

Paris, le 27 juillet 2017

Décision du Défenseur des droits 2017-233

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°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 d'une réclamation de Madame X qui estime avoir été victime d'une discrimination fondée sur ses activités syndicales et son handicap,

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Y compétente.

Jacques TOUBON

Observations devant la Cour d'appel de Y dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X d'une réclamation relative à des faits de discrimination à raison de ses activités syndicales et de son handicap.

I. RAPPEL DES FAITS ET PROCÉDURE :

2. Le 1^{er} juin 1989, Madame X est recrutée en contrat à durée indéterminée par l'organisation Z, en qualité de déléguée à la tutelle aux prestations sociales, majeurs protégés et tutelles d'Etat.
3. À compter du 1^{er} mars 1999, elle perçoit une pension d'invalidité. Par avenant du 4 décembre 2001, sa durée de travail est portée à 17h30 par semaine pour raisons de santé. Le 28 septembre 2009, la qualité de travailleur handicapé lui est reconnue par la MDPH de la ville A.
4. En juin 2009, elle est élue délégué du personnel et, dans le cadre de la délégation unique du personnel mise en place par l'organisation Z, elle intervient également au comité d'entreprise. Du mois d'octobre 2010 au mois de juin 2013, elle est désignée délégué syndical B. En décembre 2013, elle est désignée conseiller du salarié sur le secteur de la ville C.
5. En 2012, Madame X saisit le Défenseur des droits d'une réclamation relative à des faits de discrimination et de harcèlement moral à raison de ses activités syndicales et de son handicap.
6. Au vu des éléments présentés par la réclamante et en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, le Défenseur des droits décide d'engager une enquête et sollicite par courrier l'employeur afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces. Monsieur D, directeur de l'organisation Z, y répond.
7. Après analyse de ces éléments de réponse, le Défenseur des droits décide d'adresser à l'employeur une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier et l'invite à présenter ses observations et tout élément complémentaire, ce que fait par courrier Monsieur D.
8. Par requête du 10 avril 2013, Madame X saisit le Conseil de prud'hommes de la ville C aux fins de voir reconnaître l'existence d'un harcèlement moral et d'une discrimination.
9. Le 1^{er} juillet 2013, dans le cadre d'une visite de reprise après un arrêt maladie, le médecin du travail déclare la réclamante inapte à son poste. Le 19 juillet 2013, à l'issue d'une seconde visite, le médecin du travail la déclare inapte à tout poste au sein de l'organisation Z.
10. Par lettre recommandée du 28 août 2013, elle est convoquée à un entretien préalable. Son licenciement pour impossibilité de reclassement est envisagé et l'autorisation de licenciement sollicitée auprès de l'inspection du travail compétente.
11. Par décision du 12 novembre 2013, l'inspecteur du travail refuse l'autorisation en relevant un lien avec le mandat de la réclamante.
12. Par décision MLD-2013-239 du 27 novembre 2013, le Défenseur des droits constate l'existence d'un harcèlement discriminatoire fondé sur les activités syndicales et le handicap de la réclamante, le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement et à son obligation de maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, et décide de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes saisi du litige.

13. Parallèlement, l'employeur forme un recours hiérarchique contre la décision de l'inspection du travail. Par décision du 25 avril 2014, le ministre du travail refuse de délivrer l'autorisation de licenciement en relevant que l'employeur n'a pas procédé à des recherches de reclassement interne. L'employeur sollicite du Tribunal administratif de E l'annulation de cette décision, requête rejetée par jugement du 6 avril 2016 devenu définitif.
14. Par une demande du 2 septembre 2014, l'employeur sollicite de nouveau l'autorisation de licencier Madame X. Par décision du 6 novembre 2014, l'inspecteur du travail refuse de délivrer l'autorisation, en relevant l'absence de recherches de reclassement interne et le lien avec les mandats anciennement et actuellement détenus par la réclamante. Dans le cadre d'un recours hiérarchique formé par l'employeur, par décision du 14 avril 2015, le ministre du travail refuse l'autorisation pour les mêmes motifs. L'employeur sollicite du tribunal administratif compétent l'annulation de cette décision, requête rejetée par jugement du 14 février 2017 devenu définitif.
15. Dans l'intervalle, les parties sont convoquées devant le Conseil de prud'hommes de C à l'audience de jugement. L'affaire est renvoyée à l'audience de départage qui se tient le 28 avril 2015. Par jugement du 29 septembre 2015, le juge départiteur déboute Madame X de l'ensemble de ses demandes. La réclamante interjette appel du jugement.
16. Par une nouvelle demande en date du 10 mai 2016, l'employeur sollicite pour la troisième fois l'autorisation de licencier la réclamante. Par décision du 6 juillet 2016, l'inspecteur du travail refuse l'autorisation. L'employeur sollicite l'annulation de cette décision auprès du ministre du travail. Par décision en date du 25 avril 2017, le ministre décide de retirer sa décision implicite de rejet née le 26 décembre 2016 et d'autoriser le licenciement de la réclamante, constatant que quatre propositions de reclassement ont été faites. La réclamante a sollicité du tribunal administratif l'annulation de cette décision. La requête est actuellement en cours d'examen.
17. Par une demande en date du 25 octobre 2016, l'employeur demande l'autorisation de licencier Madame X pour motif disciplinaire. Cette quatrième procédure est de fait abandonnée compte tenu de l'autorisation de licenciement accordée.
18. Par lettre recommandée du 9 mai 2017, la réclamante se voit notifier son licenciement pour impossibilité de reclassement.

II. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

19. Au vu des éléments réunis, il convient d'une part, d'analyser les faits sous l'angle de la discrimination fondée sur les activités syndicales de Madame X (A) et, d'autre part, sous l'angle de la discrimination à raison de son handicap (B).

A. Sur l'existence d'une discrimination fondée sur les activités syndicales :

20. L'article L.1132-1 du code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte telle que définie 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, en raison de ses activités syndicales.
21. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précise que tout agissement subi par une personne sur le fondement de ses activités syndicales et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue une discrimination.
22. Sur ce point et pour répondre à la critique formulée par le juge départiteur dans son jugement du 29 septembre 2015 selon laquelle « *la notion de harcèlement moral discriminatoire à laquelle le Défenseur des droits fait référence n'est pas une notion juridique* », il convient de préciser que le harcèlement fondé sur un critère de discrimination prohibé constitue juridiquement une discrimination.

23. En effet, l'objet de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précitée était de compléter la transposition de textes communautaires et notamment la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 qui prévoit, dans son article 2 : « *Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres* ».
24. En vertu de ces dispositions, le Défenseur des droits considère que tout agissement subi par un salarié ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, et lié à un critère de discrimination prohibé, tel que celui des activités syndicales, constitue un harcèlement discriminatoire au sens des articles précités. Cette notion a d'ailleurs été retenue par plusieurs juridictions dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations et notamment les Cours d'appel de RENNES, de TOULOUSE et de DOUAI¹.
25. Aux dispositions générales relatives au principe de non-discrimination s'ajoutent des dispositions spécifiques relatives à la discrimination syndicale. L'article L.2141-5 du code du travail prévoit ainsi qu' « *Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture de contrat de travail (...)* ».
26. Il convient de relever que l'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
27. S'agissant du régime probatoire, l'article L.1134-1 dudit code définit 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 directe ou indirecte, telle que définie 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. 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. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ». La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792).

➤ **Sur les éléments de fait présentés par Madame X**

28. Au soutien de sa réclamation, Madame X présente un certain nombre d'éléments de fait qui, appréciés de manière globale, laissent supposer l'existence d'une discrimination à raison de ses activités syndicales au sein de l'organisation Z.
29. En premier lieu, il convient de souligner que la réclamante a rapidement dénoncé des difficultés après le début de ses mandats.
30. Par courrier du 23 novembre 2009, elle alerte Monsieur D sur les faits de harcèlement moral qu'elle estime subir à raison de ses activités syndicales de la part de Madame F, chef du pôle accompagnement. Elle invoque une surcharge de travail incompatible avec son mandat d'élue.

¹ Voir notamment *Décision Défenseur des droits MLD/2014-38 du 9 avril 2014 et jugement CPH MONTPELLIER, 3 novembre 2014, 13/01185 ; Décision Défenseur des droits MLD-2014-105 du 31 juillet 2014 et arrêt de la Cour d'appel de RENNES, 10 décembre 2014, 14/00134 ; Décision Défenseur des droits MLD-2015-64 du 23 mars 2015 et arrêt de la Cour d'appel de TOULOUSE, 29 janvier 2016, 14/00360 ; Décision Défenseur des droits MLD-2015-44 du 26 mars 2015 et arrêt de la Cour d'appel de DOUAI, 29 janvier 2016, n°15/00506*

