

Paris, le 2 mars 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-086

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 constitution ;

Vu la convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Vu la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la circulaire n° 2014-083 du 8 juillet 2014 relative aux conditions de recrutement et d'emploi des accompagnants des élèves en situation de handicap ;

Vu la circulaire n° 2017-084 du 03 mai 2017 relative aux missions et activités des personnels chargés de l'accompagnant des élèves en situation de handicap ;

Saisi par l'avocate de Monsieur et Madame X des difficultés rencontrées par leur fils Y, âgé de 13 ans, pour bénéficier d'un accompagnement par un auxiliaire de vie scolaire ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le juge des référés du Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON

Observations devant le juge des référés du Conseil d'Etat présentées en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

□ Saisine du Défenseur des droits

1. Par courrier du 22 novembre 2017, le Défenseur des droits a été saisi par l'avocate de Monsieur et Madame X des difficultés rencontrées par leur fils Y, âgé de 13 ans, pour bénéficier d'un accompagnement par un auxiliaire de vie scolaire (AVS).
2. Le 12 février 2018, Monsieur et Madame X ont déposé une requête en référé-liberté devant le juge des référés du tribunal administratif de Z sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le Défenseur des droits a présenté des observations dans le cadre de cette instance.
3. Par ordonnance du 14 février 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Z a rejeté la requête de Monsieur et Madame X, lesquels en ont relevé appel devant le juge des référés du Conseil d'Etat sur le fondement de l'article L. 523-1 du code de justice administrative.

□ Remarque préliminaire

4. Compte tenu des délais écoulés entre la saisine du Défenseur des droits et la date de l'audience en référé devant le Conseil d'Etat, le Défenseur des droits n'a pas été en mesure de mener d'instruction contradictoire dans cette affaire. Par suite, il présente ses observations en droit. Son analyse repose sur les éléments factuels qui figurent au dossier transmis par Monsieur et Madame X.

I- FAITS ET PROCEDURE

5. Y est né le 11 mars 2004. Son autisme a été diagnostiqué, par le centre hospitalier SainteAnne, le 16 novembre 2010. Le rapport psychologique indique que Y a besoin d'un accompagnement scolaire.
6. Un rapport psychologique du 31 janvier 2011 a confirmé le diagnostic d'autisme et précisé que les difficultés de Y sont liées aux fonctions exécutives, notamment : la motivation, l'initiation et la planification ; une attention sélective et une inhibition des informations non pertinentes pour la réalisation d'une tâche ; le contrôle et la régulation de l'action.
7. Un diagnostic d'autisme de type Asperger a été posé le 29 novembre 2012.
8. Depuis la rentrée scolaire 2015-2016, Y est scolarisé au sein du collège A, établissement privé d'enseignement sous contrat avec l'État.
9. Plusieurs décisions successives de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) lui ont reconnu un droit à bénéficier d'une AVS dans le cadre de sa scolarité.
10. En dernier lieu, par décision du 29 mai 2017, la CDAPH de B lui a reconnu le droit à un accompagnement par une aide individuelle (un accompagnant d'élèves en situation de handicap [AESH]) à hauteur de 12 heures par semaine.
11. Pourtant, aucun AESH n'a été recruté jusqu'à ce jour, Y se trouvant privé de l'accompagnement nécessaire à sa scolarité.

12. Les parents de Y, ainsi que leur conseil, devant le défaut d'affectation d'un AESH auprès de leur fils, allèguent avoir sollicité, à plusieurs reprises, les services académiques afin de les alerter sur les besoins de celui-ci, mais n'avoir reçu aucune réponse.
13. Eu égard aux difficultés rencontrées par leur fils, résultant du défaut d'effectivité de la décision de la CDAPH du 29 mai 2017, les parents ont entendu en obtenir application en saisissant le juge des référés du tribunal administratif de Z sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.
14. Par ordonnance du 14 février 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Z a rejeté la requête de Monsieur et Madame X.
15. Monsieur et Madame X ont relevé appel de l'ordonnance précitée devant le juge des référés du Conseil d'Etat sur le fondement de l'article L. 523-1 du code de justice administrative.
16. Dans le cadre de cette instance, sollicité par les parents de Y, le Défenseur des droits présente les observations suivantes.

