



Paris, le 27 juillet 2016

Décision du Défenseur des droits MSP-MLD-2016-194

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 loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics ;

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

Vu la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Vu le décret n° 88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière ;

Vu le décret n° 89-376 du 8 juin 1989 pris pour l'application de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière et relatif au reclassement des fonctionnaires pour raisons de santé ;

Saisi par Madame X, agent titulaire de la fonction publique hospitalière, qui a subi un préjudice moral et financier important en raison de son placement illégal et de son maintien en disponibilité d'office pendant quinze ans,

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant le tribunal administratif de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

I- Rappel des faits et de la procédure

Par un courriel du 18 mars 2012, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative au refus de son ancien employeur, l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) de Y, d'indemniser les préjudices consécutifs à son placement illégal et à son maintien prolongé en disponibilité d'office pour raisons de santé.

Madame X, agent de service hospitalier qualifié (ASHQ) titulaire à l'EHPAD de Y, était placée en congé de longue maladie (CLM) depuis le 15 août 1994, lorsque le comité médical départemental (CMD), dans sa séance du 30 janvier 1996, l'a déclarée inapte au poste d'ASHQ, mais apte à reprendre un travail sédentaire avec nécessité impérieuse de reclassement, à compter du 4 février 1996.

Par lettre du 23 février 1996, le directeur de l'EHPAD a informé le président du CMD que Madame X était maintenue en CLM du fait de l'absence de poste adapté à son cas.

Par décision du 16 avril 1996, considérant que l'établissement ne disposait pas de poste pouvant être adapté au cas de Madame X, le directeur de l'EHPAD l'a placée en disponibilité d'office pour maladie.

Début 1999, Madame X s'est rendue sur place et a constaté qu'un emploi de bureau à mi-temps avait été créé dans l'établissement, mais qu'il ne lui avait pas été proposé. On lui aurait alors précisé que ce poste nécessitait « *une personne compétente, connaissant parfaitement l'informatique et qui ne risquerait pas d'être absente pour maladie toutes les semaines* ».

Par lettre du 9 septembre 1999, Madame X a demandé un rendez-vous avec le directeur de l'hôpital de W, afin de s'entretenir de sa situation, notamment des possibilités de réintégration. Elle a été reçue le 5 octobre 1999 par le directeur de l'EHPAD, sans que cet entretien débouche sur une proposition de poste concrète.

Le 22 octobre 2002, Madame X a obtenu la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé ne faisant pas obstacle à l'exercice d'une activité professionnelle.

Le 11 juin 2003, la FNATH est intervenue au soutien d'une demande de réintégration de Madame X sur un poste administratif devenu vacant en mars 2003, sans succès, le directeur de l'EHPAD estimant que ce poste nécessitait une formation supérieure de base dont ne disposait pas l'intéressée. La FNATH a également demandé à l'EHPAD de se rapprocher du conseil général pour obtenir la création d'un poste.

En décembre 2003, une intervention du syndicat « Union syndicale départementale-santé action sociale », n'a pas rencontré plus de succès.

Dans une lettre adressée le 14 mai 2004 au directeur du centre hospitalier de W, la directrice départementale des affaires sanitaires et sociales de A a souligné l'illégalité du placement de l'intéressée en disponibilité d'office sans avis préalable du comité médical, ainsi que de son prolongement dans cette position au-delà de la quatrième année.

En réponse, le 4 juin 2004, le directeur de l'EHPAD a demandé que le CMD se prononce à nouveau sur la situation de Madame X, « *afin de la déclarer inapte à occuper un emploi d'agent des services hospitaliers en raison de son handicap physique* ».

Par lettre du 28 juin 2004, Madame X a informé le directeur de l'EHPAD qu'elle renonçait au poste d'animatrice qu'il lui avait proposé verbalement le 28 juin 2004, invoquant le fait que son handicap ne lui permettrait pas d'effectuer l'ensemble des tâches qu'il comportait. En revanche, elle se portait candidate pour le poste d'agent de bureau à mi-temps qui devait devenir vacant au cours du deuxième semestre de 2005.

Par lettre du 5 août 2004, le directeur du centre hospitalier de W a demandé à la directrice des affaires sanitaires et sociales de A que, « *compte tenu du handicap important de l'intéressée* », « *le comité médical soit saisi pour statuer sur son inaptitude physique définitive à occuper un emploi afin éventuellement de la placer en invalidité* ».

Le 26 octobre 2004, le CMD a émis un avis favorable à un reclassement professionnel.

Par lettre du 27 octobre 2004, le directeur de l'EHPAD a demandé à la directrice des affaires sanitaires et sociales de A de soumettre le dossier de Madame X à la commission de réforme, précisant qu'aucun poste de reclassement n'était disponible, compte tenu du handicap de cette fonctionnaire.

Cette demande a été rejetée le 18 avril 2005, au motif que Madame X n'ayant pas été déclarée totalement et définitivement inapte à toutes fonctions, une demande de mise à la retraite pour invalidité, que l'intéressée refusait d'ailleurs, n'était pas recevable.

La FNATH est de nouveau intervenue en faveur de Madame X, le 4 juillet 2005, par référence à la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Par lettre du 6 janvier 2006, le directeur de l'EHPAD a demandé à la directrice des affaires sanitaires et sociales de A que Madame X soit placée en disponibilité d'office, en l'absence de poste à lui proposer et qu'une expertise médicale soit pratiquée sur l'intéressée pour connaître les tâches qu'elle pouvait ou non accomplir.

Fin 2007, Madame X s'est adjoint les services d'un avocat, qui n'a pas obtenu la réintégration de sa cliente, l'absence de poste vacant dans l'établissement étant invoquée de manière récurrente.

Le 16 mai 2008, la directrice adjointe de l'EHPAD a saisi, à la fois la médecine du travail et le CMD, pour évaluer l'aptitude physique et mentale de l'intéressée aux fonctions d'ASHQ.

Dans le même temps, Madame X a alerté le directeur des affaires sanitaires et sociales de A, qui, de nouveau, le 26 juin 2008, a rappelé à la directrice de l'EHPAD que la situation de l'intéressée était contraire aux règles statutaires.

Par lettre du 7 juillet 2008, la directrice adjointe de l'EHPAD a proposé à Madame X un poste d'animateur dans l'établissement, offre que l'intéressée a, de nouveau, déclinée, pour les mêmes motifs que précédemment.

Dans sa séance du 27 août 2008, le CMD a fait plusieurs observations : avis favorable à une aptitude aux fonctions à compter du 16 avril 1996, inapte au poste d'ASHQ, aptitude à un autre poste sans surmenage du rachis ni port de charge lourde en accord total avec l'examen de la médecine du travail du 23 mai 2008.

Après une nouvelle intervention du directeur des affaires sanitaires et sociales de A en date du 14 octobre 2008, l'interrogeant sur les suites qu'il entendait donner à l'avis du CMD du 27 août 2008, le directeur de l'EHPAD a convoqué l'intéressée à un entretien, le 12 décembre 2008, reconnaissant, aux dires de Madame X, que sa situation n'était pas réglementaire et l'assurant de vouloir régler le problème rapidement.

La situation n'ayant pas évolué, par courrier du 12 septembre 2009, Madame X a demandé au directeur de l'EHPAD un reclassement professionnel.

Sans répondre directement à l'intéressée, le directeur de l'EHPAD, dans une longue lettre adressée au directeur des affaires sanitaires et sociales de A, le 18 décembre 2009, a expliqué qu'aucun poste d'ASHQ, *a fortiori* adapté, n'était disponible dans la structure et que, quand bien même un poste aurait été vacant, l'attribuer à Madame X aurait créé des difficultés en terme d'équité et de management, du fait que les tâches les plus légères auraient été réservées à cette dernière et les plus difficiles répercutées sur le reste de l'équipe, en nombre déjà insuffisant.

Le 15 février 2010, Madame X a saisi le Médiateur de la République.

Après s'être fait communiquer le dossier, qui lui a été transmis par la directrice du centre hospitalier de W, laquelle se présentait comme chargée d'assurer une direction commune avec les EHPAD de Y et de B et de préfigurer un rapprochement avec le centre hospitalier de F dont elle assurait la direction, le Médiateur de la République, par lettre du 26 octobre 2010, lui a demandé, d'une part, de régler la situation de Madame X pour l'avenir, en la réintégrant dans l'un de ces quatre établissements sur un poste adapté à ses capacités physiques et, d'autre part, de réparer les erreurs du passé, en lui proposant une indemnité de nature à compenser sa perte de revenus pendant la période d'éviction illégale du service, ainsi que la perte de retraite correspondant à cette période.

Par décision du 3 mars 2011, Madame X a été réintégrée à temps plein et mutée, à compter du 7 février 2011, sur un poste d'hôtesse d'accueil au centre hospitalier de W.

Le 10 juin 2011, par l'intermédiaire de son avocat, Madame X a adressé au centre hospitalier de W, une demande d'indemnisation de 155 586,74 € au titre de sa perte de rémunération subie du 16 avril 1996 au 31 janvier 2011 et de 10 000 € au titre du préjudice moral, non compris l'incidence sur la retraite.

Les négociations ont conduit à un projet d'accord par lequel l'EHPAD acceptait de régler, de façon échelonnée, la somme demandée pour la perte de revenus et le préjudice moral.

Par courriel du 18 mars 2012, Madame X a informé le Défenseur des droits que la procédure d'indemnisation était bloquée, du fait que l'EHPAD refusait d'indemniser son préjudice de retraite et a demandé l'intervention de l'institution.

Par lettre du 21 janvier 2013, Madame X a, par l'intermédiaire de son avocat, complété sa précédente demande d'indemnisation, en faisant valoir que, d'après la simulation qu'elle avait effectuée, elle subirait, lors de son départ en retraite à l'âge de 62 ans, une perte égale à 369 € par mois.

L'EHPAD n'ayant pas répondu à ces demandes, le Défenseur des droits, par décision n° MSP-2014-104 du 31 juillet 2014, lui a recommandé de proposer à Madame X une indemnité destinée à réparer :

- La perte de revenus subie du 16 avril 1996 au 1^{er} février 2011 ;

- La perte de retraite au titre de cette période ;
- Le préjudice moral de l'intéressée.

Par lettre du 7 novembre 2014, l'EHPAD a, par l'intermédiaire de son avocat, contesté les termes de la décision du Défenseur des droits et indiqué qu'il souhaitait que, « conformément au principe d'une bonne administration de la justice, le litige l'opposant à Madame X soit tranché par le tribunal administratif de Z auquel il appartiendra de se prononcer sur les divergences d'interprétation de la règle de droit et d'appréciation des faits de l'espèce qui nous séparent et opposent l'EHPAD à Madame X ».

Aussi, l'EHPAD a-t-il décidé de notifier à Madame X la décision du 5 novembre 2014 rejetant expressément sa demande d'indemnisation.

Madame X demande au tribunal administratif l'annulation de cette décision et la condamnation de l'EHPAD à lui verser une indemnité de 286 467 € avec intérêts de droit à compter de la réception de la demande préalable et capitalisation des intérêts, en réparation de sa perte de revenus pendant la période d'éviction, de la minoration certaine de sa future pension de retraite, de son préjudice moral et des troubles dans ses conditions d'existence.

II – Analyse juridique

1) Sur la prescription quadriennale

L'EHPAD oppose à la créance de Madame X la prescription quadriennale prévue par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.

Il estime qu'en conséquence et en considération du fait qu'elle aurait dû être licenciée ou admise à la retraite au 15 août 2001, à l'issue de ses droits à disponibilité d'office, Madame X n'est en mesure de revendiquer que la différence entre les revenus perçus au cours des quatre années précédant sa reprise de fonctions et ceux résultant d'une pension de retraite ou d'un licenciement.

Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 telles qu'appliquées par la jurisprudence administrative, « lorsqu'un litige oppose un agent public à son administration sur le montant des rémunérations auxquelles il a droit et que le fait générateur de la créance se trouve ainsi dans les services accomplis par l'intéressé, la prescription est acquise au début de la quatrième année suivant chacune de celles au titre desquelles ses services auraient dû être rémunérés ; qu'il en va cependant différemment lorsque, comme en l'espèce, la créance de l'agent porte sur la réparation d'une mesure illégalement prise à son encontre et qui a eu pour effet de le priver de fonctions ; qu'en pareille hypothèse, comme dans tous les autres cas où est demandée l'indemnisation du préjudice résultant de l'illégalité d'une décision administrative, le fait générateur de la créance doit être rattaché à l'exercice au cours duquel cette décision a été régulièrement notifiée » (CE, 6 mars 2009, n° 306409 ; 8 avril 2009, n° 308203 ; CAA de Douai, 24 juin 2010, n° 09DA00450).

L'EHPAD soutient que la décision du 16 avril 1996 plaçant Madame X en disponibilité d'office lui aurait été notifiée le même jour par le directeur de l'établissement. Toutefois, aucun document l'attestant, en particulier aucun accusé de réception signé par l'agent, n'est produit. La date de notification de la décision n'est donc pas établie, ce qui permet d'écarter l'exception de prescription (CAA de Douai, 26 mai 2011, n° 09DA01081).

En tout état de cause, il y a lieu de rappeler les termes de la loi du 31 décembre 1968 précitée, qui prévoit que « *La prescription est interrompue par :*

Toute demande de paiement ou toute réclamation écrite adressée par un créancier à l'autorité administrative, dès lors que la demande ou la réclamation a trait au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, alors même que l'administration saisie n'est pas celle qui aura finalement la charge du règlement.

(...)

Toute communication écrite d'une administration intéressée, même si cette communication n'a pas été faite directement au créancier qui s'en prévaut, dès lors que cette communication a trait au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance ;

(...)

Un nouveau délai de quatre ans court à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle a eu lieu l'interruption. Toutefois, si l'interruption résulte d'un recours juridictionnel, le nouveau délai court à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle la décision est passée en force de chose jugée ».

La chronologie ci-dessus rappelée montre qu'entre 1996 et 2011, l'EHPAD a régulièrement été saisi de la question de sa réintégration par Madame X, directement ou par l'intermédiaire de syndicats ou d'associations de personnes handicapées, de même que la direction des affaires sanitaires et sociales l'a plusieurs fois interrogé sur la situation statutaire de l'intéressée, et ce, toujours avant l'expiration du délai de la prescription plusieurs fois interrompue comme le prévoit la loi.

Il n'est pas contestable que la situation statutaire de Madame X et sa réintégration dans l'emploi constituent bien le fait générateur de sa créance, de sorte que les interruptions successives permettent d'écarter l'exception de prescription.

2) Sur la responsabilité de l'EHPAD

Aux termes de l'article 71 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, « *Lorsque les fonctionnaires sont reconnus, par suite d'altération de leur état physique, inaptes à l'exercice de leurs fonctions, le poste de travail auquel ils sont affectés est adapté à leur état physique. Lorsque l'adaptation du poste de travail n'est pas possible, ces fonctionnaires peuvent être reclassés dans des emplois d'un autre corps, s'ils ont été déclarés en mesure de remplir les fonctions correspondantes. / Le reclassement est subordonné à la présentation d'une demande par l'intéressé ».*

L'article 1^{er} du décret n° 89-376 du 8 juin 1989 pris pour l'application de la loi précitée et relatif au reclassement des fonctionnaires pour raisons de santé dispose : « *Lorsqu'un fonctionnaire n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions, de façon temporaire ou permanente, et si les nécessités du service ne permettent pas un aménagement des conditions de travail, l'autorité investie du pouvoir de nomination, après avis du médecin du travail, dans l'hypothèse où l'état du fonctionnaire n'a pas nécessité l'octroi d'un congé de maladie, ou du comité médical, si un tel congé a été accordé, peut affecter ce fonctionnaire dans un poste de travail correspondant à son grade dans lequel les conditions de service sont de nature à permettre à l'intéressé d'assurer ses fonctions ».*

L'article 2 du même décret précise : « *Dans le cas où l'état physique d'un fonctionnaire, sans lui interdire d'exercer toute activité, ne lui permet pas de remplir les fonctions correspondant aux emplois de son grade, l'intéressé peut présenter une demande de reclassement dans un emploi relevant d'un autre grade de son corps ou dans un emploi relevant d'un autre corps. / L'autorité investie du pouvoir de nomination recueille l'avis du comité médical départemental ».*

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au visa de ces textes, l'employeur ne peut placer un agent en disponibilité d'office, le licencié pour inaptitude physique ou l'admettre d'office à la retraite, sans l'avoir préalablement invité à formuler une demande de reclassement (Conseil d'Etat, 25 avril 2007, n° 289236).

En l'espèce, le 30 janvier 1996, le comité médical avait estimé que Madame X n'était plus apte à l'exercice de ses anciennes fonctions d'ASHQ, mais apte à reprendre des fonctions et à être reclassée sur un poste sédentaire. Or, à la suite de cet avis, l'EHPAD n'a pas invité Madame X à formaliser une demande de reclassement.

Néanmoins, en écrivant le 9 septembre 1999 au directeur du centre hospitalier de W afin de s'entretenir des possibilités de réintégration et en rappelant qu'elle avait été considérée comme prioritaire pour occuper un poste sédentaire dans l'établissement, Madame X doit être considérée comme ayant formulé dans les conditions prévues par la loi du 9 janvier 1986 une demande de reclassement dans un autre emploi adapté à son état physique (CAA de Nantes, 26 juin 2003, n° 01NT00837). Au demeurant, « *les dispositions législatives précitées, en subordonnant le reclassement à la présentation d'une demande par l'intéressé, ont pour objet d'interdire à l'employeur d'imposer un reclassement, qui ne correspondrait pas à la demande formulée par le salarié, mais ne le dispensent pas de l'obligation de chercher à reclasser celui-ci, et n'imposent nullement que la demande qu'il présente ait à préciser la nature des emplois sur lesquels il sollicite son reclassement* » (Conseil d'Etat, 17 mai 2013, n°355524).

De plus, aucune pièce du dossier ne permet d'établir qu'un recensement des postes vacants ait été sérieusement effectué avant le placement en disponibilité d'office, ni à chaque fois que Madame X a formulé, directement ou indirectement une demande de réintégration ou de reclassement professionnel.

L'absence de poste vacant dans l'établissement même est d'ailleurs contestable, dès lors qu'un poste d'agent de bureau à mi-temps y a été créé au 1^{er} janvier 1999, que ce poste est de nouveau devenu vacant en 2005, et qu'il n'a jamais été proposé à Madame X.

Certes, l'EHPAD a proposé un emploi d'animatrice à Madame X. Cependant, en lui proposant un tel emploi, l'EHPAD, qui n'a pas recueilli l'avis préalable du CMD, afin de déterminer précisément la compatibilité de cet emploi avec le handicap de Madame X, ne peut être considéré comme ayant respecté son obligation de chercher à la reclasser.

A cet égard, il faut rappeler que l'obligation de reclasser un agent public, devenu inapte à ses fonctions, est une obligation de moyens, qui a été érigée en principe général du droit par le Conseil d'Etat (CE, 2 octobre 2002, n° 227868, CCI de Meurthe-et-Moselle).

Cela implique que l'employeur ne peut se retrancher derrière l'absence, réelle ou prétendue, de postes vacants dans sa structure, mais a l'obligation de rechercher un reclassement effectif dans un délai raisonnable en élargissant ses recherches auprès de collectivités dont il est proche.

L'EHPAD aurait ainsi pu interroger le centre hospitalier de W auquel il était rattaché, même s'il n'en dépendait ni financièrement, ni juridiquement (CAA de Bordeaux, 9 avril 2013, n° 12BX00099).

Il ressort en effet de la lettre de la directrice du centre hospitalier de W, en date du 23 août 2010, répondant au courrier du Médiateur de la République du 9 juillet 2010, pourtant adressé au directeur de la maison de retraite de Y, que ce dernier EHPAD était rattaché depuis de nombreuses années au Centre hospitalier de W et que « *si chacun des (...) établissements conserve son autonomie juridique et financière, ils bénéficient d'un*

management commun par l'équipe de direction du Centre hospitalier et de l'appui technique et de l'expertise des professionnels de cet établissement ».

Par conséquent, ce qui a été fait en 2011 à la suite de l'intervention du Médiateur de la République aurait pu l'être bien avant, voire dès 1996.

De plus, à supposer qu'il ait été en mesure de prouver sérieusement l'absence de postes vacants compatibles avec les capacités et l'état de santé de cette fonctionnaire à l'intérieur de l'établissement, l'EHPAD aurait dû saisir la commission administrative paritaire dont les questions individuelles relatives au reclassement pour raisons de santé figurent dans les attributions prévues à l'article 21 de la loi du 9 janvier 1986 précitée.

L'EHPAD n'a donc aucunement apporté la preuve qui lui revient d'avoir mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour respecter son obligation de chercher à reclasser Madame X dans un nouvel emploi adapté et sa responsabilité est entièrement engagée.

3 – Sur la discrimination

Conformément à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires « *Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison ... de leur état de santé, ...* ».

De nombreux indices laissent présumer que c'est en raison de l'état de santé de Madame X que l'EHPAD de Y ne s'est pas acquitté de son obligation de moyens.

En premier lieu, les termes du rapport d'expertise du docteur C, adressé au CMD, le 30 octobre 1995, connu de l'employeur, accréditent la véracité des propos tenus à Madame X début 1999, pour justifier que le poste d'agent de bureau ne lui ait pas été proposé.

L'expert y indique en effet que, « *la maladie rhumatismale dont [Madame X] est atteinte évoluant par poussées selon une fréquence imprévisible, il en résulte une incapacité de travailler à temps complet. Le travail à temps partiel reste difficile dans la mesure où il est toujours à craindre des arrêts répétés* ».

Il est donc permis de présumer que L'EHPAD ne souhaitait pas réintégrer un agent au risque de devoir le replacer très souvent en congé de maladie.

En second lieu, il est difficile d'admettre qu'il n'y ait eu, en quinze ans, ni à l'EHPAD de Y, ni dans les autres structures placées sous la direction commune du centre hospitalier de W, une création ou une vacance de poste susceptible d'être proposé à Madame X.

La seule proposition de poste qui a été faite à Madame X par l'EHPAD ne peut être considérée comme une proposition sérieuse, non seulement parce que la compatibilité de cet emploi avec l'état de santé de l'intéressée, que celle-ci a d'ailleurs contestée, n'avait pas été soumise à l'avis du comité médical, mais également parce qu'il s'agit d'un poste de niveau supérieur à celui d'ASHQ.

En effet, selon l'article 1er du décret n° 93-654 du 26 mars 1993 portant statut particulier des animateurs de la fonction publique hospitalière, « *les animateurs constituent un corps de catégorie B de la fonction publique hospitalière* » et, selon l'article 2 du même décret, « *les animateurs sont responsables de l'animation au sein de l'établissement. A ce titre, ils assurent le choix des activités adaptées aux personnes accueillies et participent à leur mise en œuvre* ».

Selon la fiche métier publiée sur le site du ministère de la Santé, un tel emploi nécessite des connaissances en matière de conduite de projet, de gestion budgétaire, de gérontologie, qui ne sont pas exigées d'un ASHQ ou d'un agent d'administration, qui sont des emplois de la catégorie C.

Or, il y a lieu d'observer que dans une lettre adressée par le directeur de la maison de retraite à la FNATH de G le 26 juin 2003, ce dernier avait indiqué que le poste administratif devenu vacant en mars 2003 ne pouvait convenir à Madame X « *s'agissant d'un emploi de cadre administratif. Pour remplir les fonctions de ce cadre, une formation supérieure de base était nécessaire, formation dont ne disposait pas l'intéressée* ».

Tout porte à croire que la proposition de réintégration sur un emploi d'animateur était une proposition qui ne pouvait manifestement pas convenir à Madame X ni au plan de ses capacités physiques, ni au regard de sa formation.

En réalité, la seule issue envisagée par la direction de l'EHPAD était la radiation des cadres, soit par suite d'une admission à la retraite pour invalidité, ce qui était impossible du fait que Madame X n'avait jamais été reconnue inapte totalement et définitivement à toutes fonctions, soit par le moyen d'un licenciement pour inaptitude, solution envisagée mais abandonnée, du seul fait de son coût pour l'établissement, qui aurait dû lui verser l'allocation d'aide au retour à l'emploi.

Sauf à ce que l'EHPAD de Y apporte les éléments objectifs permettant d'écartier toute discrimination, sa responsabilité est totalement engagée à l'égard de Madame X, pour non-respect des dispositions statutaires et pour discrimination en raison de son état de santé en méconnaissance de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 précitée.

4 – Sur le préjudice

C'est à Madame X qu'il appartient de justifier et d'évaluer le préjudice en lien avec les fautes commises par l'EHPAD.

Néanmoins, eu égard à ce qui précède, le Défenseur des droits souligne que ce préjudice ne peut être calculé par rapport à une pension de retraite ou à une indemnité de licenciement, dans la mesure où Madame X qui, au demeurant a finalement été réintégrée dans un emploi, n'était pas inapte à toutes fonctions et où l'employeur n'a pas mis en œuvre la procédure de reclassement dans un délai raisonnable.

De ce fait, une admission à la retraite anticipée était impossible et un licenciement aurait été illégal.

Aussi, le préjudice matériel invoqué par Madame X doit-il bien être établi par rapport aux traitements et indemnités dont elle a été privée pendant la période d'éviction et à la pension de retraite qu'elle devrait percevoir si elle avait été réintégrée dans un emploi.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON