

Paris, le 22 décembre 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-311

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° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;

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 Z, 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 Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON

**Observations devant le Conseil d'Etat dans le cadre de l'article 33 de la loi organique
n° 2011-333 du 29 mars 2011**

I. Rappel des faits et de la procédure

Mme X, aide-soignante au sein de l'hôpital de Z 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 2012.

Le montant de la prime de service de la réclamante a sensiblement diminué entre 2007 et 2012 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 fait application de l'arrêté interministériel 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.

Selon l'article 3 de cet arrêté, « *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.*

Considérant que cette réglementation était discriminatoire, Mme X a saisi le Défenseur des droits.

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, que le centre hospitalier de Z n'avait fait qu'appliquer la réglementation en vigueur.

Mme X a également introduit un recours devant le tribunal administratif de Y tendant, notamment, à obtenir l'annulation de la décision en date du 23 août 2012 par laquelle le directeur du centre hospitalier lui a refusé le bénéfice de la prime de service au titre de ses périodes d'arrêt de travail des années 2007 à 2012.

Par un jugement du 16 décembre 2016, le tribunal a estimé que même s'il n'existe pas de droit au maintien des primes liées à l'exercice effectif des fonctions en cas d'absence du service, l'administration pourrait accorder une dérogation à ce principe à un agent atteint d'un handicap au sens de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 : « *les dérogations prévues par les dispositions [de l'arrêté du 24 mars 1967] (...) ne font pas obstacle à ce que l'administration, qui est tenue, en application d'un principe général du droit, d'écarter les règlements devenus illégaux du fait d'un changement dans les circonstances de droit, accorde une dérogation à un agent atteint d'un handicap au sens de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 dans des conditions égales à celles prévues par l'article 3 de l'arrêté du 24 mars 1967* ». Cependant, le juge a considéré qu'en l'espèce, Mme X ne pouvait pas être reconnue comme un travailleur handicapé au sens de la Directive du 27 novembre 2000. Par suite, il n'a pas fait droit à sa demande.

Mme X a fait appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de W. Par une ordonnance du 11 mai 2017, le président de la 2^{ème} chambre de la Cour a rejeté cette requête sur le fondement de l'article R. 222-1 du code de justice administrative.

Mme X se pourvoit en cassation contre l'ordonnance de la cour administrative d'appel.

C'est dans ce cadre que le Défenseur des droits entend présenter ses observations.

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* ».

La Directive a été transposée en droit interne par 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, laquelle prohibe toute forme de discrimination fondée sur le handicap.

Avant de déterminer si la situation dénoncée par Mme X constitue une discrimination à raison du handicap, il convient au préalable de considérer l'état de santé de la réclamante comme révélant un handicap au sens de la loi.

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 et ratifiée par l'Union européenne le 23 décembre 2010, fait désormais partie intégrante du droit de l'Union.

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* ».

En droit interne, les dispositions générales relatives aux droits des personnes handicapées sont définies par le code de l'action sociale et des familles. Un article L. 114 a été introduit dans ce code par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées qui dispose que : « *Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* ».

Il ressort de ces dispositions que la définition juridique du handicap n'est pas fondée sur des critères médicaux ou procéduraux limitativement répertoriés, mais qu'elle est centrée sur les effets réels produits sur une personne, dans un environnement donné, par l'altération de différentes capacités.

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, du droit de l'Union et du droit interne.

Sur la notion de « handicap » au sens de la Directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000

En application de la définition proposée par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, la CJUE juge que « *la notion de "handicap" visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne 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 que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion* » (arrêt « Ring et Skouboe Werge », 11 avril 2013, C-335/11 et C-337/11, point 47).

Il ressort de cette définition que la notion de handicap au sens de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 se caractérise par, outre une limitation des capacités de la personne et le caractère durable de ces limitations, les limitations qu'elle engendre ou qu'elle est susceptible d'engendrer dans le cadre de l'exercice d'une activité professionnelle.

Pour permettre l'application de la Directive 2000/78, laquelle vise à protéger les personnes qui souffrent d'un handicap dans le cadre de leur travail, il convient de démontrer que le handicap qui affecte la personne concernée entraîne une gêne dans l'exercice de ses activités professionnelles.

Ce critère est fondamental puisque la Cour de justice a refusé de retenir la qualification de « personne handicapée » au sens de la Directive 2000/78 au sujet d'une femme porteuse d'une maladie constitutive d'un handicap, au sens de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, dans la mesure où son affection n'avait 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).

En revanche, la CJUE a considéré, à l'occasion de l'arrêt « Ring et Skouboe Werge », qu'« *un handicap n'implique pas nécessairement l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle* » (point 43).

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). L'absence de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH) ou de demande d'aménagement du poste de travail ne saurait donc être suffisante pour refuser de reconnaître le caractère handicapant d'une pathologie.

Dans les affaires Ring et Skouboe Werge, les employeurs entendaient contester que l'état de santé respectif de chacune des requérantes relevait de la notion de handicap au motif que la seule incapacité qui les affectait était qu'elles n'étaient pas en mesure d'exercer un emploi à temps plein. L'état de santé de l'une et l'autre des réclamantes les avait contraintes à des absences répétées, non consécutives, pour maladie. De plus, pour chacune d'elle, les médecins n'étaient pas en mesure de se prononcer sur la perspective d'une reprise de leur travail à plein temps.

La Cour, rappelant que la notion de handicap doit être entendue « *comme visant une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle* », a considéré que l'état de santé des requérantes relevaient de la notion de handicap.

En l'espèce, l'activité professionnelle de Mme X a commencé à souffrir d'interruptions récurrentes à partir du moment où sa maladie s'est déclarée. Depuis août 2007, elle a ainsi connu des périodes d'interruption de travail variant d'une semaine à 3 mois. Elle ne pouvait pas exercer ses fonctions pendant plus de deux mois sans devoir être à nouveau arrêtée.

Il n'y avait pas de perspective de reprise de son activité professionnelle à un rythme régulier. D'ailleurs, elle a même, par suite, été placée en congé de longue maladie du 3 décembre 2012 au 31 mai 2015.

Force est de constater que la maladie de Mme X l'a contrainte à interrompre, de manière inhabituelle, son activité professionnelle pendant un nombre conséquent de jours. En cela, le Défenseur des droits constate qu'elle subit effectivement, du fait de sa pathologie en elle-même et des traitements médicaux qui y sont liés, une gêne importante dans l'exercice de son activité professionnelle.

Dès lors, il y a lieu de constater que l'affection dont souffre Mme X constitue un handicap au sens de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 qui interdit toute forme de discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le handicap.

Sur l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le handicap

L'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, qui transpose les dispositions de la Directive du 27 novembre 2000, 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* ».

La CJUE, dans l'arrêt « Ring et Skouboe Werge » du 11 avril 2013 précité, a sanctionné la législation danoise au motif qu'elle était susceptible d'entraîner une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap. La législation 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. Or, le juge européen a fait le constat que les travailleurs handicapés peuvent se trouver davantage confrontés à des arrêts maladie que tout autre travailleur : « *en comparaison avec un travailleur valide, un travailleur handicapé est exposé au risque supplémentaire d'une maladie liée à son handicap* » (point 76).

En l'espèce, 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 W, 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).

Que pour assurer le bon fonctionnement du service, le pouvoir réglementaire ait entendu récompenser les agents effectivement présents par l'attribution d'une prime peut être considéré comme un objectif légitime.

Néanmoins, dans des cas strictement définis par la réglementation, il a pris soin de maintenir le versement d'une indemnité liée à l'exercice des fonctions alors même que l'agent est absent du service.

C'est ainsi que l'article 3 de l'arrêté du 24 mars 1967, complété par l'arrêté du 8 avril 1975, a maintenu le versement des primes aux agents absents pour maternité, accident du travail, maladie professionnelle, en congés annuels, ou encore en mission à la demande de 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.

En revanche, aucune dérogation n'est admise envers les agents handicapés qui se trouvent pourtant exposés à un risque supplémentaire d'absence liée à leur handicap, ainsi que l'a reconnu la Cour de Justice dans l'arrêt « Ring et Skouboe Werge » précité.

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 des agents handicapés et entraîner une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap.

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 apparaissent donc comme constitutives d'une discrimination indirecte à l'égard des agents handicapés, davantage exposés au risque d'une absence pour maladie.

Au regard de ces considérations, il convient d'accorder une dérogation aux agents atteints d'un handicap au sens de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 afin de ne pas les priver du maintien du versement de la prime de service.

En conséquence, Mme X, qui peut être regardée comme un travailleur handicapé au sens de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000, semble fondée à contester la décision de rejet du directeur de l'hôpital de Z par laquelle il lui a été refusé le versement de la prime de service pour les années 2007 à 2012.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON