

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n°MLD 2012-145

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 le code du travail.

Saisi par Madame W qui estime avoir fait l'objet d'un licenciement discriminatoire en raison de son handicap,

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

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**Observations devant la Cour d'Appel présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333
du 29 mars 2011**

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, le 19 janvier 2011, par l'intermédiaire de son délégué territorial, d'une réclamation de Madame W relative à la mesure de licenciement dont elle a fait l'objet et qu'elle estime discriminatoire à raison de son handicap.
2. Depuis le 1^{er} mai 2011 et conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des Droits, les procédures ouvertes par la haute autorité se poursuivent devant le Défenseur des Droits.
3. La société M est spécialisée dans les structures d'accueil et de soins médicalisés pour des personnes dépendantes de tout âge. Au 31 décembre 2007, elle comptait 5500 salariés répartis au sein d'un réseau de 136 établissements en France et en Italie. La convention collective nationale applicable dans l'entreprise est la convention collective unifiée de l'hospitalisation privée (CCU FHP) du 18 avril 2002.
4. Madame W est engagée par le centre médical X, rachetée par la suite par la société M, par contrat de travail à durée indéterminée prenant effet le 15 novembre 2003, afin d'occuper les fonctions d'aide médico-psychologique (AMP) non qualifiée.
5. Par avenant en date du 30 août 2005, faisant suite à l'obtention du diplôme d'Etat d'AMP, elle est promue aide médico-psychologique, à compter du 6 juillet 2005.
6. La relation de travail se déroule alors sans événement particulier.
7. Atteinte d'un cancer du sein, Madame W est placée en arrêt maladie à compter du 7 mai 2008.
8. Par décision de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) en date du 14 octobre 2008, elle est reconnue travailleur handicapé à compter du 1^{er} septembre 2008.
9. Pendant son arrêt de travail, la SAMETH prend contact avec son employeur et propose de se rendre disponible pour organiser une réunion afin d'étudier les possibilités de reclassement.
10. Lors d'une visite de pré-reprise en date du 19 mars 2009, le médecin du travail émet les remarques suivantes : « *Lors de la reprise du travail, il serait souhaitable d'envisager un poste de travail ne comportant pas d'effort physique et de port de charges (pas de manutention de malades, pas de transfert). Le reprise devrait pouvoir se faire sur un temps partiel thérapeutique* ».
11. Lors de l'examen médical de reprise en date du 16 avril 2009, il indique qu'un reclassement professionnel à un poste ne comportant pas « *d'efforts physiques importants et/ou répétés, de port de charges, de manutention de malades* » doit être recherché pour la réclamante. Il précise qu'elle ne peut pas reprendre le travail « *dans ce laps de temps* ».
12. Le 24 avril 2009, une réunion est organisée par la SAMETH à laquelle participe le nouveau directeur du site de X, Monsieur R, et Madame W. L'employeur aurait alors indiqué que le reclassement de la réclamante serait difficile au vu des restrictions médicales émises par le médecin du travail.
13. Par courrier en date du 27 avril 2009, la réclamante alerte la directrice des ressources humaines de la société M de sa situation et dénonce le comportement de sa direction dans le cadre des recherches de solutions de reclassement la concernant.
14. Par avis en date du 30 avril 2009, le médecin du travail confirme l'inaptitude de la réclamante à son poste d'AMP et précise : « *peut occuper un poste de travail ne comportant pas de manutention de malades, d'effort physique important et répété, de port de charges. Pourrait occuper un emploi de type administratif (secrétaire par exemple), d'animatrice, de gouvernante...* ».

15. Par courrier en date du 12 mai 2009, la directrice des ressources humaines de la société M indique à la réclamante avoir pris note de ses remarques et qu'elle reviendrait vers elle au plus tôt. Madame W n'a par la suite obtenu aucune autre réponse.
16. L'employeur initie une recherche de reclassement en lien avec le médecin du travail. Il lui adresse ainsi, par courrier en date du 13 mai 2009, une demande de précisions sur la possibilité de rechercher un reclassement sur un autre établissement du Groupe M et selon quelles recommandations. Par courrier du 18 mai 2009, le médecin du travail précise qu'un reclassement au sein d'autres établissements de l'entreprise ou du Groupe n'est pas envisageable.
17. Alors qu'il n'y est pas légalement tenu dans la mesure où l'inaptitude de Madame W n'a pas une origine professionnelle, l'employeur décide de consulter les délégués du personnel, le 13 mai 2009, sur les possibilités de reclasser Madame W au sein du centre médical X. Madame W n'est pas conviée à cette réunion dont il ressort que seul un poste de gouvernante est disponible mais qu'il suppose de remplacer les agents de service hospitalier (ASH) un week-end sur deux et de porter des charges lourdes dans le cadre de la gestion des stocks. Il est, par ailleurs, précisé que le poste disponible au secrétariat a été pourvu avant la prononciation de l'inaptitude de Madame W et ne pouvait rester vacant. Enfin, l'employeur indique étudier les possibilités de financer une formation de secrétaire médicale si la réclamante confirme son choix.
18. Le 18 mai 2009, l'employeur adresse une demande-type de reclassement aux directeurs des différents établissements du Groupe M. Cette demande précise les aptitudes restantes de Madame W mais n'apporte aucune indication sur son curriculum vitae, les possibilités de financer ou non des formations... Aucune réponse positive n'est donnée à cette recherche.
19. Un questionnaire de mobilité est alors adressé à la réclamante.
20. Par courrier en date du 28 mai 2009, l'employeur soumet le poste de gouvernante à la validation du médecin du travail en précisant que ce poste suppose le remplacement d'ASH un week-end sur deux et la gestion des stocks, donc le port de charges lourdes.
21. Par courrier en date du 3 juin 2009, le médecin du travail précise que, concernant la gestion des stocks, il conviendrait d'envisager des aides à la manutention (aides humaines et/ou matérielles). Il indique cependant que l'état de santé de Madame W n'est pas compatible avec le poste d'ASH que doit occuper la gouvernante certains week-ends.
22. Par courrier en date du 8 juin 2009, l'employeur propose à la réclamante deux postes d'animateurs, l'un à temps plein dans le 93, l'autre à temps partiel dans le 79, proposition refusée par la réclamante le 15 juin 2009. Elle considère en effet que des aménagements techniques au poste de gouvernante auraient dû être envisagés et auraient pu être financés par l'AGEFIPH et précise que l'offre diffusée pour le poste de gouvernante ne comprenait pas de remplacement d'ASH le week-end. Elle indique, par ailleurs, qu'aucun descriptif des postes proposés ne lui est transmis et qu'en tout état de cause, ils n'apparaissent pas compatibles avec les recommandations du médecin du travail ayant précisé à l'employeur qu'un remplacement sur d'autres établissements du Groupe n'était pas envisageable.
23. Par courrier en date du 15 juin 2009, la réclamante est convoquée à un entretien préalable à son licenciement.
24. Par courrier en date du 25 juin 2009, Madame W est licenciée au motif que « *votre inaptitude ne nous permet pas de poursuivre notre collaboration professionnelle* ».
25. Le 19 août 2009, Madame W saisit le Conseil de prud'hommes considérant son licenciement nul car discriminatoire pour manquement à l'obligation de reclassement. Elle considère que deux postes vacants auraient pu lui être proposés : celui de secrétaire pourvu au mois d'avril 2009 et celui de gouvernante pour lequel une offre d'emploi avait été diffusée par l'employeur en mars 2009, offre d'emploi ne comportant aucune indication sur l'obligation de remplacer des ASH le week-end.

26. Par jugement en date du 6 décembre 2010, le Conseil de prud'hommes déclare nul le licenciement de Madame W, aux vises des articles L.1132-1 et L.1132-4 du code du travail, considérant que le courrier de licenciement de la réclamante ne portait que sur son « incapacité ». Il juge, par ailleurs, que l'employeur a violé son obligation de formation d'un travailleur handicapé, telle que découlant de l'article L.5213-3 du code du travail, et son obligation de reclassement, telle que découlant de l'article L.1226-2 du même code. Il condamne ainsi le Groupe M à verser à la réclamante 20 000 € de dommages-intérêts. L'employeur interjette appel de ce jugement. L'audience devant la Cour d'appel est fixée le 16 novembre 2012.
27. En vertu de l'article L.1132-1 du code du travail, « [...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] en raison de son état de santé ou de son handicap ».
28. L'article L.1133-3 du code du travail dispose cependant 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. »
29. Il résulte des dispositions susvisées qu'une mesure de licenciement fondée sur l'inaptitude d'un salarié ne constitue pas une discrimination dès lors que cette mesure est nécessaire, objective et appropriée. Tel n'est pas le cas si l'employeur n'a pas rempli son obligation de reclassement.
30. En pareille hypothèse, et conformément à l'article L.1132-4 du code du travail qui prévoit que « Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions [du présent chapitre] est nul », le licenciement du salarié déclaré inapte doit être considéré nul et de nul effet.
31. L'obligation de reclassement du salarié déclaré inapte trouve son fondement à la fois dans l'article L.1226-2 et dans l'article L.4624-1 du code du travail.
32. Ainsi, aux termes de l'article L.1226-2 du code du travail, l'employeur est tenu de proposer au salarié déclaré inapte à reprendre son emploi précédent par le médecin du travail un autre emploi approprié à ses capacités. Cet emploi doit être aussi comparable que possible à celui précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail. La proposition faite par l'employeur doit prendre en compte les conclusions écrites du médecin du travail.
33. Et, de manière plus générale, l'article L.4624-1 du code du travail fait obligation à l'employeur de prendre en compte l'avis du médecin du travail : « Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs. Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite ».
34. S'agissant d'un travailleur handicapé, cette obligation est d'autant plus étendue que l'employeur est tenu, en application de l'article L.5213-6 du code du travail, de mettre en place les mesures appropriées permettant de maintenir le salarié dans un emploi correspondant à ses qualifications, dès lors que ces mesures n'entraînent pas une charge disproportionnée. Le refus de mettre en place de telles mesures peut, d'ailleurs, être constitutif d'une discrimination (*Délibération Halde n°2010-10 du 18 octobre 2010*).
35. L'appréciation du caractère disproportionné des charges induites par la mise en place de telles mesures doit être réalisée, notamment, au regard des aides spécifiques dont peut bénéficier l'employeur et prévues à l'article L.5213-10 et suivants du code du travail.
36. A la lecture des dispositions susvisées et compte tenu de la jurisprudence applicable en la matière, l'employeur est tenu d'explorer effectivement toutes les pistes pour reclasser le salarié handicapé reconnu inapte.

37. A défaut, il lui revient d'apporter la preuve que le reclassement est impossible (Cass. Soc., 30 juin 1988, n°86-40677 ; Cass. Soc., 7 juillet 2004, n°02-47.686 ; Cass. Soc., 9 juillet 2008, n°07-41318).

Sur le non respect de l'obligation de reclassement incombant à l'employeur suite à la constatation de l'inaptitude de Madame W

38. En l'espèce, l'employeur ne justifie pas avoir réalisé des recherches de reclassement suffisamment loyales et sérieuses pour établir que le reclassement de Madame W était impossible.

39. En effet, il ressort des pièces du dossier que deux solutions de reclassement auraient pu être proposées à la réclamante ou étudiées de façon plus approfondie par l'employeur sur le site même de X.

40. Ainsi, d'une part, s'agissant du poste de secrétaire administrative, l'employeur indique qu'une proposition ne peut valablement être proposée au salarié qu'après la constatation définitive de son inaptitude, à savoir à l'issue de la seconde visite de reprise du travail prévue à l'article R.4624-31 du code du travail. Cependant, lorsque, au vu des éléments dont il dispose, l'inaptitude du salarié est prévisible, les recherches de solutions de reclassement doivent pouvoir être déclenchées avant cette date.

41. C'est d'ailleurs l'objet même, notamment, des visites de pré-reprise du travail, réalisées alors que le salarié est toujours placé en arrêt maladie, que d'anticiper de telles recherches et cibler les mesures qui pourraient faciliter le reclassement du salarié, le cas échéant, en lui permettant de réaliser des actions de formation, y compris, sous réserve de l'accord de la caisse primaire d'assurance maladie, pendant l'arrêt maladie.

42. Cette anticipation est d'autant plus nécessaire lorsque le salarié est reconnu travailleur handicapé, compte tenu de l'obligation d'aménagement raisonnable prévue à l'article L.5213-6 du code du travail susvisé.

43. En l'espèce, il apparaît que l'inaptitude physique de Madame W à occuper son poste était bel et bien prévisible. En effet, l'employeur était informé de la reconnaissance en qualité de travailleur handicapé de la réclamante au cours de son arrêt maladie et de son suivi par la SAMETH. Il avait, de plus, connaissance dès la visite de pré-reprise du 19 mars 2009 du fait que Madame W devrait être reclassée, à son retour d'arrêt maladie, sur un poste « *ne comportant pas d'effort physique et de port de charges* ».

44. C'est donc à tort que l'employeur se retranche derrière l'obligation d'attendre la constatation définitive de l'inaptitude de Madame W pour justifier le fait que le poste de secrétaire administrative de l'établissement a été attribué à une autre salariée du Groupe M Madame G.

45. Cette justification de l'employeur apparaît d'autant moins recevable qu'il ressort de la lecture de la proposition d'embauche de Madame G que sa prise effective de poste est intervenue le 1^{er} mai 2009, soit postérieurement à la seconde visite de reprise du travail de Madame W, effectuée le 30 avril 2009.

46. Aucun autre argument ne semble de nature à permettre à l'employeur d'établir l'impossibilité de reclasser Madame W sur ce poste de secrétaire administrative dans la mesure où la société M a elle-même indiqué, dans le courrier adressé au Défenseur des droits le 14 juin 2011, qu'il avait déjà été possible de reclasser « *une ASH à un poste de secrétaire* ».

47. S'agissant du poste de gouvernante, l'employeur justifie l'impossibilité de proposer ce poste à Madame W par le fait que le médecin du travail n'a pas validé la mission de remplacement d'agents de service hospitalier qu'il comprend, compte tenu du port de charges qu'une telle mission implique. Il indique ainsi « *qu'il aurait fallu vider le poste de sa substance et en quelque sorte embaucher deux gouvernantes, ce que nous ne sommes non seulement pas tenus de faire, mais également dans l'impossibilité de gérer, deux gouvernantes ne pouvant être en place* ».

48. Or, l'analyse du dossier laisse apparaître certaines incohérences quant à la nature réelle du poste de gouvernante en cause, ce que le Conseil de prud'hommes n'a pas manqué de relever en estimant, dans son jugement du 6 décembre 2010, que ces « *incohérences constatées sur les différentes fiches de poste de gouvernante laisse planer une suspicion de manipulation de la gestion des emplois en défaveur de Madame W* ».
49. En effet, le poste de gouvernante soumis à la validation du médecin du travail ne semble pas correspondre à l'offre d'emploi diffusée par l'employeur dans le courant du mois de mars 2009 sur le site internet de la société M et sur www.staffsante.fr, offre qui n'incluait pas de mission de remplacement d'agents de service hospitalier.
50. De plus, il apparaît qu'aucune réflexion n'a été menée par l'employeur quant à la possibilité de proposer ce poste de gouvernante sous la forme d'un emploi à temps partiel, alors même que l'article L.1226-2 du code du travail susvisé impose une telle réflexion.
51. Enfin, il ne semble pas que l'employeur ait étudié de manière approfondie les possibilités de mettre en place une aide à la manutention, comme préconisé par le médecin du travail dans son courrier du 3 juin 2009, en lien avec l'AGEFIPH notamment.
52. Il se contente de souligner le fait que la SAMETH, dans son rapport du 24 avril 2009, indiquait que « *le reclassement de Madame W sera difficile* ». Or, cet avis de la SAMETH est antérieur à la constatation définitive de l'inaptitude de la réclamante et cet organisme n'apparaît pas avoir été à nouveau consulté postérieurement à cette constatation.
53. Dans ces conditions, l'employeur n'est pas en mesure de justifier que l'aménagement du poste de gouvernante pour permettre à Madame W de l'occuper était impossible ou aurait représenté, pour lui, une charge disproportionnée, au sens de l'article L.5213-6 du code du travail.
54. D'autre part, pour justifier l'impossibilité de reclasser Madame W, l'employeur fait état de certaines démarches qu'il a réalisées dans le cadre de ses recherches de reclassement auxquelles il n'était pourtant pas tenu.
55. Il mentionne ainsi sa démarche volontaire de consulter les délégués du personnel, consultation en principe réservée aux cas de salariés dont l'inaptitude est d'origine professionnelle. Une telle démarche ne peut évidemment qu'être saluée mais ne saurait valoir, à elle seule, satisfaction de l'obligation de reclassement par l'employeur.
56. De la même façon, il précise avoir recherché des postes de reclassement dans d'autres établissements du Groupe alors même que le médecin du travail avait écarté la possibilité de reclasser Madame W sur un autre site. Cette démarche apparaît également louable mais, au regard des documents transmis par l'entreprise au Défenseur des droits, il est permis de douter de son efficacité.
57. En effet, la société indique avoir proposé deux postes à la réclamante à la suite de sa recherche de reclassement dans le Groupe effectuée par courrier électronique du 18 mai 2009, alors même que ces deux postes ne figurent pas dans les réponses qu'elle a reçues. Ceci laisse à penser que d'autres modalités, plus efficaces, de recherches de reclassement ont été utilisées par l'employeur sans qu'il en communique les résultats.
58. Enfin, l'employeur justifie l'impossibilité de reclasser Madame W par des considérations d'ordre général.
59. Ainsi, il indique que tous les postes de la société impliquent des contraintes physiques dans la mesure où les établissements accueillent « *des personnes qui sont vulnérables, qui sont parfois désorientées dans le temps et dans l'espace, et qu'elles ont besoin d'un soutien physique qui s'adresse en pratique à l'ensemble du personnel* ». Il en déduit une absence de possibilité, par principe, de reclasser les salariés inaptés au port de charges.

60. L'employeur insiste également sur la politique déployée dans l'entreprise en matière d'intégration et d'accompagnement des salariés handicapés et transmet au Défenseur des droits une copie des décisions de justice rendues dans d'autres litiges opposant la société M à des salariés licenciés pour inaptitude physique dans lesquelles les tribunaux ont considéré que l'employeur avait rempli son obligation de reclassement.
61. Or, l'appréciation du respect par un employeur de son obligation de reclassement doit être réalisée au cas par cas, de façon concrète, en fonction de la situation précise du salarié concerné. Les considérations d'ordre général ne suffisent pas pour écarter l'existence d'une violation des obligations découlant des articles L.1226-2, L.5213-6 et L.1132-1 du code du travail

Sur l'insuffisance de motivation du courrier de licenciement de Madame W

62. Selon la Cour de cassation, la lettre de licenciement doit évoquer de manière suffisamment précise deux éléments : l'inaptitude du salarié et l'impossibilité de reclassement. Tel n'est pas le cas si l'employeur se contente d'énoncer l'inaptitude physique sans mention de l'impossibilité de reclassement (*Cass. Soc., 9 avril 2008, n°07-40.356*).
63. Le Conseil de prud'hommes dans son jugement du 6 décembre 2010, a considéré que la motivation du licenciement de Madame W était insuffisante au regard de cette exigence.
64. Une telle constatation constitue un des éléments de nature à laisser présumer que la mesure de licenciement prise à l'encontre de Madame W n'est pas étrangère à toute discrimination fondée sur l'état de santé ou le handicap.
65. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que, compte tenu de l'insuffisance de motivation du courrier de licenciement de la réclamante et du non respect par l'employeur de son obligation de reclassement, la rupture du contrat de travail de Madame W s'analyse comme une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.5213-6 du code du travail ;
 - Décide de présenter ses observations devant la Cour d'Appel à l'audience du 16 novembre 2012.