de traitement* » ;
 - et « *que si (...) le recteur a indiqué que « toutefois, l'administration peut légalement décider, aux conditions et suivant les modalités qu'elle détermine, de maintenir un tel avantage », il s'est borné, ce faisant, à rappeler le principe dégagé par la jurisprudence du Conseil d'Etat du 28 décembre 2001 Syndicat Lutte pénitentiaire ; qu'il ne ressort des pièces du dossier ni que ledit recteur aurait usé de la faculté de dérogation ainsi ouverte par le Conseil d'Etat en instituant un tel régime dans les services de l'académie de la Martinique ni, le cas échéant, qu'il aurait refusé d'en faire application à Mme L ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la requérante a été victime d'un traitement discriminatoire et arbitraire doit être écarté* ».
9. Mme L a interjeté appel de ce jugement devant la Cour administrative d'appel et a sollicité du Défenseur des droits qu'il présente des observations au soutien de sa requête.

10. Il convient de rappeler que par courrier du 21 avril 2010, une instruction a été menée par le Défenseur des droits, auprès du recteur. Ce dernier y a répondu par courrier reçu le 7 janvier 2011, après qu'il ait été relancé et mis en demeure les 30 juillet et 21 décembre 2010.
11. Un courrier de notification des charges a été adressé au recteur et au Ministre le 12 août 2011, auquel ils ont respectivement répondu les 14 septembre et 12 octobre 2011.
12. La majoration de traitement des fonctionnaires affectés dans les départements d'outre-mer est prévue par l'article 3 de la loi n° 50-407 du 3 avril 1950, concernant les conditions de rémunération et les avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion.
13. Tous les fonctionnaires civils de l'État et des collectivités territoriales en poste dans les départements d'outre-mer perçoivent une rémunération majorée de 40 % en Guadeloupe, en Martinique et en Guyane, et de 53 % à la Réunion.
14. Cette « prime de vie chère » est composée de trois éléments : - une majoration de traitement de 25 %, instituée par la loi n°50-407 du 3 avril 1950 ; - un complément temporaire à la majoration de traitement de 5 %, institué par le décret n°53-1266 du 22 décembre 1953 portant aménagement du régime de rémunération des agents, porté à 10 % par le décret n°57-333 du 15 mars 1957 ; - un indice de correction, applicable uniquement à La Réunion, institué par le décret n°49-55 du 11 janvier 1949, modifié par le décret n°71-485 du 22 juin 1971.
15. Exerçant les fonctions d'enseignante d'anglais titulaire, Mme L relève des dispositions de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.
16. L'article 34-2° de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 dispose que le fonctionnaire en activité a droit « à des congés de maladie (...). Celui-ci conserve alors l'intégralité de son traitement pendant une durée de trois mois ; ce traitement est réduit de moitié pendant les neuf mois suivants. Le fonctionnaire conserve, en outre, ses droits à la totalité du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence. / Toutefois, si la maladie provient de l'une des causes exceptionnelles prévues à l'article L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite ou d'un accident survenu dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire conserve l'intégralité de son traitement jusqu'à ce qu'il soit en état de reprendre son service ou jusqu'à mise à la retraite. (...)».
17. Toutefois, cette loi ne prévoit pas les conséquences de ces congés sur la rémunération indemnitaire des fonctionnaires.
18. En l'espèce, afin de justifier la suppression de la majoration de traitement de Mme L, l'administration :
 - oppose la réglementation (article 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986¹) qui prévoit que les agents en congé de longue maladie ou de longue durée ne conservent pas les indemnités attachées à l'exercice des fonctions, telle que l'indemnité de cherté de vie ;
 - il ajoute que, les fonctionnaires en service dans les départements d'outre-mer ne peuvent se prévaloir, pendant un congé de maladie accordé au titre d'un accident du travail d'un droit au maintien de la majoration de traitement, bien que ce congé corresponde « à l'une des positions d'activité du fonctionnaire » et « n'implique l'exercice effectif d'aucune fonction » ;
 - elle soutient enfin, qu'un fonctionnaire placé en congé pour accident de service ne peut se prévaloir d'un droit au maintien de la majoration de traitement dès lors que, même dans cette situation de

¹ relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires.

congé, « l'administration peut légalement décider, aux conditions et suivant les modalités qu'elle détermine, de maintenir un tel avantage ».

I) L'inégalité de traitement :

19. Mme L a, tout d'abord, été victime d'une inégalité de traitement, contrairement à ce qu'affirme le tribunal administratif.
20. En effet, il ressort de l'enquête qu'elle a fait l'objet de la suppression contestée, alors que plusieurs de ses collègues, dans une situation analogue à la sienne, placés notamment en congés pour accident de service ont perçu l'indemnité de cherté de vie.
21. De tels éléments n'ont d'ailleurs pas été contredits par le recteur ou par le Ministre.
22. Ainsi, il convient notamment de mentionner, le cas de Mme M, professeur d'anglais dans un lycée professionnel, qui a perçu l'intégralité de son traitement (prime de vie chère incluse), pendant son arrêt consécutif à un accident du travail. De même, s'agissant de Mme C, professeur d'anglais dans un lycée professionnel, qui a également reçu l'intégralité de son traitement durant un arrêt de six mois suite à un accident reconnu imputable au service. De même encore, en ce qui concerne M. G, enseignant, qui a bénéficié du remboursement des 40% d'indemnité de vie chère, correspondant aux deux années pendant lesquelles il a été placé en congé de maladie consécutivement à un accident du travail.
23. Le cas de Mme B doit également être évoqué. Cette dernière, professeur dans un lycée professionnel, a été en congé de maladie pendant trois années, durant lesquelles, elle a continué à percevoir la prime de vie chère. De même, en ce qui concerne M. P, professeur de français et d'histoire/géographie dans un lycée, qui atteste avoir perçu, pendant son congé de longue maladie d'un an, l'indemnité de cherté de vie.
24. M. D, secrétaire académique d'un syndicat, atteste aussi de ce que l'administration a, dans un premier temps, décidé de supprimer l'indemnité de cherté de vie à certains agents en congé de longue maladie puis, dans un second temps, a décidé de la rétablir intégralement.
25. De tels éléments sont également confirmés par un compte-rendu d'une audience du 25 novembre 2008 accordée par le recteur de l'académie à une délégation syndicale.
26. En outre, Mme O, du service de gestion du rectorat, a confirmé à Mme L les différences de traitement précitées, ainsi que le fait qu'elle « se contente d'appliquer les directives qui lui sont données, à savoir payer la prime de vie chère à certains et pas à d'autres », qui lui paraissent « arbitraires ». Au service des accidents du travail, les expressions de « numéro de loterie » ou de « décisions intervenant à la tête du client » ont également été utilisées pour justifier la situation dénoncée.
27. Le recteur ne conteste d'ailleurs pas le fait qu'un des responsables des ressources humaines de son rectorat ait indiqué à l'intéressée que, par la mesure qui lui a été opposée, il s'agirait « d'en finir avec les arrêts maladie de complaisance », alors que la loi prévoit que les arrêts maladie dûment justifiés sont accordés de droit (cf. notamment article 34 2°, 3° et 4° de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984).
28. Si elle l'estime nécessaire, il appartient à l'administration de solliciter une contre-visite médicale ce qu'elle n'a pas cru utile de diligenter en l'espèce.
29. Pour autant, Mme L a continué à bénéficier de cette indemnité, pendant une partie de son congé pour accident du travail (du 16 mars 2006 au 1^{er} janvier 2008).
30. Dès lors, outre l'inégalité de traitement subie par la réclamante, l'enquête permet de retenir le caractère aléatoire de la suppression de l'indemnité de cherté de vie par le rectorat eu égard à l'absence de règles précises applicables en la matière.

II) L'absence de règles pour la suppression de l'indemnité de cherté de vie :

31. Comme cela a été rappelé, le rectorat précise qu'il supprime la majoration de traitement dans toutes les situations de congés de maladie, sauf s'il décide de maintenir cet avantage aux « *conditions et modalités qu'il détermine* », sans transmettre davantage d'explications. Le recteur confirme cette position dans son dernier courrier du 14 septembre 2011.
32. Toutefois, ce pouvoir d'appréciation, qui n'est au demeurant prévu par aucun texte en ce qui concerne les professeurs de lycée professionnel ou tout autre agent public relevant du ministère de l'éducation nationale, peut conduire à des décisions subjectives, arbitraires et donc potentiellement discriminatoires en raison notamment de l'état de santé. Il en résulte également une insécurité juridique pour ces personnels.
33. Dans sa délibération n°2011-23 du 28 février 2011, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a porté une analyse similaire concernant les agents de l'administration pénitentiaire. En effet, il a retenu le caractère discriminatoire, également relevé par des sénateurs², de la marge d'appréciation de l'administration pénitentiaire relative à la possibilité du maintien de l'indemnité de cherté de vie, si elle l'estime « *opportun et conforme à l'intérêt du service public* », pourtant posée par une circulaire³.
34. Ce raisonnement a récemment été confirmé par le Conseil d'Etat, dans une décision du 18 novembre 2011 (n° 344563). Il a ainsi considéré que si l'administration décide de maintenir les primes et indemnités durant un congé de maladie, et « *sauf motif d'intérêt général, il lui appartient, pour respecter le principe d'égalité, d'en faire également bénéficiaire, sans préférence ni faveur, tous les fonctionnaires se trouvant dans une situation analogue* ».
35. Dans cette affaire, il s'agissait de deux surveillants pénitentiaires qui, blessés au cours d'un tournoi sportif, ont été placés en congé de maladie. Ils n'ont alors plus eu droit au maintien de leurs primes et indemnités liées à l'exercice effectif de leurs fonctions. Toutefois, l'administration pouvait, conformément à une circulaire, décider de maintenir ces accessoires de rémunération durant un congé de maladie si des circonstances particulières, tel le caractère exceptionnel de la maladie, lui paraissaient le justifier. C'est sur ce fondement, que le directeur du centre pénitentiaire où travaillaient les deux surveillants avait décidé de priver l'un d'eux de ces éléments de rémunération, alors que l'autre conservait les siens. Cette décision a été annulée par le tribunal administratif, ce qui a été confirmé par le Conseil d'Etat.
36. Par ailleurs, en l'espèce, l'administration a indiqué qu'il résulte de la jurisprudence administrative que les avantages institués par l'article 3 de la loi du 3 avril 1950 susmentionnée, complétée par ses décrets d'application, qui sont liés au séjour de l'agent dans un département d'outre-mer, présentent le caractère d'une indemnité attachée à l'exercice des fonctions (CE, 28 décembre 2001 ; CE, 6 avril 2007 ; CAA de Bordeaux, 22 décembre 2009).
37. Toutefois, cette jurisprudence qui concerne d'autres corps de fonctionnaires (administration pénitentiaire et police nationale) n'est pas en l'espèce applicable alors, au surplus, que le recteur a décidé de verser l'indemnité de cherté de vie à certains agents absents du service pour raisons de santé.
38. En outre, aucun motif d'intérêt général ne permet de justifier la situation contestée.
39. De surcroît, la suppression de l'indemnité de cherté de vie opérée à l'égard de Mme L ne peut être fondée sur le texte invoqué par l'administration (article 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 précité).

² Cf. notamment : question écrite n° 06096 de M. Serge LAGAUCHE, publiée au JO Sénat du 06/03/2003, page 769.

³ Circulaire du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, NOR JUSE0240172C du 9 janvier 2003 et circulaire du 23 février 2006.

40. En effet, s'il résulte de cette réglementation qu'un fonctionnaire en congé de longue maladie ou de longue durée ne conserve pas les indemnités qui sont attachées à l'exercice des fonctions, aucune pièce du dossier ne permet de considérer que Mme L a été placée dans une telle position.
41. Le tribunal administratif a d'ailleurs confirmé ce point en considérant que « dans un courrier du 16 mars 2010, le ministre a indiqué par erreur qu'elle avait été placée « en congé de longue durée suite à un accident imputable au service » ».
42. Au demeurant, si le décret n° 2010-997 du 26 août 2010 susvisé, a été adopté afin de mettre un terme à l'inégalité de traitement résultant des pratiques variables selon les ministères en cette matière, il n'est pas davantage applicable à la situation de la réclamante, car il est postérieur à la date des décisions attaquées.
43. De plus, au regard des dispositions de ce décret, l'indemnité de cherté de vie doit dorénavant être versée dans son intégralité aux agents absents dont la maladie ou l'accident ont été reconnus imputables au service, dans la mesure où conformément à l'article 34-2° de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 le traitement est maintenu dans son intégralité dans ces cas.
44. Ainsi, la situation critiquée par Mme L ne devrait plus se reproduire à l'avenir.
45. Il n'en demeure pas moins que la suppression de la majoration de traitement opposée à Mme L est discriminatoire à raison de son état de santé.

III) La discrimination liée à l'état de santé :

46. Selon la jurisprudence administrative, l'exercice des fonctions pour l'attribution des primes et indemnités y afférentes, s'entend de la présence de l'agent dans le service pour y effectuer ses missions (par exemple : Cour administrative d'appel de Bordeaux, 25 juillet 2006, N° 03BX01647).
47. Par suite, si les indemnités, telles que celles correspondant soit à un risque, soit à une charge directement liée au poste, peuvent être rattachées à l'exercice des fonctions, le rattachement aux fonctions de la majoration de traitement accordée aux fonctionnaires en service dans certaines collectivités d'outre-mer paraît contestable tant juridiquement, qu'en équité.
48. Le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a d'ailleurs rappelé dans sa délibération précitée, que la majoration en cause a été instituée pour compenser la cherté de la vie dans certaines collectivités territoriales et qu'elle est liée au lieu d'affectation de l'agent⁴ et non à l'exercice de ses fonctions, alors que le coût de la vie est équivalent, que l'agent exerce effectivement ou non ses fonctions.
49. Dès lors, le Collège de la haute autorité a considéré comme discriminatoire en raison de l'état de santé, la suppression de la majoration de traitement versée aux agents de l'administration pénitentiaire affectés dans les départements d'outre-mer en cas de congé maladie ordinaire, de longue durée ou de longue maladie.
50. En outre, au regard de l'objectif de la majoration attribuée aux fonctionnaires affectés dans les départements d'outre-mer qui serait, d'après l'administration, de rémunérer les fonctions, tous les agents absents du service sont, dans les faits, dans la même situation quel que soit le motif de leur absence et, par suite, devraient être traités de la même façon. Si les agents absents, notamment, pour cause de maladie, de grossesse ou fait de grève sont en position statutaire d'activité, ils ne sont pas en service pour exercer leurs fonctions.

⁴ Cf. également avis du Conseil d'Etat, du 16 avril 1996 (n° 358 176) et rapport d'information de l'Assemblée Nationale, du 25 septembre 2003, sur la fonction publique d'État et la fonction publique locale outre-mer (n° 1094).

51. Or, selon les explications du rectorat, c'est uniquement pendant les situations de congés maladie, que l'indemnité de cherté de vie cesse d'être versée. Ainsi, cette indemnité est attribuée durant d'autres situations de congés, tels que les congés de maternité ou pour faits de grève.
52. Il n'en demeure pas moins que la majoration de traitement en cause devrait être attribuée dans les mêmes conditions à tous les agents présents dans les départements d'outre-mer mais absents du service, notamment pour congés de maladie quel qu'en soit le motif, à moins d'être considéré comme discriminatoire en raison de l'état de santé, en méconnaissance de l'article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
53. Ainsi, prévoir l'attribution d'avantages financiers en établissant des distinctions sur le fondement de critères prohibés, notamment l'état de santé, doit être considérée comme discriminatoire.
54. Il résulte de tout ce qui précède que Mme L a été victime d'une discrimination en lien avec son état de santé.
55. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance de la Cour.