II- ANALYSE JURIDIQUE

17. L'égal accès à l'instruction, garanti par le treizième alinéa du préambule de la Constitution de 1946¹, auquel se réfère celui de la Constitution de 1958, et confirmé par l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales², est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.
18. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ».
19. Saisi, dans ce cadre, du défaut d'affectation d'un AESH auprès d'un élève, le Conseil d'Etat, par ordonnance du 15 décembre 2010³, a considéré que « *la privation pour un enfant, notamment s'il souffre d'un handicap, de toute possibilité de bénéficier d'une scolarisation ou d'une formation scolaire adaptée, selon des modalités que le législateur a définies afin d'assurer le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* ».
20. Dans cette même ordonnance, le Conseil d'Etat a indiqué que « *le caractère grave et manifestement illégal d'une telle atteinte s'apprécie en tenant compte, d'une part de l'âge de l'enfant, d'autre part des diligences accomplies par l'autorité administrative compétente, au regard des moyens dont elle dispose* ».

¹ L'article L. 111-1 du code de l'éducation dispose que « *Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté* ». Selon l'article L. 112-1 du même code, « *Pour satisfaire aux obligations qui lui incombent en application des articles L. 111-1 et L. 111-2, le service public de l'éducation assure une formation scolaire, professionnelle ou supérieure aux enfants, aux adolescents et aux adultes présentant un handicap ou un trouble de la santé invalidant. Dans ses domaines de compétence, l'Etat met en place les moyens financiers et humains nécessaires à la scolarisation en milieu ordinaire des enfants, adolescents ou adultes handicapés* ».

² Ce droit est protégé par les dispositions de la convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) et de la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH). ³ Conseil d'Etat, 15 décembre 2010, n° 344729.

21. En application de cette jurisprudence, le Tribunal administratif de Versailles a, par ordonnance du 21 janvier 2015, enjoint au recteur de l'Académie de Versailles de mettre effectivement en place l'accompagnement de l'enfant par un auxiliaire de vie scolaire, sous astreinte. Le juge a considéré que l'Etat ne saurait se soustraire à ses obligations légales, de prendre toute disposition pour que l'enfant bénéficie d'une scolarisation au moins équivalente, en fonction de ses besoins propres, à celle dispensée aux autres enfants³.

1. Sur l'atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'éducation de Y :

22. L'atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'éducation d'un enfant s'apprécie au regard des diligences accomplies par l'État, compte tenu de ses obligations et des moyens dont il dispose. L'État a la charge d'apporter la preuve des diligences accomplies et des moyens disponibles.

a) Sur l'appréciation des diligences accomplies par l'État au regard des moyens dont il dispose pour s'assurer de l'exercice effectif du droit à l'éducation de Y :

23. En application des articles L. 246-1, R. 146-42 et R. 241-32 du code de l'action sociale et des familles (CASF), lorsque la CDAPH décide qu'un enfant doit bénéficier d'un accompagnement individuel, cette décision s'impose aux services du rectorat qui doivent en assurer la mise en œuvre effective.

24. S'agissant, de la compétence de l'État pour procéder au recrutement d'un AESH, aux termes de l'article L. 351-1 du code de l'éducation, « *Les enfants et adolescents présentant un handicap ou un trouble de santé invalidant sont scolarisés dans (...) les établissements [privés sous contrat d'association avec l'Etat](...) Dans tous les cas et lorsque leurs besoins le justifient, les élèves bénéficient des aides et accompagnements complémentaires nécessaires* ».

25. Selon l'article L. 351-3 du code de l'éducation, « *Lorsque la [CDAPH] constate que la scolarisation d'un enfant [dans un établissement privé sous contrat d'association avec l'Etat] requiert une aide individuelle dont elle détermine la quotité horaire, cette aide peut notamment être apportée par un [AESH] conformément aux modalités définies à l'article L. 917-1* ».

26. Aux termes de l'article L. 917-1 du code de l'éducation, « *Des [AESH] peuvent être recrutés pour exercer des fonctions d'aide à l'inclusion scolaire de ces élèves, y compris en dehors du temps scolaire. Ils sont recrutés par l'Etat, (...) ou par [les établissements privés sous contrat d'association avec l'Etat]. Lorsqu'ils sont recrutés par ces établissements, leur recrutement intervient après accord du directeur académique des services de l'éducation nationale* ».

27. La circulaire n° 2014-083 du 8 juillet 2014 indique que : « *L'article L. 917-1 du code de l'éducation autorise l'Etat, les établissements publics locaux d'enseignement (EPL) et les établissements d'enseignement privés sous contrat à recruter des AESH en contrat à durée déterminée* ». Selon cette circulaire, « *pour exercer des fonctions d'aide individuelle, les AESH sont recrutés par l'Etat* ».

28. Selon les termes de la circulaire n° 2017-084 du 03 mai 2017 relative aux missions et activités des personnels chargés de l'accompagnant des élèves en situation de handicap, « *les*

³ TA Versailles, 21 janvier 2015, n° 1500251. Il a, pour les mêmes faits, reconnu la responsabilité de l'Etat : TA Versailles, 9 novembre 2017, n° 1500320.

missions d'accompagnement des élèves en situation de handicap sont confiées à des personnels qui relèvent de deux statuts différents : les [AESH] recrutés sous contrat de droit public et les agents engagés par contrat unique d'insertion – contrat d'accompagnement dans l'emploi (CUI-CAE) recrutés sous contrat de droit privé régi par le code du travail ».

29. Dès lors et contrairement aux motifs invoqués par le juge des référés du tribunal administratif de Z, le Défenseur des droits conclut qu'en l'espèce, il appartenait à l'Etat de recruter un AESH individuel pour accompagner Y.
30. Le seul constat d'un défaut d'effectivité de la décision de la CDAPH en raison de problèmes budgétaires ou de difficultés à présenter des candidats aux fonctions d'AESH à l'établissement scolaire, ne saurait libérer l'État de l'obligation de résultat dont il est débiteur afin d'assurer une scolarisation adaptée et effective à Y.
31. En effet, par un arrêt du 8 avril 2009, le Conseil d'État a considéré qu'il incombait à l'Etat « *au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit et cette obligation aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif ; que la carence de l'État est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité, sans que l'administration puisse utilement se prévaloir de l'insuffisance des structures d'accueil existantes ou du fait que des allocations compensatoires sont allouées aux parents d'enfants handicapés* »⁴.
32. Selon le Comité des droits de l'enfant, les « *Etats parties n'ont pas la possibilité de décider de satisfaire ou de ne pas satisfaire à leur obligation de prendre les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires à la réalisation des droits de l'enfant, parmi lesquelles figurent les mesures relatives aux budgets publics* »⁵.
33. Dans sa décision du 29 mai 2017, la CDAPH a donné des missions de nature pédagogique à l'AESH de Y, confirmées par les attestations fournies par les requérants (GEVA-Sco).
34. Aux termes des articles D. 916-2 du code de l'éducation et 1 et 2 du décret n° 2014-724 du 27 juin 2014 relatif aux conditions de recrutement et d'emploi des accompagnants des élèves en situation de handicap : « *Les accompagnants des élèves en situation de handicap sont recrutés parmi les candidats titulaires d'un diplôme professionnel dans le domaine de l'aide à la personne* ». Cette obligation de contrôle est opposable à l'État.
35. En effet, le Conseil d'État a considéré que, nonobstant les modalités d'accompagnement de l'enfant « *ces personnels doivent justifier de conditions de formation ou d'expérience adaptées à l'exercice des tâches qui leur sont confiées, en particulier lorsqu'elles comportent un soutien pédagogique à l'élève concerné* »⁶.
36. Faisant application d'une telle obligation, dans le droit alors applicable, la cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré que dès lors que l'aide humaine était chargée d'un soutien pédagogique auprès de l'enfant, « *l'inspecteur d'académie devait dès lors s'assurer que*

⁴ Conseil d'État, 8 avril 2009, *Laruelle*, n° 311434. L'article L. 112-1 du code de l'éducation dispose que « *le service public de l'éducation assure une formation scolaire, professionnelle ou supérieure aux enfants, aux adolescents et aux adultes présentant un handicap ou un trouble de la santé invalidant. Dans ses domaines de compétence, l'Etat met en place les moyens financiers et humains nécessaires à la scolarisation en milieu ordinaire des enfants, adolescents ou adultes handicapés* ».

⁵ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 19 (2016) sur l'élaboration des budgets publics aux fins de la réalisation des droits de l'enfant (art. 4)*, CRC/C/GC/19*, pp. 7 et suivantes.

⁶ Conseil d'Etat, 23 octobre 2013, n° 362715. Pour une application : CAA Bordeaux, 8 septembre 2015, n° 14BX00343.

l'agent affecté à l'accompagnement de cet enfant disposait des qualifications requises pour lui apporter cette aide »⁷.

37. Les diligences des services académiques doivent également être évaluées à la lumière du principe de non-discrimination et de l'obligation d'aménagement raisonnable qui en découle, conformément à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et à la CEDH⁸.
38. Selon le Défenseur des droits, il résulte de ces dispositions que, si l'accompagnement individuel de l'enfant doit être assuré par priorité par un AESH, recruté par l'État, cette priorité ne fait pas obstacle à ce que l'enfant soit accompagné par un AVS-CUI, dès lors que l'État justifie qu'il n'est pas en mesure d'affecter un AESH, qu'il accompagne effectivement l'établissement privé dans le recrutement d'un AVS-CUI et qu'il s'assure, le cas échéant, de la mise en œuvre d'aménagements pédagogiques.
39. Eu égard à ces éléments, le Défenseur des droits considère que l'État n'apporte pas la preuve, en l'espèce, des diligences accomplies au regard de ses obligations.
40. Le défaut d'accompagnement de Y constitue, par conséquent, une atteinte grave et manifestement illégale à son droit à l'éducation.
41. Par courrier du 6 février 2018, notifié le 13 février 2018, les services académiques de l'Essonne ont indiqué aux parents de Y que le recrutement d'un AVS en CUI avait été accordé « *en début d'année 2017-2018* » à l'établissement A.
42. Cet élément est contesté par l'établissement de Y qui indique ne pas en avoir eu connaissance.
43. Les services académiques, lors de l'audience devant le juge des référés du tribunal administratif de Z, ont indiqué qu'un accord oral aurait été donné en début d'année scolaire 2017-2018, sans toutefois apporter la preuve de celui-ci.
44. En tout état de cause, cet accord ne saurait suffire à considérer l'État comme ayant été diligent à mettre en œuvre la décision de la CDAPH, au regard de la connaissance qu'il avait de la situation de Y et de ses obligations.

b) Sur la connaissance par l'État des besoins et des difficultés rencontrées par Y pour être accompagné par un AVS :

45. Il résulte des documents transmis au Défenseur des droits que les services académiques avaient, depuis de nombreuses années, connaissance des besoins de Y, ceux-ci ayant été reconnus par plusieurs décisions de la CDAPH, mais également de ses difficultés à être accompagné par un AESH.
46. En outre, la CDAPH a rendu sa décision le 29 mai 2017, avec effectivité au 1^{er} novembre 2017, soit cinq mois après sa notification. Les services académiques n'ont donc pas anticipé, alors même qu'ils avaient connaissance des besoins de Y, la mise en œuvre effective de la décision de la CDAPH.
47. Les parents de Y ont, afin de prévenir tout risque de rupture dans son parcours scolaire et préparer son accompagnement, alerté les services académiques par courriers des 13 juin et

⁷ CAA Bordeaux, 30 octobre 2014, n° 14BX00150.

⁸ CEDH, *Cam c. Turquie*, 23 février 2016, req. n° 51500/08, §65.

16 octobre 2017. Le conseil des parents de Y a également alerté les services académiques par courrier du 15 novembre 2017.

48. Les services académiques avaient, par ailleurs, connaissance des difficultés rencontrées par Y pour être effectivement accompagné. A ce titre, les parents de Y allèguent avoir été renvoyés de l'établissement privé vers l'Etat, et *vice versa*, sans qu'un AESH ou, le cas échéant, un AVS-CUI n'ait été recruté.
49. Par courrier du 26 novembre 2015, le délégué ministériel aux personnes handicapées avait indiqué aux parents que, dès lors que l'enveloppe budgétaire des contrats d'AESH avait été épuisée, « *la seule solution est l'utilisation du [CUI]. Pour ce faire, c'est l'établissement qui doit recruter, lui-même, il est directement l'employeur. Le service ASH [Adaptation Scolaire et Scolarisation des Élèves Handicapés], de son côté, peut proposer des candidats si nécessaires* » [le Défenseur des droits souligne].
50. Par courrier du 21 décembre 2015, le directeur diocésain de l'enseignement catholique de l'Essonne, suite à une demande du conseil des parents de Y visant au recrutement d'un AVS, leur a indiqué que « *Le rectorat de Z a refusé, en l'absence de moyens disponibles, de prendre en compte la décision sus évoquée. Cependant l'établissement choisi par la famille ne peut continuer à se substituer une fois de plus à l'Etat (il l'a déjà fait par deux fois) : le dispositif d'aide à la scolarité des enfants présentant un handicap et scolarisé dans un établissement privé sous contrat incombe à l'Etat au titre de sa mission générale du service public de l'éducation auxquels sont associés les établissements sous contrat* ».
51. Dès lors que l'Etat avait connaissance des difficultés rencontrées par Y pour bénéficier d'un accompagnement adapté, résultant notamment de désaccords manifestes, cette circonstance aurait dû le conduire à une vigilance renforcée d'autant qu'il avait compétence pour mettre fin à cette atteinte au droit à l'éducation de Y

2. Sur l'urgence :

52. Selon la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA), l'autisme renvoie à une catégorie de troubles neuro-développementaux recouvrant des réalités distinctes et amenant à rechercher des solutions différentes, variées et adaptées à chaque situation⁹. L'accompagnement par un AESH est une modalité d'accompagnement des élèves autistes.
53. En dépit de l'hétérogénéité des profils, l'autisme se manifeste par des troubles de la communication et des interactions sociales, des comportements stéréotypés et des intérêts restreints. Le syndrome d'Asperger est un trouble envahissant du développement marqué par l'absence de retard de développement cognitif et du langage, avec une atteinte du fonctionnement social du comportement et des activités¹¹.
54. Depuis que le diagnostic d'autisme Asperger a été posé, Y bénéficie d'un suivi psychologique, orthophonique et psychomoteur important. Y a toujours été scolarisé en milieu ordinaire avec des aménagements justifiés par son handicap, notamment un accompagnement par un AESH.
55. Agé de 13 ans, Y est soumis à l'obligation scolaire, prévue à l'article L. 131-1 du code de l'éducation. Scolarisé en classe de quatrième, Y se trouve à une période charnière de sa scolarité, s'agissant de préparer sereinement son brevet national des collèges et préciser ses choix d'orientation, scolaires et professionnels.

⁹ CNSA, *Troubles du spectre de l'autisme. Guide d'appui pour l'élaboration de réponses aux besoins des personnes présentant des troubles du spectre de l'autisme*, Dossier technique, mai 2016, p. 11. ¹¹ *Ibid.*, p. 11.

56. Or, les bilans des professionnels, transmis au Défenseur des droits, soulignent tous une dégradation récente de sa situation liée à l'adolescence, dans un contexte où son accompagnement par un AESH, estimé indispensable, n'est pas assuré.
57. Un bilan d'évolution psychomoteur de décembre 2017 souligne que Y « *montre des compétences psychomotrices mises à mal du fait d'une attention et d'une concentration fragiles. La présence de l'adulte est nécessaire pour maintenir la mobilisation de Y sur une épreuve entière* ». Aussi, ce bilan conclut que la présence d'un adulte de type AESH auprès de Y est nécessaire et importante pour l'aider à rester concentré, l'adulte ayant également un rôle rassurant pour lui permettre de verbaliser ses angoisses et demander la reformulation des consignes.
58. Un bilan psychologique du 7 décembre 2017 souligne que l'arrivée dans l'adolescence de Y marque un tournant dans sa prise en charge avec une recrudescence de troubles symptomatologiques associés à son autisme, se caractérisant parfois par des troubles obsessionnels compulsifs. L'accompagnement indispensable de Y par un AESH est souligné pour l'aider dans son organisation et lui permettre de canaliser ses angoisses.
59. D'un point de vue scolaire, les bulletins de Y montrent une dégradation de ses notes et de son comportement lorsqu'il n'est pas accompagné par un AESH, ce qui fut le cas lors de son troisième trimestre de cinquième et de son premier trimestre de quatrième.
60. Dans une attestation du 9 février 2018 de son professeur principal, il est indiqué que « *Malgré les aménagements et adaptations mis en place par l'équipe pédagogique, cette absence d'AVS constitue une gêne quotidienne pour le bon déroulement de sa scolarité, ce qui est d'autant plus regrettable, que Y est un enfant dont les capacités et la bonne volonté sont indéniables* ».
61. Selon les informations recueillies, eu égard aux difficultés engendrées par ce défaut d'accompagnement par un AVS, Y ne serait plus scolarisé sur trois matières.
62. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'absence d'accompagnement de Y par un AVS est de nature à compromettre la poursuite de sa scolarité et qu'il apparaît, en conséquence, urgent de prendre les mesures nécessaires, eu égard par ailleurs à l'échéance rapprochée de la fin de l'année scolaire.
- * * *
63. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du juge des référés du Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON