

Paris, le 5 janvier 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2017-343

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 Directive 2000/78/CE 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 ;

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

Saisi par le réclamant de sa réclamation contre le rectorat pour défaut de réintégration au sein des effectifs du rectorat et d'aménagement de son poste de travail après un congé de longue durée lié à son handicap ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour administrative d'appel.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Observations de la Cour administrative d'appel de Marseille

Le réclamant est professeur des écoles. Il dépend du Rectorat de l'Académie de Y.

Il est reconnu invalide à 80 % et bénéficie du statut de travailleur handicapé.

En 1989, le réclamant a obtenu un doctorat de lettres option sciences du langage. Il est un expert reconnu de la pédagogie du langage. C'est à ce titre qu'il a organisé de nombreuses sessions de formation à l'endroit des cadres et enseignants au sein du rectorat depuis le début des années 1990.

Il intègre le cabinet du recteur en 1992. Puis, de 1992 à 2003, il assure plusieurs fonctions de direction et de coordination en matière de communication et de pédagogie auprès des recteurs successifs.

Atteint d'un syndrome post-polio, le réclamant est placé en congé maladie du 14/02/2003 au 13/02/2004, puis en congé de longue durée jusqu'au 13/08/2008.

Le 28 février 2007, le Dr K, médecin agréé de l'administration, rend un avis relatif aux conditions de reprise du travail par le réclamant. Il précise :

« Monsieur X a présenté une aggravation d'un syndrome post-poliomyélite évolutif. Cependant, son état de santé actuel lui permettrait d'exercer un poste d'enseignement auprès d'adultes, soit dans le cadre d'une formation continue, soit dans un cadre universitaire. Cet enseignement doit s'exercer dans un établissement équipé d'aménagement nécessaire aux personnes handicapées. Le CLM/CLD de Monsieur X pourra prendre fin en date du 13 février 2008. »

Le réclamant est désormais contraint de se déplacer en fauteuil roulant et suit un traitement antidouleurs susceptible de l'empêcher ponctuellement de travailler.

Le réclamant demande sa réintégration pour février 2008.

A sa reprise d'activité, le recteur s'oppose à ce qu'il soit réintégré dans ses anciennes fonctions au sein de son cabinet.

Le réclamant saisit la Haute autorité de lutte contre les discriminations (Halde) relativement aux difficultés qu'il rencontre à obtenir une affectation comparable à celle qu'il occupait avant son arrêt maladie, et l'aménagement de son poste dès l'automne 2008.

Les services de la Halde, puis du Défenseur des droits qui lui a succédé, seront en contact réguliers avec les services du rectorat afin d'accompagner la recherche et l'aménagement de poste qui s'est poursuivie de 2008 à 2012.

Le réclamant accepte l'affectation qui lui est proposée sur un poste adapté au titre du décret n°2007-632 du 27 avril 2007, au collège L, en qualité de faisant fonction de principal adjoint à 50 %, à compter du 14 février 2008, tout en soulevant le problème lié à la diminution de son traitement eu égard à ce qu'il percevait avant son arrêt de travail.

Le réclamant est informé par courrier du 31 mars 2010 de sa sortie du dispositif de poste adapté, décision confirmée par le comité médical départemental, le 17 août 2010. Suite à

cette décision, il est déclaré apte à la reprise d'un poste statutaire à compter du 17 août 2010. Cet avis sera confirmé par le Comité médical supérieur le 18 septembre 2012.

Durant son affectation au collège L, malgré les demandes répétées de la principale du collège et du réclamant, les aménagements de son poste de travail rendus nécessaires du fait de son handicap, à savoir, la prise en charge de ses trajets entre son domicile et le collège en taxi, la mise à disposition d'un fauteuil électrique et l'adaptation de son poste informatique, ne seront jamais réalisés.

En outre, en dépit d'une appréciation favorable de la principale du collège sur le travail réalisé par le réclamant et de sa demande, formulée auprès de l'inspecteur d'académie, de le maintenir au poste de principal adjoint, il sera mis fin à ses fonctions à compter du 1^{er} septembre 2010.

Malgré une première affectation reconnaissant ses compétences et son expérience, il restera sans affectation effective à compter du 1^{er} septembre 2010 jusqu'au 24 mars 2014. Il sera, durant cette période, administrativement mais non réellement, affecté à des postes statutaires de base, de surcroît non adaptés à son handicap.

Le réclamant a, tout d'abord, été affecté sur un poste d'enseignant à l'école élémentaire P, jusqu'au 31 août 2012. Il n'occupera jamais ce poste.

Reconnaissant l'obligation de lui trouver un poste comparable à celui qu'il occupait précédemment, le service des ressources humaines du rectorat lui promettra dès juin 2011 de lui trouver un poste en détachement à l'IUFM de B sur la formation initiale des maîtres, affectation que le réclamant accepte.

En août 2011, Monsieur R, inspecteur du 1er degré responsable de son dossier, informe le réclamant, dans un mail du 30 août 2011, que cette piste a échoué. Le réclamant n'a toujours pas d'affectation sur un poste adapté à son handicap.

Par arrêté du 19 septembre 2012, il est ensuite affecté, sans concertation préalable, à la Direction des services départementaux de T, située à plus de 100 kilomètres de son domicile, sans qu'aucun aménagement ne soit prévu pour les trajets entre son domicile et son lieu d'affectation.

Suite au recours gracieux de l'intéressé, par arrêté du 31 octobre 2012, il est à nouveau affecté à l'école élémentaire P, sur un poste d'enseignant de base, encore une fois non adapté à son handicap.

Au 1^{er} février 2013, une convention de mise à disposition, qui sera renouvelée jusqu'au 31 août 2014, est signée avec l'IUFM de B, avec aménagement de son poste et prise en charge de ses trajets domicile-travail, afin qu'il exerce des fonctions d'appui à l'équipe pédagogique de l'IUFM dans les domaines de la communication, de la pédagogie en classe maternelle et du handicap et de fonctions d'enseignement. Une fiche de poste est publiée.

Il faudra cependant attendre un an avant que les mesures ne soient prises par l'administration pour assurer l'aménagement de son poste de travail et assurer la prise de fonction effective du réclamant, qui n'aura lieu que le 24 mars 2014.

Le courrier du rectorat du 21 novembre 2012 et le mail de monsieur R du 30 août 2011 mettent en lumière la connaissance du handicap du réclamant par le rectorat, de la nécessité d'aménager son poste à son handicap et de lui trouver un poste correspondant à ses compétences.

Le réclamant saisissait à nouveau le Défenseur des droits en mars 2017 suite à la décision du Tribunal administratif.

Le 17 août 2017, le Défenseur des droits adressait au Rectorat de l'académie de Y une note récapitulative des conclusions qu'il tirait en droit de son analyse du dossier, à laquelle le rectorat répondait par courrier du 28 septembre 2017.

I. Analyse juridique

La directive 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 pose le principe d'interdiction des discriminations directes et indirectes fondées sur le handicap en matière d'emploi. Cette directive a été transposée à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui dispose qu'« aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison (...) de leur handicap (...) ».

De plus, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 est venue préciser en son article 1^{er} la définition de la discrimination directe et indirecte, ainsi que du comportement de harcèlement qui sera assimilé à une discrimination :

Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, (...) de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

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 discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.

L'article 5 de la directive 2000/78 ajoute qu'en matière de handicap cette interdiction requiert la mise en œuvre d'aménagements raisonnables. Ces dispositions ont été transposées à l'article 6 sexies de la loi n°83-634 en ces termes :

« Afin de garantir le respect du principe d'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. 5212-13](#) 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.

Ces mesures incluent notamment l'aménagement de tous les outils numériques concourant à l'accomplissement de la mission des agents, notamment les logiciels métiers et de bureautique ainsi que les appareils mobiles ».

Ce dispositif, qui vise à garantir l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, se distingue de celui prévu par le décret n°2007-632 du 27 avril 2007 relatif à l'adaptation du poste de travail de certains personnels enseignants, d'éducation et d'orientation, aux termes duquel il est notamment prévu : « L'affectation sur un poste adapté est destinée à permettre aux personnels mentionnés à l'article 1er de recouvrer, au besoin par l'exercice d'une activité professionnelle différente, la capacité d'assurer la plénitude des fonctions prévues par leur statut particulier ou de préparer une réorientation professionnelle. Elle est de courte ou de longue durée en fonction de leur état de santé ».

S'agissant des modalités d'administration de la preuve applicables lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination et des règles d'aménagement raisonnable au sens des directives est soulevé, le Conseil d'Etat a rappelé que « *que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (arrêt du 30 octobre 2009, n° 298348). Cette règle est également posée à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

La Cour de justice de l'Union européenne estime que les conséquences défavorables d'une réglementation relative aux arrêts maladie peuvent constituer une discrimination indirecte en lien avec le handicap en ce qu'elles ont pour effet de pénaliser davantage les personnes handicapées (Ring et Skouboe Werge, C-335/11 et C-337/11 du 11 avril 2013).

En application de cette jurisprudence, le tribunal administratif de Toulouse, a ainsi retenu que l'effet défavorable d'un arrêt maladie lié au handicap sur le versement de primes de service d'un agent de la fonction publique hospitalière, constituait une discrimination indirecte au sens de la loi (TA Toulouse, 2 décembre 2016, n° 1304942, 1305711).

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, le fait de tarder à réaliser l'affectation d'un travailleur au retour d'arrêt maladie sur un poste adéquat et aménagé peut être considéré comme un harcèlement discriminatoire fondé sur le handicap (Cass. soc. 28 janvier 2010, n° 08-42616).

Au vu de ce qui précède, l'employeur public a donc l'obligation de prendre des dispositions pour permettre à un agent handicapé d'être réintégré suite à un arrêt maladie lié à son handicap, et ce sur un poste aménagé à son handicap et correspondant à ses compétences, sans que cette réintégration ne puisse avoir pour effet de le pénaliser dans sa rémunération et son déroulement de carrière.

L'absence d'affectation sur un poste de travail adapté aux compétences et au handicap du réclamant

En s'appuyant sur les articles 33 et 45 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 sur le régime des congés maladie des fonctionnaires, le rectorat estime qu'un fonctionnaire en congé de longue durée n'a aucun droit à être réintégré dans le poste qu'il occupait avant son arrêt de travail, mais uniquement dans l'emploi de son grade qu'on lui désigne.

Aux termes de l'article 33 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 sur le régime des congés maladie des fonctionnaires : « A l'expiration du congé de longue durée, le fonctionnaire est réintégré éventuellement en surnombre. Le surnombre est résorbé à la première vacance venant à s'ouvrir dans le grade considéré ». L'article 45 ajoute : « Le fonctionnaire qui, à l'expiration de son congé de longue maladie ou de longue durée refuse sans motif valable lié à son état de santé le ou les postes qui lui sont proposés, peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire. »

C'est sur ce fondement que l'éducation nationale fonde son droit à affecter le réclamant à un poste d'enseignant d'école primaire de premier niveau sans se soucier de la comparabilité du poste avec ses fonctions antérieures, tant du point de vue des responsabilités exercées que du traitement.

Or, conformément à la jurisprudence de la CJUE, ces dispositions 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'une évolution du contexte juridique dans lequel ils s'inscrivent, prennent les mesures appropriées pour garantir à un agent atteint d'un handicap une réintégration sur un poste comparable à celui qu'il occupait avant son congé de longue durée.

Par ailleurs, en qualité de travailleur handicapé, un agent a le droit de bénéficier d'un aménagement de son poste de travail en application de l'article 6 *sexies* de la loi du 13 juillet 1983.

Dès lors, le fait que le réclamant ait été sorti du dispositif de poste adapté, visé à la section 3 du décret n°2007-632 du 27 avril 2007, est sans conséquences sur les obligations d'aménagements pesant sur le rectorat au titre de l'article 6 *sexies*. Celui-ci ne pouvait donc se retrancher derrière l'avis du comité médical départemental puis du comité médical supérieur pour refuser de mettre en place les mesures appropriées pour permettre au réclamant d'être affecté sur un poste comparable adapté à son handicap.

En l'espèce, le réclamant, de l'aveu même du Rectorat, doit être accueilli au sein de structures aménagées, et le médecin conseil a précisément indiqué qu'il ne pouvait plus exercer la fonction d'enseignant à l'école primaire.

Dès lors, il incombait au Rectorat de trouver un emploi au réclamant correspondant à ses besoins.

En outre, le réclamant ne devant subir aucun effet défavorable en lien avec son arrêt maladie, il aurait dû se voir proposer un poste correspondant à ses compétences, son expertise et son expérience.

Le Conseil d'Etat a jugé qu'en maintenant un fonctionnaire en activité avec traitement, mais sans affectation effective pendant plus de deux ans, l'administration méconnaissait cette règle et, ainsi, commettait une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat (CE, 4 mars 2009, n° 311122).

A titre indicatif, la réparation du préjudice moral et de l'atteinte à la réputation professionnelle d'un fonctionnaire privé d'affectation effective pendant deux ans a été évaluée à hauteur de 10 000 euros.

Or, du 1^{er} septembre 2010 au 24 mars 2014, le réclamant n'a pas eu d'affectation effective. Bien qu'il soit affecté administrativement au collège L puis à l'école P, à la Direction des services départementaux de T et à l'IUFM de B, dans les faits, il n'a aucune mission depuis

son arrivée à l'hiver 2009 au collège L : son poste n'est pas aménagé, il n'a aucune fiche de poste, aucune directive de la part de sa hiérarchie et il n'est pas évalué professionnellement.

L'obligation d'aménagement raisonnable qui pèse sur l'employeur public lui impose de se montrer diligent et de prendre toutes les mesures appropriées pour permettre à l'agent handicapé d'exercer un emploi correspondant à ses qualifications.

Dans le cadre de l'instruction, le rectorat n'a pas démontré avoir pris les mesures appropriées pour mettre en œuvre les aménagements nécessités par le handicap du réclamant, à savoir l'affectation dans un environnement accessible auprès d'un public adulte, sans par ailleurs avoir démontré que de tels aménagements auraient représenté une charge disproportionnée.

Par conséquent, l'absence d'affectation effective du réclamant, outre qu'elle constitue un dysfonctionnement, apparaît caractériser également une discrimination dans la mesure où il n'est pas démontré que l'affectation sur un poste aménagé à son handicap, correspondant à ses compétences et comparable aux fonctions exercées avant son arrêt de travail pour maladie liée à son handicap, était impossible.

Enfin, le fait d'avoir tardé à réaliser l'affectation du réclamant au retour d'arrêt maladie sur un poste comparable et aménagé, et de surcroît de l'avoir affecté à un poste de débutant non adapté à son handicap, peut être considéré comme un harcèlement fondé sur le handicap.

L'entrave dans l'avancement professionnel du réclamant

Si l'avancement professionnel n'est pas un droit, il n'en demeure pas moins qu'un agent public ne peut en être privé pour un motif discriminatoire.

Le réclamant, professeur des écoles, docteur en pédagogie et conseiller du recteur pendant 10 ans, a vu sa carrière interrompue par les délais anormaux à lui fournir une affectation sur un poste adéquat et aménagé, et le refus à lui proposer un poste comparable à celui qu'il occupait avant son arrêt maladie.

Privé de toutes fonctions de 2009 à 2014 en raison de l'absence de diligences de l'administration, il n'a pu déployer ses compétences professionnelles pour des raisons indépendantes de sa volonté, interrompant de ce fait sa capacité d'avancement.

Le fait d'être ainsi privé d'un déroulement de carrière normal revêt un caractère discriminatoire dans la mesure où il est la conséquence directe de l'absence d'affectation du réclamant sur un poste comparable compatible avec son handicap.

Au regard de l'ensemble de ces considérations, le Défenseur des droits conclut que le réclamant a été victime de discrimination en raison de son handicap au sens de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 et de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008.

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour administrative d'appel.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON