

Paris, le 24 octobre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-257

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°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail

Saisi par Madame X d'une réclamation dans le cadre de laquelle elle s'estime victime d'une discrimination en raison de son état de santé.

Décide de recommander à la société Y de réparer le préjudice de la réclamante.

Demande de lui rendre compte du suivi de cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Jacques TOUBON

<p style="text-align: center;">Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011</p>
--

Le Défenseur des droits a été saisi, le 17 mai 2018, par Madame X, via son correspondant local de Z, Monsieur W, d'une réclamation dans le cadre de laquelle elle s'estime victime d'une discrimination en raison de son état de santé.

Rappel des faits :

Dans sa saisine, elle indique être embauchée, en qualité d'aide-soignante, en contrat à durée indéterminée, à temps complet depuis le 28 septembre 2015 au sein de l'EHPAD Y.

Le 24 septembre 2015, elle apprend qu'elle est atteinte d'un cancer et subit à ce titre une intervention chirurgicale, le 11 janvier 2016, dans un centre hospitalier.

Elle est arrêtée jusqu'au 31 août 2017, avec une reprise de travail prévue au 1^{er} septembre 2017, en mi-temps thérapeutique.

Lors de sa visite médicale de reprise, elle est reçue par le médecin du travail, qui par un avis du 1^{er} septembre 2017 la déclare « *apte avec aménagement de poste sur temps partiel : ne pas dépasser 7h par jour et deux jours par semaine. A revoir dans un mois. Planning à formaliser* ».

Elle constate que pendant son absence et le rachat de l'EHPAD par le groupe A, l'organisation du travail se trouve modifiée au sein de l'établissement.

Le 12 septembre 2017, le médecin du travail rend un avis précisant que « *Madame X est inapte au poste actuel dans cette organisation (vacation de 10h). Madame X reste apte à un mi-temps de travail ne dépassant pas 5 heures par jour. Madame X est en capacité de bénéficier d'une formation à un poste adapté* ».

Suite à plusieurs échanges entre la médecine du travail et la société, cette dernière lui propose, le 6 novembre 2017, un reclassement sur un poste à temps partiel d'aide-soignante dans une autre région, qu'elle refuse notamment en raison de l'éloignement géographique qu'elle juge incompatible avec son état de santé et ses impératifs familiaux.

Elle est alors convoquée à un entretien préalable à licenciement, le 24 novembre 2017, puis licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement, le 12 décembre 2017.

Toutefois, elle aurait pris connaissance d'une offre d'emploi, le 18 février 2018, au sein de l'établissement Y pour un poste d'aide-soignante, à temps partiel de 26 heures hebdomadaires qui aurait pu lui convenir.

Enquête du Défenseur des droits :

Dans ce contexte, elle saisit le délégué du Défenseur des droits, Monsieur W, qui demande des explications à la société Y, par courrier du 30 mars 2018. La société y répond en communiquant ses observations par courrier du 19 avril 2018.

Au vu des éléments du dossier et s'estimant en présence d'une présomption de discrimination, le Défenseur des droits adresse à la société Y, le 27 juillet 2018, une note récapitulative reprenant son analyse de faits et de droit de sa situation, à laquelle la société répond par courrier, le 14 août 2018.

Cadre juridique applicable :

L'article L.4624-3 précise : « *le médecin du travail peut proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur* ».

Ainsi, lorsque le salarié n'est plus en capacité d'occuper son poste, même aménagé, il doit être déclaré inapte par le médecin du travail. A contrario, il est apte et l'employeur doit procéder à l'aménagement de son poste et ce, en conformité avec les aménagements préconisés par le médecin du travail.

L'employeur est ainsi contraint d'aménager le poste du salarié apte conformément auxdites préconisations, en vertu de l'article L.4624-6 du code précité: « *l'employeur est tenu de prendre en considération l'avis et les indications ou les propositions émis par le médecin du travail en application des articles L. 4624-2 à L. 4624-4. En cas de refus, l'employeur fait connaître par écrit au travailleur et au médecin du travail les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite* ».

Aussi, selon une jurisprudence de principe de la Cour de cassation, l'employeur doit s'assurer de l'effectivité des préconisations émises par le médecin du travail (Cass. soc. 19 déc. 2007, pourvoi n°0643.918 ; Cass. soc. 16 sept. 2015, pourvoi n°13-21.515). Il ne peut s'exonérer de son obligation de procéder à l'aménagement préconisé que s'il apporte la preuve qu'il est dans l'impossibilité de s'y conformer (Cass.soc, 23 février 2000, n°97-44947 ; Cass.soc, 5 janvier 2000, n°97-45252).

En conséquence, le fait de ne pas tenir compte des préconisations du médecin du travail en lien avec l'état de santé du salarié, en aménageant son poste de travail, constitue une violation de l'obligation de sécurité à laquelle l'employeur est tenu en vertu de l'article L. 4121-1 du code du travail précité (Cass. soc., 19 déc. 2007, pourvoi n° 06-43.918 ; récemment, Cass. soc., 27 septembre 2017, pourvoi n° 15-28605).

En outre, les dispositions de l'article L. 1132-1 du code du travail définissent le principe de nondiscrimination en vertu duquel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en raison de son état de santé.

Cet article renvoie, aux fins de définir la discrimination, à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, selon lequel « *la discrimination inclut : [1°] tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa [dont l'état de santé] ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

Ainsi, une mesure discriminatoire, au sens de la loi du 27 mai 2008, doit être constatée au préjudice du salarié dont le poste n'est pas aménagé dès lors qu'il est ainsi maintenu, en raison de son état de santé, dans des conditions de travail non adaptées, portant atteinte à sa dignité, et ayant pour effet de créer un environnement professionnel intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant (CA de DOUAI, 29 janvier 2016, n°15/00506).

Enfin, il convient de rappeler qu'en matière de discrimination, c'est l'aménagement de la charge de la preuve qui s'applique en vertu des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail, qui précisent que « *lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée* ».

Analyse :

Il ressort de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que la société Y, dans ses réponses des 19 avril et 14 août 2018, indique que suite à son examen médical de reprise du 1^{er} septembre 2017, le médecin du travail déclare Madame X inapte à l'emploi d'aide-soignante.

Toutefois, l'avis du médecin du travail du 1^{er} septembre 2017 n'est pas un avis d'inaptitude, contrairement à ce que soutient la société, mais un avis d'aptitude avec réserves ou avis d'aptitude partielle puisqu'il est rédigé en ces termes : « *apte avec aménagement de poste sur temps partiel : ne pas dépasser 7h par jour et deux jours par semaine. A revoir dans un mois. Planning à formaliser* ».

Celui rendu le 12 septembre 2017 est également un avis d'aptitude avec réserves : « *Madame X est inapte au poste actuel dans cette organisation (vacation de 10h). Madame X reste apte à un mi-temps de travail ne dépassant pas 5 heures par jour. Madame X est en capacité de bénéficier d'une formation à un poste adapté* ».

En effet, les dispositions de l'article L.4624-4 du code du travail indique « *qu'après avoir procédé ou fait procéder par un membre de l'équipe pluridisciplinaire à une étude de poste et après avoir échangé avec le salarié et l'employeur, le médecin du travail qui constate qu'aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste déclare le travailleur inapte à son poste de travail. L'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail est éclairé par des conclusions écrites, assorties d'indications relatives au reclassement du travailleur* ».

Or, l'avis ne déclare pas la réclamante inapte à son poste mais inapte à son poste actuel aux conditions antérieures à sa maladie, à savoir sous la forme de vacation de 10 heures, mais qu'elle pourrait toutefois continuer à exercer son métier d'aide-soignante si son employeur aménage son temps de travail à hauteur de 5 heures par jour.

Dans son courrier au Défenseur des droits du 14 août 2018, la société maintient qu'il s'agit d'un avis d'inaptitude et non d'aptitude partielle au motif que le médecin du travail fait référence aux dispositions de l'article R.4624-42 du code du travail concernant l'inaptitude et qu'il est rédigé comme suit « *selon l'article 4624-42 après étude de poste et des conditions de travail du 8/09/2017 et échanges avec l'employeur, Madame X est inapte au poste actuel dans cette organisation (vacation de 10 heures). Madame X reste apte à mi-temps de travail et ne dépassant pas 5 heures par jour* ».

La société indique que la réduction du temps de travail préconisée par le médecin du travail est une indication au titre du reclassement de la salariée et non au titre de l'aménagement de poste dans le cadre d'une aptitude partielle.

Toutefois, si le Défenseur des droits rejoint la société Y sur le fait que l'avis du médecin du travail est rédigé en des termes ambigus en constatant à la fois l'inaptitude et l'aptitude à des conditions aménagées, il n'en demeure pas moins qu'il ne conclut pas à une inaptitude au poste d'aide-soignante.

Dans son courrier adressé à la médecine du travail du 19 septembre 2018, la société précise même « *elle (Madame X) pourrait être affectée sur un poste d'aide-soignante à mi-temps et ne dépassant pas 5 heures par jour* ».

Au vu de ce qui précède, Madame X n'est pas déclarée inapte à son poste d'aide-soignante mais bien apte sur son poste à des conditions aménagées en termes de durée du travail. Il s'agit donc d'un avis d'aptitude partielle et non d'inaptitude au poste, conformément aux dispositions de l'article L.4624-4 du code précité.

Or, même émis avec des réserves, l'avis du médecin du travail sur l'aptitude d'un salarié à occuper un poste de travail s'impose à l'employeur et au salarié (cass. Soc, 16 septembre 2009 ; n°2008-42212) et ne peut être requalifié d'avis d'inaptitude ni par l'employeur, ni par les juges (Cass. Soc ; 10 novembre 2009, n°08-42674).

Il appartenait donc à la société Y d'aménager son poste en respectant les préconisations du médecin du travail à savoir, un temps de travail aménagé ne dépassant pas 5 heures par jour ou à défaut, et de justifier être dans l'impossibilité de se conformer aux dites préconisations.

Or, la société soutient qu'il lui est impossible de procéder à un tel aménagement sur une vacation de 5 heures au sein de l'établissement Y et que c'est dans ce contexte qu'elle s'est rapprochée du médecin du travail pour lui indiquer qu'elle pouvait envisager un nombre de vacations réduit sur la semaine mais en maintenant des vacations de 10 heures.

Le médecin du travail lui répond alors qu'il maintient ses recommandations à savoir que la vacation journalière ne doit pas dépasser 5 heures.

La société indique ensuite qu'il lui est impossible de réduire la vacation journalière de la réclamante à 5 heures au motif que l'organisation de travail concernant le personnel soignant de l'établissement repose sur des vacations de 10 heures journalières. Elle continue en précisant « *qu'afin d'assurer la continuité des soins, la restriction de travail limitée à 5 heures par jour nous aurait amené de facto à pallier l'absence de Madame X à hauteur de 5 heures restantes* ».

La société assure ensuite avoir tenté de recruter un salarié à temps partiel avec une proposition de vacation à hauteur de 5 heures par jour mais que ses recherches se sont avérées infructueuses.

La société précise cependant lui avoir proposé un poste, respectant les recommandations médicales émises concernant le temps de travail journalier réduit à 5 heures, au sein d'une autre maison de retraite dont le groupe A est actionnaire, poste situé dans une autre région. Toutefois, il apparaît que ce poste constitue une modification de son contrat de travail puisque le lieu de travail est un élément substantiel de ce dernier et que par ailleurs, il s'agit d'un poste temporaire puisqu'en CDD de remplacement jusqu'au 27 janvier 2018. Elle refuse d'ailleurs cette proposition, ayant son suivi médical et son conjoint à Rennes.

Cette proposition d'un poste, très éloigné de son domicile, ne saurait donc répondre à l'aménagement ainsi préconisé par le médecin du travail au regard de ses impératifs familiaux et de son état de santé fragilisé suite à un cancer.

Par la suite, la société Y n'a pas formulé d'autres propositions de poste suite à ce refus.

Or, une offre d'emploi est publiée, en février 2018, soit peu de temps après son licenciement, pour un poste d'aide-soignant, et ce à raison de 26 heures par semaine.

La société, dans sa réponse au Défenseur des droits, indique que le poste en question est un poste de renfort prévoyant une vacation de 7 heures par jour, durée du travail qu'elle juge incompatible avec les préconisations de la médecine du travail, ce qui explique qu'il ne lui a pas été proposé.

La société ne semble pas pour autant démontrer que ce poste en renfort n'aurait pas pu être aménagé pour se conformer aux préconisations du médecin du travail.

Le Défenseur des droits conclut donc à l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé de Madame X caractérisée par le fait que la société Y n'aurait pas cherché à tout mettre en œuvre pour aménager son poste afin d'éviter votre licenciement.

Le Défenseur des droits recommande donc à la société Y de réparer le préjudice de la réclamante et de le tenir informé des suites apportées à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Jacques TOUBON