

Paris, le 28 novembre 2016

Décision du Défenseur des droits n°MLD-2016-270

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 d'une réclamation de Monsieur X relative à son licenciement qu'il estime discriminatoire en raison de son handicap ;

Recommande à la société mise en cause de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente.

Jacques TOUBON

**Recommandation dans le cadre de l'article 25 - Observations dans le cadre de l'article 33
de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

SAISINE & ENQUÊTE :

1. Le 12 août 2015, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à son licenciement qu'il estime discriminatoire en raison de son handicap.
2. Au vu des éléments communiqués par le réclamant, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
3. Il a ainsi sollicité de la société Y mise en cause, par courrier du 2 octobre 2015, ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
4. La société Y y a répondu par courrier du 5 novembre 2015.
5. Au regard des éléments communiqués, le Défenseur des droits a adressé à la société Y, par courrier du 17 juin 2016, une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
6. La société Y y a répondu par courrier du 20 juillet 2016.

RAPPEL DES FAITS :

7. Monsieur X est engagé, en septembre 1990, en qualité de secrétaire médical attaché à la rédaction de comptes rendus d'examen, par le Centre de radiologie et d'imagerie Z.
8. Le 27 juin 2011, il est victime d'un accident du travail qui entraîne un arrêt de travail, prolongé jusqu'au 31 mai 2015.
9. En 2012, le Centre de radiologie et d'imagerie Z fusionne avec la SELARL Y.
10. Par décision du 12 septembre 2014, la Maison départementale des personnes handicapées de A lui reconnaît la qualité de travailleur handicapé jusqu'au 31 août 2019.
11. Par avis des 2 et 17 juin 2015, la médecine du travail le déclare « *inapte à son poste de secrétaire médical au centre de frappe de B [...]. Inapte à la marche prolongée, à la station debout prolongée et au déplacement quotidien par véhicule pour le trajet domicile-travail [...]. Apte à un poste de secrétaire médical en télétravail à domicile à temps plein* ».
12. Par courrier du 2 juillet 2015, le réclamant est convoqué à un entretien préalable à licenciement, son employeur affirmant avoir étudié toutes les possibilités de reclassement, y compris le réaménagement de son poste en télétravail. La société estime, à ce titre, que le télétravail ne permettrait pas de garantir la confidentialité des données médicales.
13. Par courriel du 6 juillet 2015, le service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés – ci-après le SAMETH - propose d'« *établir un plan d'action concerté* » afin d'aider la société à maintenir Monsieur X dans l'emploi. L'employeur n'y a pas répondu.

14. Par courrier du 9 juillet 2015, le réclamant fait part à son employeur de son étonnement quant à l'impossibilité de mettre en place un télétravail. À cet égard, il rappelle que la société « *échang[e] des flux de données constants entre [ses] serveurs de B, les postes de travail et les consoles d'interprétation de [ses] sites d'imagerie distants de l'hôpital privé C, de l'hôpital privé D, de l'hôpital privé E, de la maison médicale F, du cabinet de G et du cabinet H[...], sans oublier [...] [son] site internet qui propose sur le réseau public un accès aux comptes rendus d'examen des patients à partir de n'importe quel ordinateur personnel via les seuls identifiants d'une date de naissance et d'un numéro de dossier* ».
15. Toutefois, il est licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 20 juillet 2015.
16. Compte-tenu de ces éléments, de son âge (53 ans) et de son ancienneté (près de 25 ans), Monsieur X souhaite être indemnisé du préjudice lié à la rupture de son contrat de travail qu'il estime discriminatoire.

CADRE JURIDIQUE :

17. L'article L. 1132-1 du code du travail définit le principe de non-discrimination 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 et/ou de son handicap.
18. L'article L. 1134-1 dudit code définit, quant à lui, le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination (...). Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».
19. Tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul, conformément à l'article L. 1132-4 du code du travail.
20. Par suite, tout salarié licencié pour un motif discriminatoire peut voir son licenciement annulé et a droit, s'il le demande, à sa réintégration dans l'entreprise. L'employeur ne peut alors s'y opposer. Dans l'hypothèse où le salarié ne souhaite pas sa réintégration, il a droit aux indemnités de rupture (indemnités de préavis et de licenciement) ainsi qu'à une indemnité en réparation de l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, au moins égale à six mois de salaire brut.
21. 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* ».
22. L'article L.4624-1 de ce code prévoit que :
- « *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. Il peut proposer à l'employeur l'appui de l'équipe pluridisciplinaire du service de santé au travail ou celui d'un organisme compétent en matière de maintien dans l'emploi. L'employeur 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.*

En cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Il en informe l'autre partie. L'inspecteur du travail prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail ».

23. En vertu de l'article L.5213-6 du code du travail :
- « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.*
- Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.*
- Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 ».*
24. Les mesures appropriées visées à l'article L.5213-6 du code du travail renvoient notamment aux démarches actives et loyales d'aménagement de poste et de reclassement, en lien avec le médecin du travail, qu'il incombe à l'employeur de mener¹.
25. Il résulte de ces dispositions que les obligations d'aménagement de poste et de reclassement qui reposent sur l'employeur se trouvent renforcées lorsque le salarié déclaré inapte est reconnu travailleur handicapé.
26. Il découle de l'ensemble des dispositions précitées que le licenciement pour impossibilité de reclassement d'un salarié déclaré inapte ne constitue pas une discrimination à la double condition, d'une part, que son inaptitude ait été régulièrement constatée par le médecin du travail, d'autre part, que ce licenciement soit nécessaire, objectif et approprié, au regard notamment des obligations qui découlent des dispositions de l'article L.5213-6 du code du travail.
27. Tel ne saurait être le cas lorsque l'employeur manque à l'obligation qui lui incombe de reclasser le salarié déclaré inapte.
28. A ce titre, la Cour de cassation considère qu'un employeur ne respecte pas son obligation de reclassement s'il ne justifie pas qu'il a réalisé des démarches visant à aménager l'emploi du salarié conformément aux préconisations du médecin du travail, notamment lorsque les préconisations visent le télétravail².
29. Selon le Défenseur des droits, il résulte du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement, que sa décision de procéder au licenciement du salarié inapte n'est ni objective, ni nécessaire, ni appropriée et qu'elle caractérise une discrimination à raison de l'état de santé entraînant la nullité du licenciement, par application des articles L.1132-1, L.1133-3, L.1132-4 et L.5213-6 du code du travail³.
30. Cette position, qui avait été adoptée par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité – HALDE - notamment dans deux délibérations n°2009-326 et n°2010-228, a été reprise par la Cour d'appel de BORDEAUX dans un arrêt du 20 octobre 2011.
31. En vertu de l'ensemble de ces dispositions, il appartient à l'employeur de démontrer que la mise en œuvre de mesures de reclassement d'un salarié handicapé constitue une charge disproportionnée, en dépit des aides financières dont il pouvait bénéficier. À défaut, le refus

¹ Voir notamment la délibération n°2009-320 du 14 septembre 2009 de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

² Cass., soc., 15 janvier 2014, n° 11-28.898

³ Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-135 en date du 3 novembre 2014

de les mettre en place peut être considéré comme une discrimination fondée sur le handicap du salarié.

ANALYSE JURIDIQUE :

32. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'inaptitude de Monsieur X a été valablement constatée par le médecin du travail.
33. Il convient donc d'apprécier si son licenciement est nécessaire, objectif et approprié, et à cet égard, d'apprécier si La société Y a pris toutes les mesures appropriées afin de permettre à Monsieur X de conserver son emploi **ou** si elle démontre que la mise en œuvre de telles mesures aurait constitué une charge disproportionnée, en dépit des aides financières dont elle pouvait bénéficier.
34. Dans son courrier du 20 juillet 2016 au Défenseur des droits, la société conteste toute discrimination à l'égard du réclamant, en indiquant notamment que « *le sujet de la frappe à distance a été évoqué dans l'entreprise à de nombreuses reprises* » indépendamment de la situation de Monsieur X, et a toujours été écarté pour un certain nombre de raisons détaillées ci-dessous.
35. Or, il incombait à La société Y de respecter les préconisations du médecin du travail concernant Monsieur X, et visant la mise en place du télétravail. En outre, étant donné que Monsieur X est un travailleur handicapé, il incombait à la société de prendre toutes les mesures permettant son maintien dans l'emploi en vertu des dispositions précitées.
36. Ainsi, c'est au regard du handicap de Monsieur X et des préconisations médicales le concernant, et non pas indépendamment de sa situation, que la question du télétravail aurait dû être étudiée par son employeur.
37. C'est pourquoi, les explications d'ordre général de la société ne peuvent justifier de l'absence de discrimination liée au handicap et à l'état de santé de Monsieur X.
38. Néanmoins, La société Y indique qu'il lui était impossible de procéder au reclassement de Monsieur X par la mise en place d'un télétravail depuis son domicile – seule possibilité au regard des restrictions médicales du réclamant – en raison « *de nombreuses contraintes* », qu'elle décrit comme étant d'ordres sécuritaire, informatique, organisationnelle et managériale.
39. S'agissant des contraintes sécuritaires, la société mise en cause fait valoir qu'elle n'aurait pas pu s'assurer que Monsieur X aurait été la seule personne à avoir accès aux données médicales des patients. L'employeur évoque « *l'intrusion éventuelle de personnes malveillantes sur le poste à l'insu du salarié dans un environnement informatique et dans des locaux distants des nôtres* ».
40. Dans sa note récapitulative du 17 juin 2016, le Défenseur des droits soulignait :
 - d'une part, qu'il n'apparaît pas évident que cette situation pour le moins hypothétique ait davantage de chances de survenir au domicile du salarié plutôt que dans les locaux de l'entreprise,
 - et d'autre part, que l'employeur n'apporte pas la preuve d'avoir recherché quelles solutions il aurait pu mettre en place pour y pallier, d'autant que des solutions simples semblent envisageables, comme, par exemple, le fait d'exiger que la pièce dans laquelle le salarié réaliserait sa prestation de travail puisse être fermée à clé en son absence.

41. Dans son courrier en réponse du 20 juillet 2016, La société Y réitère ses craintes quant à une éventuelle utilisation frauduleuse de l'ordinateur de Monsieur X, dont l'accès et l'usage ne pourraient pas être contrôlés à son domicile.
42. Ici encore, le Défenseur des droits estime que la société ne justifie pas le bien-fondé de ses craintes, dans la mesure où des solutions telles que l'emploi d'un mot de passe, de codes temporaires ou instantanés ou l'exigence d'une clé d'accès auraient aisément pu les lever.
43. S'agissant des contraintes informatiques avancées par la société, le Défenseur des droits constate que la société mise en cause reconnaît qu'il aurait été possible de donner à Monsieur X un accès à distance au RIS, le logiciel de gestion médical.
44. Néanmoins, la société affirme que « *la mise en place de ce télétravail aurait nécessité un aménagement spécifique, dont la mise en place d'un ordinateur dédié, installation du logiciel RIS et des éventuels outils métiers* », ce qui aurait dû être fait par les informaticiens, et que ces derniers auraient également dû gérer la maintenance de ce matériel, ce qui aurait été rendu impossible par la distance qui sépare le domicile de Monsieur X de la société, soit 39,3 km.
45. Dans son courrier du 20 juillet 2016, la société précise que l'activité de frappe via le système RIS/PACS nécessiterait un support informatique constant. Ainsi, elle indique que « *Sur le premier semestre 2016, le nombre de demande d'interventions sur le support RIS/PACS a atteint 1760 demandes* », étant précisé que la majorité de ces interventions ont nécessité un déplacement sur site.
46. Le Défenseur des droits relève que la société ne précise pas combien d'interventions ont nécessité un déplacement sur site, mais surtout, il remarque que la société reconnaît ne pas s'être interrogée sur le coût afférent à la mise en place et à la maintenance du système au domicile de Monsieur X, partant du principe que la mise en place technique était impossible.
47. Ce faisant, La société Y n'apporte pas la preuve que la mise en place de mesures appropriées, permettant le maintien dans l'emploi de Monsieur X en conformité avec les préconisations du médecin du travail et au regard de son handicap, aurait constitué une charge disproportionnée.
48. Pour ce qui est de la contrainte organisationnelle, La société Y affirme que la mise en place du télétravail « *aurait nécessité une mutation lourde de [notre] organisation entière de frappe* ». Elle précise que le télétravail serait incompatible avec l'organisation actuelle, qui repose sur une forte collaboration entre les postes de frappeuses.
49. Dans sa note récapitulative, le Défenseur des droits a fait valoir qu'eu égard à l'existence de multiples moyens de communication susceptibles de pallier la distance en permettant au travailleur à domicile de communiquer en temps réel avec ses collègues, cet argument ne saurait résister.
50. Les explications fournies par la société mise en cause dans son courrier en réponse, décrivant plus avant le fonctionnement du travail des frappeuses, n'ont pas conduit le Défenseur des droits à revoir son analyse sur ce point.
51. Enfin, concernant la contrainte managériale, la société fait valoir qu'il lui aurait été difficile d'apprécier à distance le travail de Monsieur X, l'appréciation se faisant principalement « *localement en fonction de l'application au poste* ».

52. A ce titre, le Défenseur des droits constate que la société n'apporte pas la preuve que la mise en place d'aménagements spécifiques aurait été impossible, ni qu'elle aurait constitué une charge disproportionnée.
53. Il résulte de ce qui précède que malgré l'ensemble des contraintes relevées par la société Y, celle-ci n'apporte pas la preuve qui lui incombe, qu'elle était dans l'impossibilité de procéder au reclassement de Monsieur X par la mise en place du télétravail, ni que cette mise en place aurait constitué une charge disproportionnée.
54. Le Défenseur des droits ajoute que si l'employeur avait connu une réelle volonté de mettre en place le télétravail préconisé, il aurait à tout le moins prévu une phase expérimentale afin d'apprécier si les risques qu'il avait identifiés – et tenant aux quatre types de contraintes évoqués – étaient surmontables ou non.
55. Enfin, s'agissant de la question de la charge disproportionnée que les aménagements du poste de travail du réclamant auraient pu représenter pour l'entreprise, le Défenseur des droits souligne que le SAMETH a proposé une aide financière à l'entreprise mais que cette dernière n'y a pas donné suite.
56. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- constate que La société Y n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, d'avoir mis en place les aménagements préconisés par le médecin du travail, en violation de l'article L.4624-1 du code du travail ;
 - constate que La société Y n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, d'avoir mis en place les aménagements permettant le maintien dans l'emploi de Monsieur X eu égard à son statut de travailleur handicap, en violation de l'article L.5213-6 du code du travail ;
 - constate au demeurant que La société Y n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que la mise en place de tels aménagements aurait constitué pour elle une charge disproportionnée ;
 - considère que le licenciement de Monsieur X constitue une discrimination liée à son état de santé et/ou à son handicap au sens des articles L.1132-1, L.1133-3, L.1132-4 et L.5213-6 du code du travail du code du travail ;
 - recommande à La société Y de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
 - à défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente, sur le fondement de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON