

Délibération n° 2011-23 du 28 février 2011

Emploi public – Indemnité attribuée aux agents affectés dans les départements d’outre-mer – Etat de santé – Handicap- Recommandations

La haute autorité a été saisie par un ancien surveillant pénitentiaire, d’une réclamation relative à la demande qui lui a été faite par l’administration pénitentiaire de rembourser la partie de son traitement correspondant à la majoration outre-mer attribuée aux agents qui y sont affectés, pour la période pendant laquelle il était placé en congé de longue maladie ordinaire. Il considère que cette demande est discriminatoire à raison de son état de santé et de ses activités syndicales. L’enquête menée par la haute autorité n’a pas permis de démontrer que le réclamant aurait été victime de discrimination en raison de ses activités syndicales. S’agissant du critère de l’état de santé, selon la réglementation applicable à la date des faits, la suspension de la majoration de traitement s’applique en cas de congé maladie ordinaire, de longue durée ou de longue maladie, sauf dans les cas où il s’agit de congés maladie dus à un accident ou à une maladie imputable au service, ou « lorsque le caractère exceptionnel du congé ordinaire de maladie » « paraîtra de nature à justifier le maintien de ces primes et indemnités ». Cette indemnité est également versée lors d’un congé de maternité ou d’absence pour fait de grève notamment. Or, 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 ordinaire, à moins d’être considérée comme discriminatoire en raison de l’état de santé ou du handicap, en méconnaissance notamment de l’article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et des articles 1 et 3 de la Directive 2000/78. Le Collège considère que le réclamant a été victime de discrimination en lien avec son état de santé. Il recommande au Ministre de la justice de l’inviter à formuler une demande de remise gracieuse de sa dette et de réexaminer les termes, notamment, de sa circulaire du 16 janvier 2008, afin de mettre fin aux distinctions fondées sur l’état de santé ou le handicap des agents de l’administration pénitentiaire, pour l’attribution de la majoration de traitement outre-mer, eu égard aux risques potentiels de discrimination.

Le Collège :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu 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, notamment ses articles 1 et 3 ;

Vu la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 30 mars 2007, notamment son article 27 ;

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, notamment son article 3 ;

Vu loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 6 ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, notamment son article 34 ;

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 11 ;

Vu 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, notamment son article 37 ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, notamment son article 9 ;

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, notamment son article 1^{er}.

Sur proposition du Président :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par courrier reçu le 28 janvier 2008, d'une réclamation de M. X, surveillant pénitentiaire à la maison d'arrêt de S d'août 1981 à avril 2008, date de son départ à la retraite.

M. X considère que la demande de l'administration pénitentiaire de rembourser la partie de son traitement correspondant à la majoration attribuée aux agents affectés dans les départements d'outre-mer (15 000 €), pour la période pendant laquelle il était placé en congé de longue maladie (du 11 septembre 2003 au 10 décembre 2006), est liée à son activité syndicale et son état de santé et présenterait à ces titres un caractère discriminatoire.

Le moyen tiré de la discrimination syndicale doit être écarté dès lors que l'enquête démontre que la suspension de la majoration de traitement a été appliquée aux agents en congé maladie, qu'ils soient ou non syndiqués.

Concernant la discrimination en raison de l'état de santé de M. X, il convient de rappeler que l'article 34-3° de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat dispose notamment, que le fonctionnaire en activité a droit « à des congés de longue maladie (...) ».

L'article 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 susvisé dispose, s'agissant des agents en congé de longue maladie ou de longue durée, qu'« *au traitement ou au demi-traitement s'ajoutent les avantages familiaux et la totalité ou la moitié des indemnités accessoires, à l'exclusion de celles qui sont attachées à l'exercice des fonctions ou qui ont le caractère de remboursement de frais.* ».

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 susvisée.

La circulaire du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, NOR JUSE0240172C du 9 janvier 2003, applicable à la date des faits, dispose dans sa partie III que « *La suspension des majorations de traitement, primes et indemnités, lorsqu'elle sera requise, devra intervenir à raison de 1/360e par jour de congé, par prélèvement sur la rémunération due à l'agent. / Néanmoins, à titre dérogatoire, vous ne procéderez à aucune suspension dans les deux hypothèses suivantes : a) Lorsque le congé ordinaire de maladie, de longue maladie ou de longue durée sera dû à un accident ou une maladie reconnus imputables au service : les majorations, primes ou indemnités forfaitaires devront alors suivre le sort du traitement, c'est-à-dire être maintenues dans leur intégralité à l'agent jusqu'au terme du congé (ou jusqu'à l'expiration d'un délai de cinq ans s'agissant du congé de longue durée) ; b) Lorsque le caractère exceptionnel du congé ordinaire de maladie vous paraîtra de nature à justifier le maintien de ces primes et indemnités.* ».

Cette circulaire a été abrogée par la circulaire du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, n° 061/RH2 du 16 janvier 2008 relative au régime indemnitaire de l'ensemble des personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, de l'Ecole nationale d'administration pénitentiaire et du service de l'emploi pénitentiaire, qui en reprend les principes.

Le point I. 4 du Titre IX de cette nouvelle circulaire prévoit qu'« *à titre dérogatoire, vous disposez d'un pouvoir d'appréciation qui vous permet de ne pas procéder à la suspension du régime indemnitaire et, par conséquent, de le maintenir si vous l'estimez opportun et conforme à l'intérêt du service public.* ». Elle ne mentionne plus « *le caractère exceptionnel du congé ordinaire de maladie* ».

Ainsi, il résulte de ces textes que la suspension de la majoration de traitement outre-mer s'applique en cas de congés maladie ordinaire, de longue durée ou de longue maladie, sauf s'il s'agit de congés de maladie dus à un accident ou à une maladie imputable au service, ou « *lorsque le caractère exceptionnel du congé ordinaire de maladie* » « *paraîtra de nature à justifier le maintien de ces primes et indemnité* », ou, selon la circulaire de 2008, si l'autorité compétente l'estime « *opportun et conforme à l'intérêt du service public* ».

A la question de savoir quelles sont les procédures et les critères utilisés par l'administration pénitentiaire pour évaluer « *le caractère exceptionnel* » du congé ordinaire de maladie, son Directeur se borne à préciser qu'« *à titre dérogatoire, les directeurs interrégionaux des services pénitentiaires disposent d'un pouvoir d'appréciation, sous contrôle du juge administratif, dans le cas de situations exceptionnelles, qui leur permet de ne pas procéder à la suspension du régime indemnitaire et, par conséquent, de le maintenir s'ils l'estiment opportun et conforme à l'intérêt du service public* ».

La nouvelle formulation contenue dans la circulaire de 2008 semble d'ailleurs laisser une marge d'appréciation encore plus large à l'administration, qui n'est même plus tenue de justifier sa décision d'absence de suspension de la majoration de traitement par le « *caractère exceptionnel* » de la maladie ordinaire.

Ainsi, la latitude donnée à l'administration peut conduire à des décisions subjectives, potentiellement discriminatoires, ce qui a d'ailleurs été relevé par des sénateurs (cf. notamment : question écrite n° 06096 de M. Serge LAGAUCHE, publiée au JO Sénat du 06/03/2003, page 769).

Il convient de rappeler que, cette indemnité est également versée lors d'un congé de maternité, d'absence pour fait de grève ou pendant les congés annuels notamment.

Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, sur laquelle l'administration se fonde en l'espèce, le complément de rémunération attribué aux agents affectés dans les départements d'outre-mer est considéré comme une indemnité liée au séjour de l'agent dans un département d'outre-mer où il exerce son service et présente le caractère d'une indemnité attachée à l'exercice des fonctions (par exemple : CE, 7 juillet 1999 (n°195769) CE, 28 décembre 2001 (n° 236161) ; CE, 15 décembre 2004 (n° 254182 et suivants) ; CE, 6 avril 2007 (n° 258736).

Si le juge administratif s'est, dans certains cas, prononcé sur le principe d'égalité, il n'a pas statué au regard du principe de non-discrimination.

Par ailleurs, il convient de relever que, selon le juge administratif, l'exercice des fonctions pour l'attribution des primes 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). De même, la circulaire précitée du 16 janvier 2008, précise que le service effectif « *s'entend comme l'accomplissement sur le lieu de travail et sous l'autorité du supérieur hiérarchique de l'ensemble des tâches qui incombent au fonctionnaire* ».

Toutefois, certains textes, tels que cette circulaire, assimilent à du temps de travail effectif, pour l'attribution des primes et indemnités y afférentes, notamment, les périodes de congés de maternité, d'absences pour fait de grève, les congés annuels, les congés de maladie dus à un accident ou à une maladie imputable au service, ou si l'autorité compétente l'estime « *opportun et conforme à l'intérêt du service public* ».

Mais ne sont pas assimilés à du temps de travail effectif, pour l'attribution des primes y relatives, les congés de maladie ordinaire, les congés de longue durée ou de longue maladie.

S'agissant tout d'abord de la nature de l'indemnité en cause, il convient de rappeler qu'elle a été instituée pour compenser la cherté de la vie dans certaines collectivités territoriales. Elle apparaît ainsi comme étant liée au lieu d'affectation de l'agent et non à l'exercice de ses fonctions. Or, le coût de la vie est équivalent, que l'agent exerce effectivement ou non ses fonctions.

Il ressort ainsi, d'un 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), que « *la mise en place de ces compléments de rémunération, et en particulier la « prime de vie chère », était justifiée notamment par la différence de niveau des prix entre l'outre-mer et la métropole dans les années cinquante et par la difficulté des conditions de vie outre-mer* ». Ce rapport précise que, « *la mise en place, dans les années cinquante, des compléments de rémunération dans la fonction publique outre-mer répond à plusieurs objectifs : / - en premier lieu, les conditions de vie étaient difficiles outre-mer : les infrastructures routières, et les équipements médicaux, hospitaliers et scolaires étaient très insuffisants (...); / - surtout, il existait un différentiel de prix important entre la métropole et l'outre-mer, compte tenu du coût du transport, d'un secteur commercial insuffisamment développé et, à La Réunion, de l'utilisation (jusqu'en 1975) du franc CFA ; / (...)* ».

Dans le même sens, il ressort d'un avis de la section des finances du Conseil d'Etat, du 16 avril 1996, qu'« *en vertu des dispositions actuellement en vigueur de l'article 3 de la loi*

susvisée du 3 avril 1950 et de l'article 10 du décret susvisé du 22 décembre 1953 les fonctionnaires civils de l'Etat en service dans les départements d'outre-mer perçoivent une majoration de traitement et un « complément provisoire » à cette majoration, qui revêtent dans leur ensemble le caractère d'une indemnité de cherté de vie » (n° 358 176).

Si les indemnités, telles que celles visées au point II de la circulaire du 9 janvier 2003, ou dans la circulaire du 16 janvier 2008, correspondant soit à un risque, soit à une charge directement liée au poste des personnels de l'administration pénitentiaire, 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.

Par ailleurs, assimiler à du temps travail effectif, en vue de l'attribution de cette indemnité, certaines absences, telles que celles liées aux congés maladie imputables au service, ou celles dont l'autorité compétente l'estime « *opportun et conforme à l'intérêt du service public* », mais pas les congés pour maladie ordinaire, ceux de longue durée ou de longue maladie, alors que dans tous ces cas les agents sont absents du service, conduit à des distinctions fondées sur des critères prohibés tels que l'état de santé et, partant, à des situations discriminatoires non justifiées.

En effet, au regard de l'objectif de la majoration attribuée aux agents affectés dans les départements outre-mer, qui serait de rémunérer l'exercice des 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.

La Direction de l'administration pénitentiaire rappelle dans ses dernières écritures que, la situation des personnels en cas de congé pour maladie ordinaire a été améliorée par le décret n° 2010-997 du 26 août 2010 susvisé. Il y aura une réduction de moitié des primes et indemnités (incluant la majoration de traitement outre-mer) versées aux fonctionnaires de l'Etat notamment, seulement après trois mois.

Toutefois, outre que ce texte n'est pas applicable à la situation de M. X, la distinction, en fonction du caractère ordinaire, imputable au service ou à caractère exceptionnel de la pathologie, est maintenue pour l'attribution de l'indemnité de cherté de vie. En effet, malgré ce nouveau texte, cette indemnité continuera à être versée dans son intégralité aux agents dont la maladie ou l'accident ont été reconnus imputables au service, à ceux dont le caractère exceptionnel de la maladie a été retenu, ou si l'autorité compétente l'estime nécessaire.

En outre, il convient de relever que la réglementation contestée est potentiellement discriminatoire à l'égard des personnels handicapés affectés en outre-mer, alors que la Directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 susmentionnée, prohibe les discriminations liées au handicap dans les conditions de rémunération (articles 1 et 3).

De même, la Convention relative aux droits des personnes handicapées entrée en vigueur en droit interne le 3 avril 2010, qui n'est certes pas applicable à la situation de l'intéressé, stipule dans son article 27, que « *Les États Parties (...) garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, (...) en prenant (...) des mesures législatives, pour notamment : (...) a. Protéger le droit des personnes handicapées à bénéficier, sur la base de l'égalité avec les autres, de*

conditions de travail justes et favorables, y compris l'égalité des chances et l'égalité de rémunération à travail égal (...) ».

Dès lors, 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 ordinaire ou de longue maladie, à moins d'être considérée comme discriminatoire en raison de l'état de santé ou du handicap, en méconnaissance de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, des articles 1 et 3 de la Directive 2000/78 et de l'article 27 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

En effet, prévoir l'attribution d'avantages financiers en établissant des distinctions sur le fondement de critères prohibés, notamment l'état de santé ou le handicap, doit être regardé comme discriminatoire.

S'agissant de la situation de M. X, l'application à son encontre d'un texte discriminatoire (la circulaire du 9 janvier 2003) conduit à considérer qu'il a été victime de discrimination en lien avec son état de santé.

Le Collège :

Recommande au Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés d'inviter M. X à formuler une demande de remise gracieuse.

A défaut d'une telle remise, il recommande, que la demande de l'administration pénitentiaire de remboursement de la partie de son traitement correspondant à l'indemnité de cherté de vie (15 000 €), pour la période pendant laquelle il était placé en congé de longue maladie, soit retirée.

Recommande au Ministre de la justice de réexaminer les dispositions, notamment, de la circulaire du 16 janvier 2008 précitée, afin de mettre un terme aux distinctions fondées sur l'état de santé ou le handicap des agents de l'administration pénitentiaire, pour l'attribution de la majoration de traitement outre-mer, eu égard aux risques potentiels de discrimination.

Demande à être informé des mesures prises conformément à ses recommandations, dans un délai de quatre mois, à compter de la notification de la présente délibération.

Décide de transmettre sa délibération au Ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat pour information.

Le Président

Eric MOLINIÉ