

Délibération n°2009-322 du 14 septembre 2009

Le Collège :

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, notamment son article 13, modifié par la loi n°2006-396 du 31 mars 2006,

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

Le Collège de la haute autorité adopte les termes de la note annexée ci-après qui vaut observations devant le tribunal administratif de B, conformément à l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité.

Le Président

Louis SCHWEITZER

OBSERVATIONS DE LA HALDE

Le 14 septembre 2009

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, le 6 avril 2007, par Madame L d'une réclamation relative au refus d'agrément d'assistante maternelle qui lui a été opposé par le Président du Conseil général de G. Madame L estime que cette décision est discriminatoire à raison **de son état de santé** (pièce n°1).

FAITS

Madame L a déposé, le 23 juin 2006, un dossier de demande d'agrément d'assistante maternelle auprès du Président du Conseil général de G.

Par décision datée du 18 septembre 2006, le Président du Conseil général lui a opposé un refus aux motifs que « *[ses] difficultés personnelles récentes et le jeune âge de [son] enfant ne permettent pas de garantir la sécurité et le bon développement d'un enfant éventuellement confié. De plus, les conditions de sécurité ne sont pas remplies* » (pièce n°2).

Madame L a formé un recours gracieux, le 21 septembre 2006, dans lequel elle conteste notamment, les difficultés personnelles qui lui sont opposées en faisant valoir « *je ne comprends pas qu'une assistante sociale puisse juger de mes difficultés de santé survenues lors de ma grossesse, je souhaite rencontrer un médecin de vos services qui lui pourra juger de mon état de santé* ».

Par courrier daté du 24 octobre 2006, Madame L était convoquée à un entretien fixé au 17 novembre 2006, afin d'être entendue par le médecin référent des assistantes maternelles et une conseillère technique.

A la suite de cet entretien, le médecin référent a précisé, dans un compte-rendu en date du 22 novembre 2006, avoir contacté le médecin de la réclamante qui lui a confirmé la stabilisation de l'état de santé de Madame L, ainsi que l'absence de contre-indication sur le plan psychiatrique. Toutefois, le médecin référent a conclu à un avis défavorable eu égard à « *l'importance de la pathologie (...) nécessitant un traitement lourd* ».

Le Président du Conseil général confirmait son refus de lui délivrer l'agrément, par décision en date du 8 février 2007 (pièce n°3).

Cette décision fait l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif de Bordeaux. A l'appui de son recours, la réclamante précise que son état de santé, qui ne figure pas au titre des motifs énoncés, constitue en réalité le motif déterminant du refus de délivrance de l'agrément d'assistante maternelle. Elle estime que ce motif est discriminatoire car, justifié par des préjugés sur sa maladie. Madame L produit, en effet, deux certificats médicaux qui attestent d'une part, de la stabilisation de son état de santé depuis janvier 2006, et d'autre part, de l'absence de contre-indication à l'exercice la profession d'assistante maternelle (pièces n°4 et 5).

Madame L souffre d'une maladie dénommée « maladie bipolaire¹ ». Cette maladie s'est déclenchée, au cours de l'année 2005, au moment de sa grossesse. Depuis son accouchement en novembre 2005, l'intéressée précise être examinée régulièrement par son médecin - psychiatre, le Docteur F et suivre un traitement médicamenteux quotidien.

ENQUETE

Au regard des premiers éléments recueillis, la haute autorité avait proposé aux parties d'engager une médiation et le Collège en a pris acte par la délibération n°2007-304 du 26 novembre 2007 (pièce n°6).

Dans le cadre du protocole de médiation, les parties ont accepté de désigner le docteur B, psychiatre des hôpitaux, pour procéder à une expertise médicale afin de « déterminer si l'état de santé de Madame L lui permettait en septembre 2006 d'accueillir seule à son domicile, en plus de son enfant né en novembre 2005, un enfant qui lui serait confié dans le cadre d'un agrément d'assistant maternel » (pièce n°7).

A la suite de ce rapport qui concluait de manière affirmative à la question posée dans le protocole, Maître B a invité les parties à organiser une réunion complémentaire dans le cadre de la médiation (pièces 8 et 8 bis).

Le Conseil général de G a décliné cette proposition, le 25 septembre 2008, en rappelant que la poursuite de la médiation ne saurait mettre un terme au contentieux en cours puisque *« l'état de santé n' [était] pas le seul motif du refus d'agrément d'assistante maternelle que l'intéressée conteste devant le tribunal administratif »*.

De son côté, Madame L qui souhaitait poursuivre la médiation, a précisé à la haute autorité qu'elle souhaitait maintenir sa réclamation et a demandé à la haute autorité de présenter des observations devant le tribunal administratif.

DISCUSSION

L'assistant maternel est défini par l'article L.421-1 du Code de l'action sociale et des familles comme *« la personne qui, moyennant rémunération, accueille habituellement et de façon non permanente des mineurs à son domicile.*

L'assistant maternel accueille des mineurs confiés par leurs parents, directement ou par l'intermédiaire d'un service d'accueil mentionné à l'article L. 2324-1 du code de la santé publique.

Il exerce sa profession comme salarié de particuliers employeurs ou de personnes morales de droit public ou de personnes morales de droit privé dans les conditions prévues au chapitre III du titre VII du livre VII du code du travail, après avoir été agréé à cet effet ».

L'accès à la profession d'assistant maternel est donc subordonné à l'obtention d'un agrément qui est délivré par le Président du Conseil général du lieu de résidence du postulant, après instruction du dossier par le service départemental de la Protection Maternelle et Infantile. L'agrément est accordé pour une durée de 5 années.

¹ Autrefois appelé psychose maniaco-dépressive, le trouble bipolaire fait partie des troubles de l'humeur auxquels appartient également la dépression récurrente (ou trouble unipolaire).

Pour obtenir l'agrément d'assistant maternel, le demandeur doit, aux termes de l'article R.421-3 (anciennement article R.421-1) du code de l'action sociale et des familles², « 1° Présenter les garanties nécessaires pour accueillir des mineurs dans des conditions propres à assurer leur développement physique, intellectuel et affectif ; 2° Passer un examen médical qui a pour objet de vérifier que son état de santé lui permet d'accueillir habituellement des mineurs et dont le contenu est fixé par arrêté des ministres chargés de la santé et de la famille ; 3° Disposer d'un logement dont l'état, les dimensions, les conditions d'accès et l'environnement permettent d'assurer le bien-être et la sécurité des mineurs compte tenu du nombre et, s'agissant d'un candidat à l'agrément d'assistant maternel, de l'âge de ceux pour lesquels l'agrément est demandé ».

L'article 1^{er} de l'arrêté du 28 octobre 1992 relatif aux conditions de l'examen médical obligatoire en vue de l'agrément des assistants maternels dispose que: « l'examen médical préalable à l'agrément d'assistante ou d'assistant maternel vise à s'assurer que l'intéressé n'est atteint d'aucune affection physique ou mentale incompatible avec l'exercice de ses fonctions ».

Partant, il apparaît qu'un refus d'agrément qui serait fondé sur l'état de santé des candidats à l'agrément n'est légal qu'à la condition que l'inaptitude médicale ait été constatée préalablement par un médecin.

Le principe de non-discrimination dans l'accès à l'emploi, qu'il soit public ou privé, implique en effet nécessairement **un examen particulier de l'aptitude physique de chaque candidat par un médecin.**

Ainsi, le code du travail énonce à l'article L1133-2 que « les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées ».

Le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude du salarié qu'après deux examens médicaux espacés de deux semaines, accompagnés, le cas échéant, d'examens complémentaires et d'une consultation auprès du médecin-inspecteur régional du travail. Par ailleurs, en cas de désaccord sur l'appréciation du médecin du travail de l'aptitude physique, il est prévu que l'employeur ou le salarié puisse engager un recours devant l'inspecteur du travail qui se prononce après avis du médecin-inspecteur du travail (article R4624-31 du code du travail).

Dans le cadre de la fonction publique, le décret n°86-442 du 14 mars 1986 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, dispose en son article 20 : « ***Nul ne peut être nommé à un emploi public s'il ne produit à l'administration, à la date fixée par elle, un certificat médical délivré par un médecin généraliste agréé constatant que l'intéressé n'est atteint d'aucune maladie ou infirmité ou que les maladies ou infirmités constatées et qui doivent être indiquées au dossier médical de l'intéressé ne sont pas incompatibles avec***

² Seule la numérotation de l'article a été changée par le décret n°2006-1153 du 14 septembre 2006 relatif à l'agrément des assistants maternels et des assistants familiaux et modifiant le Code de l'action sociale et des familles.

l'exercice des fonctions postulées. (...). Dans tous les cas l'administration peut faire procéder à une contre-visite par un médecin spécialiste agréé en vue d'établir si l'état de santé de l'intéressé est bien compatible avec l'exercice des fonctions qu'il postule ». Dans l'hypothèse où les conclusions des médecins sont contestées par l'intéressé ou l'administration, le dossier est soumis au comité médical (article 21 du décret précité).

Ainsi, que ce soit dans le domaine de l'emploi public ou de l'emploi privé, nul ne peut être écarté d'une procédure de recrutement pour des motifs liés à son état de santé, sans qu'il n'ait eu au préalable un avis d'inaptitude délivré par un médecin.

A défaut, il résulte des dispositions du code du travail (article L1132-1) comme du statut de la fonction publique (article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983) et du code pénal (article 225-2-3°) que le fait d'écartier un candidat de l'accès à un emploi public ou privé est discriminatoire.

Or, le refus d'agrément, s'il ne constitue pas en tant que tel un refus d'embauche, entrave l'accès à la profession d'assistant maternel et s'inscrit dès lors comme un acte de la procédure de recrutement.

Dans ces circonstances, la haute autorité est amenée à rechercher si, d'une part, l'état de santé constitue le motif essentiel et déterminant du refus d'agrément et, d'autre part, si ce motif peut légalement fonder la décision du Conseil général de G.

Sur le motif essentiel et déterminant

En l'espèce, l'enquête conduite par la haute autorité montre que la maladie de Mme L a constitué le motif déterminant de la décision de refus d'agrément qui lui a été opposé par le Conseil général de G.

Les autres motifs invoqués à l'appui du rejet de sa demande apparaissent, en effet, surabondants et ne peuvent, en tout état de cause, justifier à eux seuls la décision de rejet de demande d'agrément.

Ainsi, s'agissant des conditions de sécurité, il résulte de l'évaluation faite au domicile par l'assistance sociale le 18 août 2006 que Mme L était intéressée et d'accord pour effectuer les aménagements nécessaires dans son logement visant à sécuriser l'accueil des enfants. Le Conseil général de G en indiquant dans son refus, « (...) *De plus, les conditions de sécurité ne sont pas remplies* » exprime bien l'idée que ce motif est accessoire.

Concernant le motif fondé sur le « *jeune âge de son propre enfant* », le Conseil général de G indique dans ses conclusions devant le tribunal administratif de B que « *ce type de difficulté peut être surmonté, sauf si, comme en l'espèce, il se cumule avec, notamment, de graves problèmes de santé* ».

Par conséquent, si l'état de santé de Mme L ne constitue pas le motif exclusif du refus d'agrément, il demeure le motif essentiel et déterminant du rejet de la demande d'agrément par le Conseil général.

En atteste également le compte-rendu du Dr B, médecin référent des assistantes maternelles, qui à la suite de sa communication téléphonique avec le psychiatre de Mme L, le docteur F, le

22 novembre 2006, concluait en ces termes « (...) *compte-tenu de l'importance de la pathologie présentée par Mme L nécessitant la poursuite d'un traitement lourd (lithium), la demande d'agrément en qualité d'assistante maternelle (accueil à son domicile de très jeunes enfants) est tout à fait prématurée* ».

Il convient de souligner que les conclusions du Dr B relatives à la question de la compatibilité de l'état de santé de Mme L avec l'exercice de l'emploi d'assistante maternelle ont été rendues à la suite d'un simple entretien avec l'intéressée et sans qu'il ait été procédé à un examen médical de la part du médecin référent. Dans ces conditions, il apparaît que de telles conclusions ne peuvent reposer que sur une appréciation abstraite et générale de la pathologie. Le fait que ces conclusions interviennent après un entretien téléphonique au cours duquel le psychiatre de la réclamante a confirmé « (...) *la stabilisation de l'état de santé de Mme L avec un traitement médical régulièrement suivi (...)* » confirme le caractère abstrait de l'appréciation de l'état de santé de Mme L (pièce n°9).

Sur la légalité de la décision de refus d'agrément

Interrogé dans le cadre de la phase contradictoire sur le respect de l'article R421-3-2° du code de l'action sociale et des familles, le Conseil général du C a précisé dans ses observations en date du 9 juin 2009, que le dossier de demande d'agrément présenté par Mme L comportait une copie du certificat médical attestant que Mme L avait bien été soumise à un examen médical préalable (pièce n°10 et 11).

Par ailleurs, en réponse à la haute autorité qui avait considéré dans son courrier de notification de charges que l'inaptitude médicale de Mme L n'avait été constatée par aucun médecin, le Conseil général de G ne contestait pas cette assertion puisqu'il indiquait : « (...) *Ni le médecin généraliste signataire du certificat médical-type, ni le psychiatre traitant de l'intéressée, ni l'expert psychiatre intervenu dans le cadre de la médiation n'ont constaté soit une incompatibilité avec l'exercice de la fonction d'assistante maternelle, soit une inaptitude formelle à l'exercice de cette profession* ».

En revanche, pour le Conseil général « *les médecins du service de la PMI qui contrairement aux trois médecins mentionnés ci-dessus, connaissent parfaitement ladite profession, et sont au surplus légalement, comme les présidents du conseil général, compétents pour assurer notamment la protection de l'enfance en général, et en particulier celle des enfants accueillis hors du domicile parental, estimaient, en l'absence d'une absolue certitude que madame L n'interromprait, sans avis médical, le traitement stabilisant son état de santé, qu'il existait un risque de rechute et que la sécurité, la santé et/ou l'épanouissement des mineurs qu'elle aurait été susceptible d'accueillir ne pouvaient être absolument garantis* ».

Ce faisant, le Conseil général de G ne nie donc plus que Mme L disposait, au moment où il a statué sur la demande d'agrément, de l'aptitude physique pour exercer ses fonctions d'assistante maternelle mais se place désormais dans l'hypothèse d'une inaptitude future et imprévisible de l'intéressée (« *risque de rechute* ») qui pourrait être liée à l'éventualité que Mme L cesse, sans avis médical, son traitement.

La haute autorité se doit de constater que le Docteur B, expert judiciaire, chargé par le Conseil général et Mme L dans le cadre de la médiation de « *déterminer si l'état de santé de Madame L lui permettait en septembre 2006 d'accueillir seule à sa domicile (...), un enfant qui lui serait confié dans le cadre d'un agrément d'assistante maternelle* » a répondu de manière

affirmative à cette question dans les conclusions qui sont produites devant le tribunal administratif.

Au vu de ce qui précède et, conformément à l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004, le Collège de la haute autorité décide de présenter ses observations devant le tribunal administratif de B.

Le Président

Louis SCHWEITZER