

Paris, le 19 juin 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-099

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 Directive 2000/78/CE 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 ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;

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 de la situation de M. X, travailleur handicapé qui estime que son recrutement au sein de la commune de Y aurait été remis en cause pour un motif discriminatoire ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe, de recommander au maire de la commune de Y et au président du centre de gestion de la fonction publique territoriale de Z de se rapprocher du réclamant afin d'envisager avec lui les possibilités de recrutement au sein d'une collectivité territoriale du département ou, à défaut, de l'indemniser du préjudice subi du fait de l'échec du recrutement par la commune.

Le Défenseur des droits demande à être tenu informé des suites réservées à cette décision dans un délai de deux mois.

Jacques TOUBON

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

M. X souffre de dysphasie depuis son enfance. A ce titre, il est reconnu travailleur handicapé.

En juillet 2013, après deux années d'apprentissage dans le cadre desquelles il a accompli des stages au sein de la commune de Y, M. X obtient un certificat d'aptitude professionnelle agricole, option travaux paysagers.

En octobre 2013, la mairie propose à M. X de le recruter dans le cadre d'un contrat unique d'insertion, sur un poste d'agent technique aux espaces verts, pour une durée d'un an, du 1^{er} novembre 2013 au 31 octobre 2014.

Dans le cadre de la procédure de recrutement, la commune sollicite le centre de gestion afin qu'un médecin compétent se prononce sur l'aptitude de M. X au poste proposé.

Le 24 octobre 2013, l'intéressé est reçu par le Dr W, médecin de prévention. Cette dernière souhaite que M. X fasse l'objet d'un examen complémentaire et l'adresse au Dr A, médecin psychiatre agréé.

Après l'avoir reçu en consultation le 22 novembre 2013, le Dr A émet une contre-indication au recrutement de M. X dans le service des espaces verts « *pour des raisons de dangerosité d'utilisation d'engins et de produits toxiques, compte tenu de son handicap qui nécessiterait l'aide permanente d'un agent attaché à lui pour toute tâche délicate et par suite d'une impossibilité d'évaluation actuelle de son handicap* ».

A la suite de cet avis, le Dr W demande au Dr B, médecin neurologue au CHRU de C de procéder à l'évaluation actuelle du handicap de M. X, comme le demandait le Dr A.

Le 16 juin 2014, le Dr B reçoit M. X. Elle ne s'estime pas compétente pour se prononcer sur l'aptitude professionnelle de l'intéressé. Toutefois, elle précise : « *nous avons convenu avec vous et avec sa mère qu'aucun test ne serait réalisé car un QI ne serait en effet d'aucune aide pour évaluer ses capacités* ».

Le 11 septembre 2014, M. X consulte le médecin qui le suit depuis plusieurs années, le docteur D, neuropédiatre. Celui-ci confirme l'aptitude de M. X au poste proposé par la commune de Y : « *[M. X] ne présente donc aucune contre-indication à l'usage d'outils agricoles et à la profession choisie en dehors de la filière handicapée, ce qui serait la meilleure chance pour lui d'insertion socio-professionnelle ultérieure* ».

A la fin du mois de septembre 2014, le Dr W n'a pas encore émis d'avis médical confirmant, ou non, l'aptitude de M. X. Dès lors, la commune, qui sollicite cet avis depuis un an, informe l'intéressé que le poste qui lui était proposé n'est désormais plus vacant, et que la proposition de recrutement est caduque.

Le 18 mai 2015, M. X est à nouveau convoqué par le Dr W en vue d'un nouvel examen médical pour évaluer son aptitude au travail. Cependant, le médecin refuse de recevoir le réclamant dès lors qu'il se fait accompagner par sa mère.

Aucun avis médical n'est donc produit par le service de la médecine préventive du centre de gestion.

C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits est saisi de la situation de M. X.

Interrogé par le Défenseur des droits, le centre de gestion de Z fait valoir, dans un courrier en date du 28 septembre 2016, que la visite médicale obligatoire de M. X n'a pas pu avoir lieu uniquement en raison du refus opposé au réclamant d'être reçu en présence de sa mère le 18 mai 2015.

Dans un nouveau courrier reçu le 30 janvier 2017, le centre de gestion précise au Défenseur des droits que la démarche du Dr W était justifiée par un but légitime, à savoir s'assurer de la sécurité au travail de M. X. Il ajoute qu'au regard de la pathologie du réclamant, les examens complémentaires sollicités par le médecin de prévention étaient nécessaires et appropriés.

ANALYSE JURIDIQUE

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, portant transposition de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dispose que : « *constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa [notamment, le handicap], un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

L'article 2-2° de cette même loi précise que : « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} [notamment, le handicap] est interdite en matière (...) d'accès à l'emploi, (...)* ».

Le contrat unique d'insertion conclu pour pourvoir un emploi d'avenir, tel que proposé à M. X, est un contrat de droit privé. Conformément à l'article R. 4624-10 du code du travail dans sa rédaction en vigueur au moment des faits, les agents soumis à un contrat de droit privé bénéficient d'un examen médical avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai.

Aux termes de cet article, les agents soumis à une surveillance médicale renforcée en application des dispositions de l'article R. 4624-18 du même code doivent bénéficier de cet examen avant leur embauche.

Les bénéficiaires d'une surveillance médicale renforcée ainsi visée sont les travailleurs âgés de moins de 18 ans, les femmes enceintes, les salariés exposés à des risques particuliers et les travailleurs handicapés.

L'article 108-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale précise que l'employeur public doit se conformer aux obligations définies, notamment, à l'article L 4121-1 du code du travail. Cet article est libellé comme suit : « *l'employeur prend les mesures pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».

A cet égard, la mise en place d'une surveillance médicale renforcée pour les personnes en situation de handicap participe au respect de l'obligation de l'employeur de garantir la santé et l'intégrité physique de l'agent durant l'exercice de ses missions.

En cela, la procédure qui soumet le recrutement du travailleur handicapé à la confirmation de son aptitude et, le cas échéant, qui permet de définir les aménagements nécessaires à l'exercice de l'emploi, se trouve justifiée et satisfait un objectif légitime au sens de la loi du 27 mai 2008 précitée.

Cependant, les moyens développés pour répondre à cet objectif légitime peuvent interroger quant à leur caractère nécessaire et approprié.

En l'espèce, afin de finaliser le recrutement de M. X, la commune a sollicité le service de médecine préventive du centre de gestion en octobre 2013.

La commune, ne disposant pas de son propre service de médecine préventive, a adhéré au service de médecine préventive proposé par le centre de gestion de la fonction publique territoriale de Z comme le permet l'article 108-2 de la loi du 26 janvier 1984 précitée. Cet article dispose que : *« les services des collectivités et des établissements mentionnés à l'article 2 doivent disposer d'un service de médecine préventive, soit en créant leur propre service, soit en adhérant aux services de santé au travail interentreprises ou assimilés, à un service commun à plusieurs collectivités ou au service créé par le centre de gestion »*.

Toutefois, un an après la sollicitation de la commune, le service de médecine préventive du centre de gestion n'avait pas rendu l'avis sollicité, ce qui a conduit la commune à renoncer au recrutement du réclamant. Elle bloquait le recrutement sur le poste d'agent d'entretien des espaces verts depuis un an, le réservant à M. X. Néanmoins, au-delà de ce délai, elle a décidé de recruter un autre candidat, qui n'est pas atteint d'un handicap. Le besoin en personnel, même s'il n'était pas urgent et immédiat, se devait malgré tout d'être comblé dans un délai raisonnable.

Il n'appartient pas au Défenseur des droits de porter une appréciation sur la décision du médecin de prévention de solliciter les avis d'autres experts médicaux avant de rendre son avis sur l'aptitude de M. X.

Toutefois, la situation du réclamant montre que la procédure posée par l'article R 4624-10, en vigueur au moment des faits, ne garantit pas à l'employeur de disposer de l'avis médical d'aptitude sollicité dans un délai raisonnable.

En cela, les moyens mis en place pour répondre à l'objectif légitime rappelé ci-dessus se révèlent inappropriés.

En l'espèce, la procédure a eu pour conséquence d'entraver l'accès à l'emploi de M. X.

Dès lors, le Défenseur des droits considère qu'elle est constitutive d'une discrimination indirecte en raison du handicap au sens de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008.

On notera qu'en application de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, le décret n° 2016-1908 du 27 décembre 2016 relatif à la modernisation de la médecine du travail a modifié les dispositions précitées. Le travailleur handicapé, s'il suppose toujours une vigilance particulière de la part de l'employeur et une surveillance médicale renforcée, n'est désormais plus soumis à un examen médical d'aptitude avant l'embauche. Une situation comme celle vécue par M. X ne devrait donc pas se reproduire.

Pour autant, le préjudice du réclamant ne saurait être nié et, conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif, tel un harcèlement moral ou une discrimination, a droit, tant en matière civile qu'en matière administrative, à une réparation

intégrale des préjudices subis (par exemple, Cass. Soc., 23 novembre 2005, n° 03-40.826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225).

Dès lors, le Défenseur des droits recommande au maire de la commune de Y et au président du centre de gestion de la fonction publique territoriale de Z de se rapprocher du réclamant afin d'envisager avec lui les possibilités de recrutement au sein d'une collectivité territoriale du département ou, à défaut, de l'indemniser du préjudice subi du fait de l'échec du recrutement par la commune de Y.

Le Défenseur des droits demande à être tenu informé des suites réservées à cette décision dans un délai de deux mois.

Jacques TOUBON