31. Suite à un avis du médecin du travail du 30 novembre 2009, elle sollicite un changement d'attributions qui lui est refusé. Par courrier du 30 décembre 2009, elle alerte l'inspection du travail sur le refus de l'employeur de suivre les préconisations médicales qu'elle perçoit comme un « *règlement de compte* » par rapport à son rôle récent de délégué du personnel. Par courrier du 13 janvier 2010, elle conteste également les faits auprès du directeur qui maintient sa décision.
32. Lors de son entretien individuel d'évaluation du 16 novembre 2010 avec Madame F, elle déclare : « *Depuis que je suis élue déléguée du personnel alors que je travaille à l'organisation Z depuis plus de 20 ans, je vis un cauchemar. Je vis de la discrimination au handicap, à mon statut de DP et maintenant de déléguée syndicale B (formation – congés). Le but n'est pas de me permettre de travailler mais de m'accabler sans plus même tenir compte de mon travail à mi-temps pour invalidité (...) je suis inquiète pour ma santé et mon avenir* ». Le compte-rendu mentionne sa qualité de représentante du personnel « *et son implication plus importante dans la vie de l'organisation Z* » alors qu'en principe, les informations demandées au salarié ne doivent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles (article L.1222-2 code du travail).
33. En deuxième lieu, doivent être soulignées les difficultés rencontrées concernant ses formations.
34. Par courrier du 7 avril 2010, Monsieur D l'informe de sa décision de suspendre sa participation au module protection juridique des majeurs prévue au mois de mai 2010, au motif que sa demande de formation est suivie d'une période de congés trop longue. Par courrier du 10 avril 2010, la réclamante alerte l'inspection du travail qui décide d'intervenir auprès de l'employeur.
35. Par courriel du 13 janvier 2011, elle sollicite l'employeur sur les formations qu'elle devait suivre : « *je suis inquiète, je n'ai pas eu mes dates des formations CNC obligatoires pour l'année 2011 contrairement à mes collègues, pouvez-vous me tenir informée rapidement afin que je puisse m'organiser (...)* ». En réponse, Monsieur D lui reproche de ne pas s'être adressée à Madame F.
36. En troisième lieu, doivent être relevés la remise en cause de ses mandats par l'employeur, se traduisant par des propos hostiles, l'absence de convocation ou la remise en cause de sa participation à des réunions en sa qualité de représentante du personnel et l'engagement d'une procédure disciplinaire pour des faits en lien avec ses mandats.
37. Par courrier du 16 août 2010, la réclamante dénonce, en sa qualité de délégué du personnel, plusieurs difficultés au sein du pôle accompagnement. Monsieur D lui répond avoir confié à la délégation unique du personnel une mission exploratoire afin d'obtenir un avis collégial et étayé : « *Ce n'est qu'au vu des résultats de cette mission (...) que je déciderai de la suite réelle à donner à votre lettre ouverte, dont je peux déjà vous dire – au vu des mails que j'ai reçus – qu'elle ne fait pas l'unanimité* ». Le recours à un médiateur extérieur sera par la suite décidé.
38. Alors qu'elle vient d'être désignée délégué syndical, le compte-rendu des réunions NAO mentionne que le 20 octobre 2010, le mandat de la réclamante a été remis en cause par l'employeur au motif qu'elle aurait indiqué être la seule adhérente du syndicat B de l'organisation Z alors qu'au moins deux adhérents doivent constituer une section syndicale. Madame X conteste avoir tenu ces propos et dénonce son exclusion de la réunion.
39. Par attestation du 15 avril 2011, Madame G, représentante du syndicat B au sein de l'organisation Z, indique que Monsieur D « *ne reconnaissait pas Madame X dans ses fonctions [de déléguée syndicale], aussi, le 8/11/10 l'union locale lui signifiait par courrier qu'il ne pouvait remettre en cause la délégation comme déléguée syndicale de Madame X puisqu'il ne l'avait pas contestée dans les délais légaux* ». Elle explique avoir sollicité un entretien qui a eu lieu le 25 novembre 2010, au cours duquel Monsieur D « *nous a dit qu'il n'avait strictement rien à reprocher à Madame X au niveau professionnel mais qu'il contestait son mandat de délégué syndicale et voulait un courrier de confirmation de l'union* ».

40. Par courriel du 8 août 2011, Madame X reçoit une convocation à une réunion d'installation de la nouvelle délégation unique du personnel fixée au 22 septembre 2011. La réunion se tient finalement le 13 septembre 2011 sans qu'elle en soit informée. Par courrier du 24 novembre 2011, Madame H, secrétaire générale de l'union départementale du syndicat B alerte l'employeur et souligne que l'autre organisation syndicale ne rencontre pas ce genre de difficulté.
41. Par courriel du 7 décembre 2011, la réclamante demande à Monsieur D la date de la prochaine réunion NAO. Ce dernier lui répond le lendemain qu'elle est programmée le 14 décembre, ajoutant « *il me semblait d'ailleurs vous avoir déjà envoyé un mail en ce sens, mais peut-être ai-je oublié de le faire...* ».
42. Par courriel du 23 février 2012, il lui fait part de sa décision de dénoncer l'usage établi consistant à faire participer les délégués syndicaux aux réunions de la délégation unique du personnel. Cette décision est contestée par le syndicat B qui invoque une différence de traitement avec le syndicat I car leur délégué syndical ayant récemment été démis de son mandat, seule la réclamante est concernée.
43. Par lettre recommandée du 2 août 2012, Monsieur D convoque Madame X à un entretien préalable à une éventuelle sanction, en indiquant : « *Vos récents comportements m'apparaissent à ce jour contraires à ce qu'ils devraient être, et en contradiction flagrante avec les dispositions du code du travail ou des préconisations internes que vous ne pouvez prétendre ignorer* ». Par courrier du 27 août 2012, il revient sur les motifs de cette convocation : le fait que des documents exposant son « *point de vue de déléguée syndicale* » sur des décisions prises par l'organisation Z ait été trouvés dans la salle de repos ; la diffusion de mails à l'ensemble du personnel en sa qualité de déléguée syndicale ainsi que la diffusion du compte-rendu de la dernière réunion du CE. Il lui reproche d'avoir « *volontairement diffusé une information (...) concernant les chèques vacances dont bénéficie mon épouse qui n'est pas salariée de l'organisation Z* » qu'il avait évoqué en exemple lors de la réunion du CE. Il conclut en l'informant que « *si de tels manquements devaient se reproduire, je sanctionnerai immédiatement votre comportement* ».
44. Il convient de souligner la jurisprudence récente de la Cour de cassation particulièrement stricte en matière de sanction des représentants du personnel : « *Mais attendu qu'une sanction disciplinaire ne pouvant être prononcée qu'en raison de faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles avec l'employeur, c'est à juste titre que la cour d'appel a annulé la sanction litigieuse infligée au salarié pour des faits concernant l'exercice de son mandat* » (Cass. soc., 12 janvier 2016, n°13-26318).
45. Par courrier du 8 juillet 2013, Madame X est convoquée à la prochaine réunion du CE fixée au 12 juillet 2013, en tant que « *déléguée syndicale B* », alors qu'elle n'a plus de mandat depuis les dernières élections du mois de juin. Par courriel du 11 juillet 2013, Madame J, assistante des ressources humaines, lui confirme qu'elle ne doit pas y assister.
46. Dans son jugement du 29 septembre 2015, le juge départiteur constate qu'« *il résulte de la lecture globale des événements de lettres et de courriels produits qu'il existait une tension réelle depuis 2009 entre Madame X et Monsieur D* », sans toutefois relever la concomitance entre ces tensions et les mandats de la salariée.
47. En quatrième lieu, doit être soulignée la dégradation de l'état de santé de la réclamante, régulièrement placée en arrêt de travail pour maladie à compter de 2009.
48. Le 25 janvier 2011, son médecin psychiatre certifie qu'elle souffre d'un état anxiodépressif et constate un « *état d'épuisement neuropsychologique ne lui permettant plus d'assurer son travail dans une ambiance professionnelle décrite comme délétère* ».

49. Alors que les relations sont de plus en plus conflictuelles avec l'employeur, Madame X passe en invalidité catégorie 2 en avril 2013 et est déclarée temporairement puis définitivement inapte à tout poste en juillet 2013 par le médecin du travail qui précise dans son dernier avis : « *l'état de santé actuel de la salariée et son vécu au travail ne sont pas compatibles actuellement avec une reprise au sein de cet établissement* ».
50. En cinquième lieu, à ces éléments de fait s'ajoutent les quatre demandes d'autorisation de licenciement sollicitées par l'employeur suite au prononcé de l'inaptitude de la réclamante et le lien relevé à plusieurs reprises par l'autorité administrative compétente entre ces demandes et ses mandats.
51. Concernant la première demande, par décision du 12 novembre 2013, l'inspecteur du travail refuse l'autorisation de licenciement au motif « *qu'il existe un faisceau d'indices laissant présumer un lien entre le mandat anciennement détenu par la salariée et le projet de licenciement* ». Au titre de ces indices, il relève « *les prises de position de la direction hostiles à l'action de Madame X ; la contestation devant les autres représentants du personnel de son statut de déléguée syndicale ; les menaces de dépôt de plainte et de sanctions disciplinaires ; la remise en cause de ses heures de délégation ; l'absence de réponse à des questions de délégués du personnel ; la diffusion au personnel de propos dénigrant l'utilisation des heures de délégation par la salariée* ». L'inspecteur considère que « *ces agissements ont eu pour effet une dégradation des conditions de travail de Madame X et l'altération de sa santé et ont participé, au moins pour partie, à son inaptitude* » et retient l'existence d'« *agissements répétés de harcèlement moral* ».
52. Concernant la deuxième demande, par décision du 6 novembre 2014, l'inspecteur du travail refuse l'autorisation en relevant l'absence de recherches de reclassement interne et le lien avec les mandats anciennement et actuellement détenus par la réclamante. Par décision du 14 avril 2015, le ministre du travail refuse également l'autorisation, considérant que l'employeur n'a pas « *loyalement effectué ses recherches de reclassement* » et « *qu'en raison des difficultés d'exercice du mandat de déléguée syndicale précédemment détenu par la salariée, cette insuffisance de recherche de reclassement interne démontre une volonté d'éloigner la salariée de la collectivité de travail de l'organisation Z ; qu'il existe donc un lien entre la présente demande d'autorisation de licenciement et le mandat de déléguée syndicale précédemment exercé par Madame X et son activité syndicale (...)* ».
53. Le même constat est repris par l'inspection du travail dans sa décision du 6 juillet 2016, dans le cadre de la troisième demande d'autorisation de licenciement de l'employeur.
54. Il convient de relever que la Cour de cassation est venue préciser qu'au nombre des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination pouvait figurer un rapport établi par un inspecteur du travail (*Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-27261*).
55. Ces éléments de fait, pris dans leur ensemble, laissent supposer que Madame X a fait l'objet d'une discrimination à raison de ses activités syndicales ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 auquel il renvoie.
56. Au vu de ces éléments, il appartient à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, conformément à l'article L.1134-1 du code du travail.

➤ **Sur les éléments de réponse apportés par l'organisation Z employeur**

57. Dans ses réponses, Monsieur D nie tout harcèlement et toute discrimination à l'encontre de Madame X.
58. Concernant l'« éviction » de la réclamante, en sa qualité de délégué syndical, des réunions mensuelles avec les délégués du personnel, il indique tout d'abord « *si l'autre délégué syndical*

[Monsieur ENCINAS] assistait aux réunions avec les délégués du personnel, c'est en sa qualité d'élu lors des élections pour la composition de la délégation unique du personnel ». Or, les comptes rendus des réunions des délégués du personnel des 20 octobre 2010 et 25 octobre 2011 mentionnent qu'il était bien présent en qualité de délégué syndical CFDT et non en tant que membre de la délégation unique du personnel.

59. Monsieur D répond ensuite que cette mention constitue « une simple erreur matérielle » concernant la réunion du 25 octobre 2011. Quant à la réunion du 20 octobre 2010, il précise que la participation de Monsieur K en qualité de délégué syndical relevait d'un usage qui a été dénoncé postérieurement, sans expliquer les raisons pour lesquelles Madame X a, quant à elle, été évincée de la réunion.
60. De même, s'agissant des absences d'information et de convocation de la réclamante à des réunions concernant la NAO et la délégation unique du personnel, Monsieur D invoque une « simple erreur » ou encore une « erreur regrettable » qui ne sauraient constituer, selon lui, une quelconque forme de discrimination ou de harcèlement.
61. Par ailleurs, pour justifier ses décisions, il s'appuie sur des documents trouvés dans la salle de repos, la diffusion par la réclamante de mails à l'ensemble du personnel ainsi que la diffusion du compte-rendu de la dernière réunion du CE. Or, de tels éléments ne sauraient justifier la convocation à un entretien préalable et le courrier de rappel à l'ordre dont elle a fait l'objet, l'employeur ne pouvant prendre des mesures de discipline fondées sur l'activité syndicale d'un salarié sans méconnaître la jurisprudence et les articles L.1132-1 et L.2141-5 du code du travail.
62. Monsieur D tente également de justifier la référence à la qualité de représentante du personnel de la réclamante dans son évaluation de 2010 en indiquant qu'elle visait sa qualité d'élue et non de déléguée syndicale. Or, le critère de discrimination relatif aux activités syndicales vise aussi bien les représentants élus que les représentants désignés par un syndicat. Il ajoute que la réclamante a elle-même fait référence à son mandat dans les commentaires de son évaluation en omettant de préciser qu'elle concernait la dénonciation des faits de harcèlement.
63. S'agissant de l'annulation de la formation à laquelle devait participer la réclamante au mois de mai 2010, Monsieur D commence par indiquer que la formation se déroulait en discontinu et que certains jours étant des jeudis et vendredis, cela aurait conduit à modifier ses jours de travail et l'aurait empêchée de suivre ses dossiers. Ce faisant, il reconnaît que le cumul temps de travail et temps de formation de la réclamante ne devrait pas conduire à la faire travailler cinq jours consécutifs, ce qui lui sera pourtant imposé à plusieurs reprises. Surtout, il se contredit en indiquant par la suite que la formation a été annulée en raison des absences pour maladie de Madame X. Or, le tableau qu'il communique en annexe révèle qu'elle était présente en mai 2010.
64. Enfin, s'agissant de l'absence de formations en 2011, Monsieur D explique tout d'abord qu'il était prévu qu'elle bénéficie de la formation CNC² délégué aux prestations familiales (DPF) avant le 31 décembre 2011. Pour les autres formations mesures d'accompagnement judiciaire (MAJ) et mesures de protection, il indique qu'aucune discrimination n'a été opérée car d'autres salariés n'en ont pas bénéficié. Toutefois, le tableau récapitulant les formations dispensées aux salariés communiqué en annexe confirme que la réclamante a été la seule à ne bénéficier d'aucune formation, aucun élément confirmant sa participation à la formation DPF. Le parcours de formation de la réclamante prévoyait pourtant 18 heures de formation pour le CNC MAJ et 24 heures pour le CNC DPF.

² Certificat national de compétence

65. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que l'employeur ne justifie pas par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination les décisions prises à l'encontre de la réclamante concomitamment à ses mandats et constate, par conséquent, l'existence d'une discrimination à raison de ses activités syndicales ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008.
66. Le Défenseur des droits souligne que par un arrêt récent du 29 juin 2017, la Cour de cassation est venue préciser « *Dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations* » (Cass. soc., 29 juin 2017, n°15-15775).
67. Il convient ainsi de noter que l'autorisation de licenciement récemment accordée par le ministre du travail, outre le fait qu'elle fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif, ne doit pas conduire à écarter l'appréciation du bien-fondé des précédentes décisions de l'employeur.
68. La jurisprudence précise également que l'employeur ne saurait se prévaloir de l'inaptitude du salarié pour le licencier lorsque l'inaptitude est la conséquence d'un harcèlement (Cass. soc., 3 mars 2009, n°07-44082 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994).
69. Le Défenseur des droits relève que si l'existence de tels faits était retenue par la Cour d'appel saisie du litige, le licenciement de la réclamante intervenu dans l'intervalle pourrait encourir la nullité au regard de la jurisprudence susvisée.

B. Sur l'existence d'une discrimination à raison du handicap

70. L'existence d'une telle discrimination se traduit par la violation du statut protecteur applicable aux travailleurs handicapés qui peut, en l'espèce, être relevée à double titre : d'une part, au regard de l'aménagement du poste de travail de la réclamante (1) et, d'autre part, au regard de l'obligation de reclassement de l'employeur faisant suite au prononcé de son inaptitude (2).

1) S'agissant de l'aménagement du poste de travail de la réclamante

71. L'article L.1132-1 du code du travail et l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précités prohibent la discrimination fondée sur le handicap d'un salarié. Les articles L.1132-4 et L.1134-1 du code du travail sont également applicables.
72. À côté de ces dispositions générales, la protection des travailleurs handicapés est renforcée par des dispositions spécifiques. L'article L.5213-6 du code du travail prévoit ainsi : « *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.5212-13³ 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* ».

³ L'article L.5212-13 vise notamment le salarié reconnu travailleur handicapé ou titulaire d'une pension d'invalidité, à l'instar de la réclamante

73. Ces dispositions définissent l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés qui pèse sur l'employeur. Cette obligation vise à compenser l'inégalité induite par le handicap en mettant à la disposition du salarié concerné les aménagements nécessaires pour garantir une égalité de traitement.
74. Des mesures appropriées doivent être envisagées à toutes les étapes du parcours professionnel et peuvent concerner l'aménagement des postes de travail ou des lieux de travail, l'aménagement de l'organisation du travail (horaires de travail, répartition des tâches, etc.) ou la mise en place d'une assistance professionnelle. Ces mesures visent la personne dans une situation concrète, le type d'aménagement nécessaire dépendant de l'emploi occupé et de l'autonomie de la personne eu égard à son parcours de vie.
75. Le médecin du travail tient un rôle central dans la mise en place et la recherche de telles mesures puisque la loi l'habilite à proposer toutes les mesures individuelles qu'il juge nécessaires pour préserver la santé et la sécurité des salariés. L'employeur est tenu d'assurer l'effectivité de ses préconisations, conformément aux dispositions de l'article L.4624-1 du code du travail⁴. Il doit également les rendre effectives au titre de son obligation de sécurité de résultat définie aux articles L.4121-1 et suivants du code du travail (*Cass. soc., 19 décembre 2007, n°06-43918*).
76. En cas de refus ou d'impossibilité de suivre les avis du médecin du travail, l'employeur devra faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. S'agissant d'un salarié handicapé, il devra démontrer que la mise en œuvre des mesures d'aménagement préconisées pour permettre au salarié d'exercer son emploi ou de s'y maintenir constitue une charge disproportionnée.

➤ **Sur les éléments de fait présentés par Madame X**

77. En premier lieu, des éléments de fait laissent apparaître que l'employeur n'a pas aménagé le poste de travail de la réclamante pourtant préconisé par le médecin du travail.
78. Par avis du 30 novembre 2009, le médecin du travail déclare Madame X « *Inapte temporaire – Relève d'un arrêt maladie – À revoir à la reprise – Préconisations pour la reprise : affecter de préférence à la gestion des dossiers mesures d'accompagnement judiciaire ; éviter autant que possible la gestion des dossiers familles* ». Suite à cet avis, la réclamante sollicite un changement d'attributions qui lui est refusé.
79. Par courrier du 21 décembre 2009, Monsieur D lui répond : « *Outre le fait qu'une préconisation n'est pas une injonction, je n'entends pas ouvrir droit à votre demande dans la mesure où, comme je l'ai expliqué au médecin du travail dans un courrier que je lui ai adressé, rien ne prouve (en termes de stress, de charge administrative ou de longueur de déplacements) que vous y seriez gagnante* ».
80. Par courrier du 30 décembre 2009, la réclamante alerte l'inspection du travail. Elle précise qu'elle demande à s'occuper d'adultes handicapés et plus de dossiers familles « *car la problématique des enfants et le stress engendré n'est pas compatible avec ma pathologie* ».
81. Par courrier du 13 janvier 2010, elle conteste la décision auprès de l'employeur en expliquant que sa demande a été élaborée en concertation avec le service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, la mission handicap du conseil général et le médecin du travail, qu'elle a conscience que cela conduirait à augmenter le nombre de ses dossiers mais que ce changement est indispensable à la préservation de sa santé.
82. Par courrier du 29 janvier 2010, Monsieur D maintient sa décision et indique « *la reconnaissance de travailleur handicapé ne me semble pas emporter, en elle-même, l'obligation de réduction du temps ou de la charge de travail* ». Il ajoute avoir rencontré avec Madame F le médecin du travail :

⁴ Nouveaux articles L.4624-3 et L.4624-6 du code du travail issus de la loi travail n°2016-1088 du 8 août 2016

« nous avons pu lui exposer les raisons pour lesquelles nous ne pouvions que considérer comme sans fondement ses préconisations du 30 novembre ».

83. Il convient de souligner que dans sa décision du 12 novembre 2013 statuant sur la première demande d'autorisation de licenciement, l'inspection du travail a relevé le refus de l'employeur d'aménager le poste de travail de la réclamante pourtant préconisé par le médecin du travail.
84. En deuxième lieu, les éléments communiqués par la réclamante laissent apparaître un cumul de ses temps de travail et de formation difficilement compatible avec son handicap.
85. Par courrier du 22 mars 2010, elle dénonce auprès du médecin du travail une *« volonté de m'imposer (...) un cumul de temps de travail plus un temps de formation obligatoire, sans respect de mon temps partiel pour invalidité »*. Le 29 mars 2010, elle alerte également l'employeur. Il ressort de ce courrier et d'un courriel de Madame F du 16 mars 2010, qu'elle était en formation les 22 et 23 avril 2010 et qu'il lui a été demandé de travailler les mardi 20 et mercredi 21 au matin ainsi que les lundi, mardi et mercredi matin suivants ; de même, elle devait suivre une formation les 27 et 28 mai 2010 et il lui a été demandé de travailler les mardi 25 et mercredi 26 au matin et de poser des jours de congés les lundi, mardi et mercredi suivants.
86. Le 20 septembre 2010, une situation similaire s'est reproduite. Madame F lui annonce qu'elle travaille le lendemain, qu'elle partira à 17 heures avec son véhicule personnel jusqu'à la ville L où elle est attendue vers 19h30 et qu'elle suivra une formation les trois jours suivants.

➤ **Sur les éléments de réponse apportés par l'organisation Z employeur**

87. Concernant l'aménagement du poste de travail de Madame X, Monsieur D explique au Défenseur des droits que le changement d'attributions préconisé par le médecin du travail *« équivalait à autoriser un ouvrier à transporter des sacs de 100 kg rouges en lui refusant de transporter des sacs de 100 kg jaunes ou bleus »*.
88. Ces déclarations semblent n'accorder que peu d'importance aux préconisations émises, confirmant ainsi les éléments de fait relevés plus haut et plus particulièrement les propos de Monsieur D formulés les 21 décembre 2009 et 29 janvier 2010.
89. C'est également ce qui ressort du dernier courrier de l'employeur au Défenseur des droits : *« Votre référence à l'avis d'inaptitude prononcé par le médecin du travail "compte tenu de l'état de santé et de son vécu au travail..." aurait mérité qu'il soit clairement précisé que, par cette formulation, le médecin du travail n'a pas souhaité indiquer une quelconque responsabilité de la seule organisation Z dans cet état de fait. Son vécu au travail peut tout autant s'analyser comme "la façon dont elle perçoit ses conditions de travail", ce qui reste une nouvelle fois très subjectif et ne caractérise en rien une discrimination »*. En visant l'avis d'inaptitude, le Défenseur des droits n'a fait que citer le constat objectif établi par le médecin du travail. Si l'employeur considère que cet avis n'était pas suffisamment clair, il lui appartenait de former un recours auprès du médecin ou de l'inspection du travail compétente, conformément à l'article L.4624-1 du code du travail applicable au moment des faits.
90. Concernant le cumul temps de travail et de formation, l'employeur n'apporte aucun élément permettant de justifier ces décisions.
91. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que l'employeur n'a pas correctement aménagé le poste de travail de la réclamante préconisé par le médecin du travail et nécessaire à statut de travailleur handicapé ; que par là-même, l'employeur a manqué à son obligation d'aménagement raisonnable prévue par l'article L.5213-6 du code du travail, ce qui constitue une discrimination à raison du handicap prohibée.

2) S'agissant de l'obligation de reclassement de l'employeur

92. L'article L.1226-2 du code du travail prévoit que « *Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail* ».
93. Le Défenseur des droits considère que le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement constitue une discrimination prohibée par l'article L.1132-1 du code du travail, car les mesures et décisions prises en méconnaissance de cette obligation ne sont pas objectives, nécessaires et appropriées au sens de l'article L.1133-3 du code du travail qui prévoit : « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination, lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ». C'est ce qu'a retenu la Cour d'appel de BORDEAUX, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations⁵.
94. En outre, lorsque l'employeur manque à son obligation de reclassement, il manque par là-même à son obligation d'aménagement raisonnable et de maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés prévue par l'article L.5213-6 du code du travail, ce qui constitue également une discrimination à raison du handicap.

➤ **Sur les éléments de fait présentés par Madame X**

95. En l'espèce, Madame X est déclarée définitivement inapte à son poste de travail au sein de l'organisation Z le 19 juillet 2013.
96. Par courrier du 16 août 2013, Monsieur D soumet à la réclamante deux propositions de reclassement. La première concerne un poste de responsable de secteur au sein de l'association d'aide aux familles dans la ville C. La seconde concerne un poste de responsable de service au sein de l'organisation dans un autre département.
97. Par courrier du 26 août 2013, la réclamante accuse réception des deux propositions. Concernant la première, elle souligne : « *j'ai noté qu'il s'agit d'un CDD d'un mois donc je considère qu'il ne s'agit pas d'une proposition de reclassement du fait de l'absence de pérennité du poste* ». Concernant la seconde, elle indique : « *ce poste n'est hélas pas dans mes compétences – d'ailleurs vos refus de me faire dispenser le CNC MJPM risque de me faire cruellement défaut – ici ou ailleurs, maintenant et plus tard, même postuler pour un simple poste de mandataire* ».
98. En effet, la première proposition n'apparaît pas suffisamment sérieuse en ce qu'elle concerne un poste en CDD d'une durée d'un mois, alors qu'en principe, la recherche de reclassement doit porter sur des emplois disponibles, c'est-à-dire sur des emplois durablement inoccupés et non pas temporairement vacants pourvus en contrat à durée déterminée ou en intérim. Quant à la seconde proposition, elle concerne un poste pour lequel la réclamante n'a pu bénéficier du CNC correspondant et qui est mentionné dans l'offre de poste au titre du profil recherché. Au surplus, les deux offres concernent des postes de responsable de services avec une « *aptitude à l'encadrement* » voire « *une première expérience significative d'encadrement* » au titre des compétences requises, alors que la réclamante n'a jamais exercé de telles fonctions. Les postes apparaissent ainsi surqualifiés par rapport à son profil, alors que la recherche de reclassement doit s'opérer sur un emploi approprié aux capacités du salarié et sur un emploi aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé.

⁵ Cf. délibérations n°2009-326 et n°2010-228 de la HALDE dont le Défenseur des droits a repris les missions (art. 44 loi organique n°2011-333) suivies par CA BORDEAUX, 20 octobre 2011, n°10/03585

99. Par ailleurs, il convient de relever que l'autorité administrative et le juge administratif, dans le cadre des trois demandes d'autorisation de licenciement qui leur ont été soumises, ont relevé l'absence de recherches de reclassement interne de l'employeur afin de fonder les refus successifs d'autorisation de licenciement.
100. Ces éléments laissent supposer que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement prévue par l'article L.1226-2 du code du travail et, par là-même, à son obligation de maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés prévue par l'article L.5213-6 dudit code, ce qui constitue une discrimination à raison du handicap.

➤ **Sur les éléments de réponse apportés par l'organisation Z employeur**

101. Concernant les deux propositions de reclassement susvisées, Monsieur D indique au Défenseur des droits que les 99 entités françaises de l'organisation et 50 associations du champ médico-social de proximité ont été contactées dans le cadre de la procédure de reclassement. Il communique en annexe un tableau récapitulatif de ces demandes qui laisse apparaître que certaines entités n'ont pas été contactées. Au surplus, les réponses obtenues par l'employeur dans le cadre de cette recherche n'ont pas été communiquées au Défenseur des droits.
102. Or, la recherche de reclassement doit être faite dans l'ensemble des établissements de l'entreprise ou dans le groupe auquel elle appartient⁶, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la mutation de tout ou partie du personnel⁷, quand bien même les activités des entreprises concernées seraient différentes.
103. La jurisprudence est venue préciser qu'il appartient à l'employeur de justifier le périmètre de la recherche de reclassement. À ce titre, il doit notamment interroger l'ensemble des établissements concernés et fournir l'ensemble des réponses reçues⁸, ce que n'a pas fait l'organisation Z en l'espèce.
104. Dans ses conclusions d'appel communiquées par son conseil au Défenseur des droits, l'employeur souligne la décision du ministre du travail du 25 avril 2017 autorisant le licenciement de la réclamante et considérant que l'employeur a satisfait à son obligation de reclassement à travers quatre propositions faites à la réclamante les 15 décembre 2015, 8 et 18 février et 11 avril 2016.
105. Toutefois, outre le fait que cette décision fait l'objet d'un recours en annulation pendant devant le tribunal administratif compétent, il convient de souligner qu'elle intervient plus de trois ans après le prononcé de l'inaptitude de la réclamante, période durant laquelle jusque-là il a été considéré par l'autorité administrative que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement.
106. Le Défenseur des droits souligne que les quatre propositions de reclassement concernées visent toutes des postes en CDD, à l'exception de celle en date du 8 février 2016 portant sur un poste de responsable adjoint au sein de l'organisation Z, que la réclamante a refusé au motif qu'elle la conduirait à travailler au sein de la direction mise en cause qu'elle estime responsable du prononcé de son inaptitude.
107. Par courrier du 29 avril 2016, la réclamante demande à l'organisation Z d'effectuer les formations CNC qu'elle n'a pas pu suivre, afin de faciliter son reclassement. La fiche de poste concernant l'emploi de mandataire judiciaire proposé à trois reprises, les 15 décembre 2015, 18 février et 11 avril 2016, indique en effet au titre du diplôme requis travailleur social, juriste ou CNC.
108. En conséquence et au vu de ce qui précède, il ressort que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement prévue par l'article L.1226-2 du code du travail et, par là-même, à son obligation de maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés définie par l'article L.5213-6 dudit code, ce qui constitue une discrimination à raison du handicap.

⁶ Cass. soc., 28 mars 2007, n°06-41068 ; Cass. soc., 15 décembre 2015, n°14-11858

⁷ Cass. soc., 30 septembre 2003, n°01-46667

⁸ Cass. soc., 21 novembre 2012, n°11-18293

109. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de Y et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON