

Paris, le 18 janvier 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-019

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 ;

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 l'intermédiaire de Monsieur A, délégué du département de B, d'une réclamation relative à la situation de Madame X qui estime avoir subi des faits de discrimination en raison de ses activités syndicales et de son handicap au sein de la Fondation Y,

- Constate l'existence d'une discrimination en raison des activités syndicales et du handicap de Madame X, d'une discrimination salariale ainsi que des mesures de rétorsion faisant suite à la dénonciation de ces faits, au sens des dispositions des articles L.1132-1 du code du travail, de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 auquel il renvoie et de l'article L.1132-3 du code du travail ;
- Constate que ces faits justifient la demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur qui doit emporter les effets d'un licenciement nul, conformément à la jurisprudence et aux dispositions de l'articles L.1132-4 du code du travail ;
- Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z.

Jacques TOUBON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de Monsieur A, délégué du département de B, d'une réclamation relative à la situation de Madame X qui estime avoir subi des faits de discrimination en raison de ses activités syndicales et de son handicap au sein de la Fondation Y.

I. FAITS :

2. À compter du 1^{er} février 2001, Madame X est recrutée par la Fondation Y, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, en qualité de secrétaire de direction.
3. La Fondation Y, dont le siège est situé à Z, est une fondation à but non lucratif reconnue d'utilité publique gérant six établissements d'hébergement pour personnes âgées dits EPHAD et un foyer de vie accueillant des personnes handicapées.
4. Madame X exerce ses fonctions au siège de la Fondation.
5. Depuis 2001, elle bénéficie de la qualité de travailleur handicapé en raison d'un handicap auditif.
6. Depuis 2005, elle travaille sous la direction de Madame C, présidente de la Fondation, et de Monsieur D, directeur général.
7. En 2007, une réorganisation est entreprise au siège de la Fondation Y.
8. En avril 2007, Madame X est désignée déléguée syndicale sous l'étiquette W.
9. En mars 2009, elle se présente aux élections du comité d'entreprise, en qualité de suppléante. Elle n'est pas élue mais le syndicat W devient représentatif au sein de la Fondation.
10. Par lettre recommandée du 4 juin 2010, elle se voit notifier un avertissement pour ne pas avoir respecté un délai de prévenance suffisant dans l'utilisation de ses heures de délégation.
11. En 2012, Madame X adhère au syndicat E.
12. En mars 2015, elle se présente aux élections du comité d'entreprise et le 4 mai 2015, elle est désignée représentante de la section syndicale E.
13. Par courrier du 22 mars 2016, Madame X dénonce les mesures discriminatoires qu'elle estime subir depuis le début de ses mandats en 2007 et qui se seraient accentuées lors des élections professionnelles de 2015. Elle fait état d'une nouvelle fiche de poste qui lui aurait été imposée, de refus de formations, d'une mise à l'écart et d'une inégalité salariale par rapport à ses collègues affectés au même coefficient malgré son ancienneté plus élevée.
14. Par courrier du 4 avril 2016, elle alerte le CHSCT de ces faits.
15. Par courrier du 6 avril 2016, Madame C nie toute discrimination à son encontre, estime qu'elle « porte de graves accusations envers différentes personnes du siège de la Fondation » et lui demande de faire parvenir des précisions quant aux situations évoquées qu'elle estime « trop nombreuses, générales et imprécises ».

16. Dans le cadre d'une visite à sa demande, la réclamante rencontre le médecin du travail lequel, par avis du 28 avril 2016, la déclare apte à son poste avec les préconisations suivantes : « Compte tenu du handicap et du travail de standard une adaptation du matériel avec l'aide de l'OETH – obligation d'emploi des travailleurs handicapés – est requise ».
17. Le 1^{er} juillet 2016, le CHSCT conclut à l'absence de danger grave et imminent et de mesures discriminatoires à l'égard de la réclamante.
18. Le 10 novembre 2016, elle est convoquée à un entretien préalable et par lettre recommandée du 25 novembre 2016, Monsieur D lui notifie un avertissement pour manquement à ses obligations professionnelles. Des erreurs répétées dans la rédaction d'ordres de mission ou de courriers ainsi que dans la saisie de données comptables lui sont reprochées. Il lui est également fait grief d'avoir été agressive envers Madame F, chargée des ressources humaines et, plus largement : « vous n'avez pas conscience de l'agressivité de certaines de vos injonctions auprès des autres personnes. Votre humeur également peu égale rend difficile la communication malgré les efforts des personnels. Enfin, votre refus de reconnaître l'incident et de reporter la faute sur vos collègues est intolérable ».
19. Par lettre recommandée du 29 décembre 2016, la réclamante conteste les faits qui lui sont reprochés auprès de la nouvelle présidente, Madame G, et souligne : « Les dernières pressions de la direction ont cessé en 2011 lorsque j'ai laissé mon mandat de délégué syndical. Depuis mai 2015 et ma nomination de représentante de section syndicale E, les lettres recommandées en fin de semaine, les pressions, la mise à l'écart, les journées sans travail, les diffamations, etc. recommencent. La discrimination se poursuit... ».
20. Par courrier du 1^{er} février 2017, Madame G lui propose un entretien au cours duquel une rupture conventionnelle lui aurait été proposée.
21. Dans le cadre d'une visite à sa demande et par avis du 6 mars 2017, le médecin du travail la déclare « apte avec aménagement du poste » selon les préconisations suivantes :
 - « Une adaptation du matériel téléphonique est requise avec l'aide de l'OETH ;
 - Une réorientation professionnelle interne à prévoir avec formation par l'entreprise en vue d'un reclassement professionnel dans le cas où la reprise de son poste original (ou des tâches adaptées à ses compétences) ne sont pas prévues.Une étude de poste et des conditions de travail est prévue par le médecin du travail.
À revoir dans 3 mois ou avant si besoin ».
22. Par courrier du 8 mars 2017, la réclamante rejette la proposition de rupture conventionnelle.
23. Par courrier du 24 mars 2017, Madame G lui répond :

« Je vous ai en effet reçue en entretien à plusieurs reprises, durant lesquels vous avez abordé les éléments que vous décrivez dans votre courrier. Je vous apporte aujourd'hui la même réponse qu'alors en deux temps :

 - J'ai consulté les personnes incriminées qui m'ont apporté leur vision des choses ;
 - Une enquête du CHSCT menée en juin 2016 a conclu qu'il n'existait pas de situation de harcèlement, confirmant ma propre conclusion d'investigation.Ce thème est récurrent dans vos écrits. C'est pourquoi je vous demande aujourd'hui, à moins d'apporter une preuve concrète de vos allégations, de cesser sans délai ces attaques envers Monsieur le directeur général et l'ensemble de vos collègues de travail ».
24. Par courrier du 5 avril 2017, la réclamante dénonce les conditions de l'enquête du CHSCT.

25. Par avis du même jour, le médecin du travail la déclare temporairement inapte à son poste : « Ne peut occuper son poste actuellement, relève de la médecine de soins et nécessite à être revue à la reprise ».
26. Le 6 avril 2017, Madame X est placée en arrêt de travail.
27. Le 20 avril 2017, elle effectue une déclaration de maladie professionnelle auprès de l'assurance maladie en produisant un certificat médical faisant état d'un syndrome dépressif majeur.
28. Par courrier du 16 juin 2017, Monsieur D lui notifie l'arrêt du maintien de son salaire et sollicite le remboursement des salaires des mois d'avril et mai 2017, au motif que la mutuelle nationale des hospitaliers refuserait de procéder au remboursement des indemnités journalières en raison de la non-transmission par la réclamante d'un arrêt de travail.
29. Par certificat du 25 juillet 2017, le médecin traitant de Madame X préconise une reprise à mi-temps thérapeutique à hauteur de 50% jusqu'au 5 septembre 2017. Le jour même, la réclamante en informe l'employeur.
30. Par courrier du 26 juillet 2017, Monsieur D lui notifie le refus de la Fondation de la voir reprendre son poste dans ce cadre et l'invite à se rapprocher de son médecin « afin qu'il se prononce sur une prolongation d'arrêt de travail ou une reprise à temps plein qui auquel cas sera soumise à l'avis de la médecine du travail ».
31. Le 27 juillet 2017, Madame X est placée en arrêt de travail et en informe l'employeur.
32. Dans le cadre d'une visite de reprise et par avis du 30 août 2017, le médecin du travail la déclare apte à son poste « avec les mêmes aménagements liés au handicap. Une mutation serait souhaitable dans un autre contexte organisationnel, sur un autre poste à condition de respecter le handicap, dans l'entreprise ou ailleurs tel qu'il a été constaté lors de l'étude de poste et conditions de travail du 27/03/2017. À revoir si besoin ».
33. Le 24 octobre 2017, Madame X saisit le conseil de prud'hommes de Z d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail pour harcèlement et discrimination.
34. Par courrier du 6 novembre 2017, Monsieur D l'informe qu'une nouvelle enquête va être menée par le CHSCT suite à sa saisine et la dispense d'activité jusqu'au 13 décembre 2017.
35. Par lettre remise en main propre du 22 décembre 2017, Madame X se voit notifier une mise à pied à titre conservatoire et une convocation à entretien préalable en vue d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à un licenciement pour faute grave. Il lui est reproché d'avoir détourné des documents et informations appartenant à l'employeur ainsi que d'avoir mis en cause de manière réitérée et injustifiée ses collègues de travail.
36. Depuis le 9 janvier 2018, la réclamante exerce le mandat de conseiller prud'hommes.
37. Le 11 janvier 2018, la Fondation sollicite l'autorisation de la licencier auprès de l'inspection du travail.
38. Par décision du 1^{er} février 2018, l'inspection du travail refuse l'autorisation, considérant que les détournements de documents et informations reprochés ont été utilisés par la réclamante pour exercer sa défense devant le conseil de prud'hommes et que les mises en cause de ses collègues reposent sur des faits prescrits datant de plus de deux mois.

39. Le 19 mars 2018, la Fondation forme contre cette décision un recours hiérarchique auprès de la ministre du travail et, le 20 mars 2018, un recours pour excès de pouvoir auprès du tribunal administratif de H.
40. Par décision du 19 novembre 2018, la ministre du travail annule la décision de l'inspecteur du travail et autorise le licenciement de la réclamante, considérant que le délai de cinq ans écoulé entre l'obtention des documents reprochée à la réclamante et sa saisine de la juridiction prud'homale fait obstacle à ce que ceux-ci puissent être regardés comme produits dans le cadre de l'exercice de ses droits de la défense et considérant la détérioration de l'ambiance du collectif de travail induite par le comportement de la salariée au regard des attestations produites par l'employeur.
41. Par lettre recommandée du 30 novembre 2018, le licenciement pour faute grave de Madame X lui est notifié par la Fondation.
42. Par courrier du 10 décembre 2018, la réclamante conteste la mesure et entend former un recours contre la décision de la ministre du travail devant le tribunal administratif de H compétent.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

43. 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 Défenseur des droits a sollicité la Fondation Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces utiles à l'examen de la réclamation portée à sa connaissance.
44. La Fondation y a répondu en apportant un certain nombre de pièces qui ont été examinées par les services du Défenseur des droits.
45. Après analyse des éléments de réponse de la Fondation, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier du 23 novembre 2018, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination et l'invitant à présenter tout élément et document utile sur l'ensemble des éléments recueillis au cours de son enquête.
46. Par courrier du 27 décembre 2018, la Fondation y a répondu en apportant des éléments complémentaires qui ont été examinés par les services du Défenseur des droits.
47. À titre liminaire et en réponse au dernier courrier de la Fondation, le Défenseur des droits précise qu'en vertu des dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 codifiées dans le Livre III du code des relations entre le public et l'administration¹, ainsi qu'en vertu de l'article 38 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011², seuls les documents nécessaires à l'établissement de la décision du Défenseur des droits sont communiqués aux parties concernées.
48. S'agissant de la critique de la remise par Madame X aux services du Défenseur des droits de pièces dont l'origine est frauduleuse, le Défenseur des droits souligne que, par un arrêt du 2 décembre 1998, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que « le

¹ Articles L.311-1 et suivants

² « Le Défenseur des droits, ses adjoints, les autres membres des collèges, les délégués et l'ensemble des agents placés sous son autorité sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont connaissance en raison de leurs fonctions, sous réserve des éléments nécessaires à l'établissement des avis, recommandations, injonctions et rapports prévus par la présente loi organique (...) ».

salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »³. Dans cette affaire, il s'agissait plus précisément d'une lettre de la société et d'un projet de budget contenant « des informations dont les membres du personnel pouvaient avoir normalement connaissance ».

49. Par la suite, la Cour est venue préciser que la production de tels documents doit être « strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense »⁴ et que cela n'implique pas nécessairement l'engagement d'une procédure de licenciement à l'encontre du salarié qui peut notamment avoir soustrait les documents à l'occasion d'une mise à pied⁵. Il suffit donc qu'un risque de litige existe entre le salarié et l'employeur.
50. En l'espèce, la Fondation conteste la production de comptes rendus de réunions du conseil d'administration datant de 2008 et 2009, des informations concernant la rémunération de quatre salariées avec lesquelles la réclamante se compare et des informations concernant la participation de deux d'entre elles à des formations. Elle produit trois courriers des 20 et 21 décembre 2017 des salariées concernées qui indiquent n'avoir communiqué aucune information à la réclamante concernant leur rémunération.
51. Toutefois, les comptes rendus des réunions du conseil d'administration constituent des éléments dont les membres du personnel pouvaient avoir normalement connaissance au sens de la jurisprudence précitée. Il en va de même concernant les dates de recrutements des comparants et de leur participation à des formations collectives au sein de la Fondation. Le seul élément soustrait par la réclamante est un bulletin de paie datant d'octobre 2010. Or, le 4 juin 2010, elle s'était vue notifier un avertissement par l'employeur et, par courriers des 4 août et 1^{er} septembre 2010, elle dénonce la perte de ses fonctions. L'employeur fait valoir qu'une plainte pour vol a été déposée par la salariée concernée qui a néanmoins fait l'objet d'un classement sans suite.
52. Au surplus, dans son courrier du 22 mars 2016 dans lequel la réclamante dénonce auprès de l'employeur les faits de discrimination dont elle s'estime victime, elle précise que les faits ont débuté à compter de l'exercice de ses mandats en 2007. La réclamante a donc pu vouloir anticiper un risque de litige.
53. Il convient de préciser que la décision de la ministre du travail sur laquelle s'appuie l'employeur à ce sujet n'est pas définitive, le délai de recours n'ayant pas expiré et Madame X ayant fait connaître son intention de saisir la juridiction administrative. L'autorité de la chose décidée invoquée par l'employeur à plusieurs reprises doit ainsi être distinguée de la force de chose jugée.
54. S'agissant du non-respect par le Défenseur des droits des règles applicables en matière de prescription, la Fondation fait valoir les dispositions de l'article L.1134-5 du code du travail qui prévoient que « L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination ».

³ Cass. soc., 2 décembre 1998, n°96-44258

⁴ Cass. soc., 30 juin 2004, n°**02-41720 et 02-41771**

⁵ Cass. soc., 21 décembre 2006, n°05-41180 : « Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une faute grave et rejeter les demandes d'indemnités de la salariée, l'arrêt retient que l'intéressée a été condamnée pour vol après s'être emparée de documents appartenant à l'entreprise, qu'elle n'établit pas que ces pièces étaient utiles à sa défense puisqu'elles ont été soustraites avant le licenciement, et que cette soustraction marque une défiance de sa part à l'égard de son employeur;

Qu'en statuant ainsi sans rechercher, comme elle y était invitée, si les documents en cause n'étaient pas strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la salariée dans le litige qui l'opposait alors à son employeur à l'occasion de la mise à pied (...) »

55. Elle estime que le point de départ du délai est en l'espèce la date de la demande de résiliation judiciaire de la réclamante soit le 27 octobre 2013 et considère que « l'éventuelle persistance d'une prétendue situation de discrimination ne saurait permettre un quelconque aménagement de ce délai en fixant le point de départ de l'action en prescription à une date autre que celle de la révélation de la discrimination [le point de départ ne pouvant ainsi être le jour de la cessation de la discrimination] ».
56. Toutefois, le Défenseur des droits souligne que l'article L.1134-5 du code du travail issu de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 vise la prescription extinctive, c'est-à-dire le délai dans lequel le salarié doit agir pour faire valoir les faits de discrimination.
57. Il convient de prendre en compte comme point de départ de la prescription la « révélation » de la discrimination par le salarié qui s'entend par la mise en lumière du sens discriminatoire d'une situation, dont il pouvait avoir une certaine prescience sans être en capacité de mesurer l'étendue. Elle suppose la détention par le salarié d'informations de qualité, lui permettant d'apprécier la réalité et l'étendue de la discrimination et du préjudice subi.
58. Au soutien de son action, le salarié peut produire des éléments antérieurs afin de faire valoir ses droits, surtout lorsque la discrimination subie a pour effet de créer pour lui un désavantage continu notamment en termes d'affectation, de salaire ou lorsque des agissements de harcèlement sont invoqués. La discrimination suppose alors des actes répétés avec des conséquences qui s'échelonnent dans le temps. C'est notamment ce qu'a retenu récemment la cour d'appel de Paris dans l'affaire dite des Chibanis pour laquelle le Défenseur des droits avait présenté des observations⁶.
59. En l'espèce, en 2007, Madame X fait valoir des difficultés en termes de formation et, en 2009, elle invoque une diminution de ses tâches. Ce n'est que par courrier du 22 mars 2016, qu'elle dénonce auprès de l'employeur les faits qu'elle estime subir en les qualifiant de discrimination. Il convient donc de considérer que la révélation de la discrimination a eu lieu à cette date et de relever que la réclamante a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire le 24 octobre 2017, avant l'expiration du délai de cinq ans prévu par la loi.

III. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

60. En vertu d'une jurisprudence constante de la cour de cassation, lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée⁷.
61. En l'espèce, Madame X a saisi le conseil de prud'hommes de Z d'une demande de résiliation judiciaire avant la notification de son licenciement. Dès lors, il convient d'analyser si cette demande pourrait être recevable et les effets qu'elle pourrait produire, cet examen relevant de la compétence du conseil de prud'hommes saisi. En revanche, il appartiendra à la juridiction administrative compétente saisie du litige d'examiner le bien-fondé de son licenciement au regard de son statut de représentant du personnel.
62. Sur le fondement de l'article 1184 du code civil, la cour de cassation reconnaît au salarié le droit de solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail lorsque l'employeur ne satisfait pas à ses obligations contractuelles. En cas de manquement suffisamment grave, le juge peut prononcer la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur.

⁶ CA Paris, Pôle 6 chambre 10, 31 janvier 2018, n° S 15/11920 et 17/04524 ; Décision Défenseur des droits n°2016-188 du 21 juillet 2016

⁷ Cass. soc., 7 février 2007, n°06-40250 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n°10-21690

63. La cour de cassation considère que des faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire⁸.
64. En principe, la résiliation prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.
65. Toutefois, lorsque les faits reprochés sont sanctionnés par la nullité, comme c'est le cas en matière de discrimination conformément aux dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail, la Cour de cassation est venue préciser que la résiliation judiciaire devait emporter les effets d'un licenciement nul⁹.
66. C'est ce qu'a récemment retenu la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations¹⁰. Contrairement à ce que fait valoir l'employeur dans son dernier courrier, les faits de discrimination invoqués au soutien de la demande de résiliation judiciaire ne doivent pas être nécessairement récents. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'actes répétés qui s'échelonnent dans le temps et qui perdurent malgré la dénonciation des faits auprès de l'employeur. C'est également le cas lorsque l'état de santé du salarié concerné est impacté et se dégrade, faisant ainsi obstacle à l'exécution du contrat de travail.
67. En l'espèce, il convient donc de déterminer si Madame X a été victime d'une discrimination prohibée par la loi, justifiant la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.
68. Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination, 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 mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, en raison de ses activités syndicales ou de son handicap.
69. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 susvisée précise que la discrimination inclut tout agissement lié aux activités syndicales et au handicap subi par une personne ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.
70. L'objet de cette loi 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 ».

⁸ Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-12995

⁹ Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-28734 - Même solution en matière de harcèlement moral sur le fondement de l'article L.1152-3 du code du travail : Cass. soc., 20 février 2013, n°11-26560

¹⁰ CA Aix en Provence, 9 fév. 2018, n°17/05013 et Décision Défenseur des droits n°2016-216 du 16 sept. 2016

71. 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 ou du handicap, caractérise un harcèlement constitutif d'une discrimination. Cette notion a d'ailleurs été retenue par plusieurs juridictions dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations¹¹.
72. L'article L.1132-3 du code du travail sanctionne, quant à lui, les mesures de rétorsion faisant suite à la dénonciation de faits de discrimination : « Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L.1132-1 et L.1132-2 ou pour les avoir relatés ».
73. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de discrimination, l'article L.1134-1 du code du travail 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 ».
74. La cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale¹² et que peut notamment être prise en compte la chronologie des faits¹³.
75. À ces dispositions générales s'ajoutent des dispositions spécifiques relatives à la discrimination syndicale et à la protection des travailleurs handicapés.
76. S'agissant de la discrimination syndicale, l'article L.2141-5 du code du travail 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 du contrat de travail.
77. S'agissant de la protection des travailleurs handicapés, l'article L.5213-6 du code du travail prévoit :
- « 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.5212-13¹⁴ 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.

¹¹ Voir notamment Décision Défenseur des droits MLD/2014-38, 9 avril 2014 - jugement CPH Montpellier, 3 nov. 2014, 13/01185 ; Décision MLD-2014-105, 31 juillet 2014 - arrêt CA Rennes, 10 déc. 2014, 14/00134 ; Décision MLD-2015-64, 23 mars 2015 - arrêt CA Toulouse, 29 janv. 2016, 14/00360 ; Décision MLD-2015-44, 26 mars 2015 - arrêt CA Douai, 29 janv. 2016, n°15/00506

¹² Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792 ; Cass. soc., 4 mars 2015, n°13-23447

¹³ Cass. soc., 6 novembre 2013, n°12-22270

¹⁴ L'article L.5212-13 vise notamment le salarié titulaire d'une pension d'invalidité et le salarié reconnu travailleur handicapé à l'instar du réclamant

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 ».

78. 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.
79. Les mesures appropriées doivent être envisagées à toutes les étapes du parcours professionnel et peuvent ainsi concerner l'aménagement des postes de travail (mise à disposition d'équipements individuels, etc.) 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.
80. Les mesures appropriées visent la personne dans une situation concrète et non une catégorie de personnes de façon abstraite, le type d'aménagement nécessaire dépendant ainsi de l'emploi occupé et de l'autonomie de la personne concernée eu égard à son parcours de vie.
81. La recherche de mesures appropriées suppose donc une appréciation au cas par cas, en vue de trouver des solutions concrètes et appropriées à la situation de la personne handicapée.
82. Le médecin du travail tient un rôle central dans la mise en place et la recherche de telles mesures appropriées 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 étant tenu d'assurer l'effectivité de ses préconisations, conformément aux dispositions de l'article L.4624-3 et L.4624-6 du code du travail¹⁵.
83. Au titre de son obligation de sécurité définie aux articles L.4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur doit faire en sorte de rendre effectives ces préconisations¹⁶. Même formulées au conditionnel, elles ont donc une valeur contraignante pour l'employeur.
84. L'employeur qui refuse de suivre les préconisations du médecin du travail pour aménager le poste d'une salariée reconnue travailleur handicapé manque à son obligation de sécurité de résultat prévue par l'article L.4121-1 du code du travail, celui-ci ne rapportant pas la preuve de sa recherche d'aménagement du poste de travail¹⁷.
85. La cour de cassation est venue préciser que le non-respect répété par un employeur des préconisations du médecin du travail peut constituer un harcèlement moral¹⁸.
86. L'article 1 1° de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précité prévoit que la discrimination inclut tout agissement lié au handicap subi par une personne ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

¹⁵ Ancien article L.4624-1 avant l'entrée en vigueur de la loi travail n°2016-1088 du 8 août 2016

¹⁶ Cass. soc., 19 décembre 2007, n°06-43918

¹⁷ CPH de Saint Denis, 28 juillet 2017, RG n°F15/0246

¹⁸ Cass. soc., 28 janvier 2010, n°08-42616

87. Dès lors, le refus de mettre en place des mesures appropriées pour permettre à une personne handicapée d'exercer son emploi ou d'y progresser constitue un harcèlement fondé sur le handicap s'il apparaît que les besoins spécifiques du salarié handicapé sont systématiquement laissés de côté.

A. Sur l'existence d'un harcèlement constitutif d'une discrimination

➤ ***Sur les éléments de fait présentés par la réclamante :***

88. Des éléments présentés, il ressort qu'entre 2005 et 2007, sous la présidence de Madame C, une réorganisation interne a été entreprise, dans le but de créer une gestion centralisée des personnels du siège de la Fondation et de ses différents établissements.

89. Dans ce cadre, le 5 juin 2008, Monsieur D, directeur général, adresse à Madame X la nouvelle fiche de poste de secrétaire de direction validée par le conseil d'administration de la Fondation.

90. Les comptes rendus des réunions du conseil d'administration des 21 avril 2008 et 16 juin 2009 laissent apparaître qu'un poste d'assistant des services économiques a été créé au siège et que la candidature de Madame J, avec laquelle Monsieur D a pendant de nombreuses années collaboré, a été présentée par ce dernier et approuvée par le conseil d'administration. Madame J a ainsi quitté son précédent poste extérieur à la Fondation, dans le cadre d'un détachement, à compter du mois de septembre 2009.

91. Par courrier du 26 octobre 2009, Madame X dénonce la perte de ses fonctions initiales au profit du personnel nouvellement recruté et notamment de Madame J.

92. Par courrier du 19 novembre 2009, Madame C nie que la réorganisation puisse affecter ses attributions. Elle précise que le poste d'assistant des services économiques a vocation à centraliser la gestion de tous les salaires au siège et que les comptables des établissements seront remplacés lors de leurs départs en retraite par des techniciens administratifs davantage centrés vers l'accueil.

93. Elle communique les fiches des différents postes administratifs concernés par la réorganisation :

- Assistant des services économiques : 1 poste localisé au siège ;
- Technicien ou assistant administratif : 3 postes localisés dans les établissements ;
- Comptable : 3 postes localisés dans les établissements.

94. L'examen de ces fiches laisse apparaître que le poste d'assistant des services économiques n'a pas uniquement vocation à centraliser la gestion des salaires et présente des tâches similaires à celles décrites pour le poste de secrétaire de direction comme invoqué par la réclamante : « rédaction de divers comptes rendus et procès-verbaux pour le compte du directeur général », « saisie des budgets en lien avec le directeur comptable et financier » et « contrôle budgétaire ».

95. L'organigramme du siège de la Fondation de décembre 2009 regroupe d'ailleurs les deux postes et place le poste d'assistant des services économiques avant celui de secrétaire de direction.

96. Par courriers du 4 août et du 1^{er} septembre 2010, Madame X dénonce une nouvelle fois la perte de ses fonctions et se plaint de ne pas avoir suffisamment de travail à son poste.

97. Plusieurs échanges datant de 2014 et 2016 permettent de constater que Madame J se présente comme assistante de direction au sein de la Fondation et affecte des tâches à la

réclamante. De même, le répertoire des adresses mails de la Fondation du 28 juillet 2016 mentionne l'adresse assistantededirection@fondationy.org concernant Madame J tandis que Madame X se voit confier l'adresse accueil@fondationy.org.

98. Le compte-rendu de l'entretien professionnel de la réclamante du 29 novembre 2016 mentionne concernant sa situation professionnelle actuelle : « Mme X précise que l'activité qui lui donne le plus de satisfaction est d'aller à la poste et effectuer les courses. Ce qui lui déplaît c'est d'être mise à l'écart des projets de la Fondation et le manque de responsabilité ». Au titre du projet d'évolution professionnelle du salarié à court terme, il est indiqué : « Ne pas exercer un poste d'agent d'accueil et de communication ».
99. De son côté, Monsieur D formule les commentaires suivants :

« La perception du poste de Mme X n'est pas conforme à la réalité de l'ensemble des tâches qu'elle effectue. La réorganisation nécessaire des services lui a en effet retiré certaines attributions mais elle a également de nouvelles fonctions (comme la gestion du plan de formation par exemple) (...). Lors d'une enquête le CHSCT a mentionné que Mme X n'était pas sans activité au quotidien ».
100. Madame X refuse de commenter et de signer le compte-rendu et remet en mains propres à Monsieur D la préparation de son entretien établie sur trois pages dans lesquelles elle évoque la perte de ses fonctions et de toute responsabilité, la mise à l'écart de l'ensemble des projets de la Fondation, son affectation au poste d'agent d'accueil et de communication depuis 2008 et l'absence de formation informatique dont ont pu bénéficier les autres personnels administratifs.
101. Lors de son audition par les services de l'assurance maladie le 13 septembre 2017, Monsieur D confirme la perte des fonctions de la réclamante au profit des autres membres du personnel administratif :

« Mme X a une fiche de poste cependant elle ne retrace pas la réalité de son travail. Une partie des tâches qui sont inscrites sur sa fiche de poste ne sont pas réalisées par Mme X. L'ensemble des tâches actuelles ont été retracées dans son entretien professionnel du 29 novembre 2016 et cela à sa demande, Mme X n'a pas souhaité signer cet entretien. Au regard du contexte conflictuel qui ne cesse de se dégrader à ce jour et de son engagement auprès des IRP et du besoin de confidentialité que nécessite notre travail nous avons dû transférer une partie de ses missions notamment les missions confidentielles à d'autres salariés. Ce transfert a été principalement orienté sur Mme F, Mme K et Mme J (...).

Elle [Mme X] doit gérer l'accueil physique et téléphonique. Elle travaille aussi avec la comptabilité pour la saisie information. Elle n'a pas besoin de tâches définies, nous lui demandons de travailler en fonction des besoins journaliers ».
102. Madame X produit également au soutien de sa réclamation deux attestations d'anciennes collègues de travail en date du 10 août et du 7 septembre 2016, qui confirment la dégradation de ses conditions de travail à compter de 2007, la perte de ses fonctions initiales au profit de Madame J ainsi que sa mise à l'écart.
103. Ces éléments permettent de constater que la réclamante a connu une perte significative de ses fonctions au profit notamment de Madame J et une rétrogradation de fait, occupant principalement un poste d'agent d'accueil contrairement à ce que prévoyait sa fiche de poste établie à l'issue de la réorganisation, avec un contexte de travail dégradé se traduisant par une mise à l'écart et l'absence de tâche confiée.
104. Madame X fait également valoir que parallèlement à cette perte de fonctions, elle a fait l'objet d'une mise à l'écart s'étant notamment traduite par le fait qu'elle n'a pas bénéficié

des mêmes formations que ses collègues de travail alors que ces formations entraient dans le champ de ses compétences et lui auraient permis d'évoluer.

105. Par courrier du 7 mai 2007, elle indique ainsi à l'employeur que malgré la mise en place d'un nouveau système informatique en 2006, elle n'a suivi que 2 jours de formation lui donnant accès à une saisie sur les journaux d'achats et de banque, ce qui donneraient lieu à des lacunes comptables et des erreurs qui lui sont par la suite reprochées par ses supérieurs hiérarchiques.
106. De même, par courrier du 26 octobre 2009, elle souligne qu'une formation collective sur les logiciels de comptabilité générale et paie a eu lieu en 2006 puis une formation sur les plannings en 2007 auxquelles l'ensemble des personnels administratifs (directeur financier, responsable des ressources humaines, comptables, apprenti, assistants administratif et assistant des services économiques) auraient assisté, sauf elle.
107. Elle précise avoir seulement bénéficié d'un congé individuel de formation, à sa demande, de septembre 2012 à juillet 2013, pour l'obtention d'un brevet professionnel d'aménagements paysagers.
108. En 2015, une formation collective intitulée « AlfaGrh » à laquelle ont participé Madame J et Madame L a été dispensée et, en 2016, une formation intitulée « First Comptabilité : Budget », à laquelle a participé Madame L.
109. Il semble ainsi que depuis 2005 et malgré ses demandes, la réclamante n'a pas bénéficié des mêmes formations que ses collègues de travail.
110. Les éléments communiqués permettent de constater qu'au-delà de la réorganisation interne, la perte de fonctions de la réclamante et la mise à l'écart dont elle a fait l'objet apparaissent en lien avec ses activités syndicales et son handicap.
111. En effet, l'avertissement qui lui a été notifié par Monsieur D le 4 juin 2010 est directement fondé sur l'utilisation de ses heures de délégation syndicale. Or, selon la jurisprudence, la sanction disciplinaire infligée au salarié protégé pour des faits concernant l'exercice de son mandat doit être annulée dès lors que l'intéressé n'a pas manqué à ses obligations professionnelles envers l'employeur¹⁹.
112. Le compte-rendu de l'enquête CHSCT menée en 2016 fait également état des activités syndicales de la réclamante qui semblent lui être reprochées : « vous n'est pas sollicitée pour certaines missions car vous avez parfois utilisé et mis en avant votre engagement à la E ».
113. De même, lors de son audition par les services de l'assurance maladie, Monsieur D fait état de « son engagement auprès des IRP » afin de justifier le transfert d'une partie de ses missions à ses collègues.
114. La réclamante a également rencontré des difficultés dans le paiement de sa rémunération pour les mois de septembre, octobre et décembre 2017, suite à sa participation aux réunions des instances paritaires territoriales de la région M.
115. Par ailleurs, les éléments communiqués par Madame X permettent de constater qu'elle a subi des mesures en lien avec son handicap.

¹⁹ Cass. soc., 12 janv. 2016, n°13-26318

116. Il ressort en effet que depuis la réorganisation interne, elle occupe principalement des fonctions d'accueil physique et téléphonique, malgré son handicap auditif.
117. Des reproches lui ont été faits concernant sa mission d'accueil téléphonique et l'utilisation de courriels avec le personnel de la Fondation.
118. Ainsi, par courrier du 8 décembre 2015, Madame C lui indique :
- « Une de vos missions premières est l'accueil téléphonique et physique. Concernant ce dernier aspect, je n'ai aucune remarque particulière à formuler. Cependant, en ce qui concerne l'accueil téléphonique, il apparaît que vous ne remplissez pas complètement la mission d'accueil qui vous est confiée. Je vous rappelle qu'il vous appartient de répondre en première intention, puis de rediriger l'appel vers les personnes concernées. Vous devez également annoncer clairement à tous les personnels du siège lors du transfert d'appel, le nom de l'interlocuteur (...). De même, l'échange de mail vers les personnels du siège lorsqu'ils sont présents n'est pas acceptable. Cette règle vaut bien sûr pour l'ensemble des personnels (...) ».
119. Des problèmes d'aménagement de son poste de travail vont également être relevés par la médecine du travail.
120. À deux reprises, les 28 avril 2016 et 1^{er} mars 2017, dans le cadre de visites à la demande de la réclamante, le médecin du travail va préconiser un aménagement de son poste de travail au regard de son handicap et, plus précisément, une adaptation du matériel téléphonique.
121. Il précisera ce besoin d'aménagement dans le cadre d'une visite de reprise et par avis du 30 août 2017 après que la réclamante ait été temporairement déclarée inapte à son poste.
122. Par courrier du 2 mai 2016, le médecin du travail est venu préciser à l'employeur qu'il ne lui appartenait pas de fournir l'assistance technique à l'aménagement du poste de la réclamante, préconisant à l'employeur de « dire à l'OETH de se rapprocher du SAMETH qui a l'habitude de ce genre de situation et qui lui donnera certainement le nom de son intervenant habituel ».
123. Il ressort des éléments communiqués qu'une demande d'intervention en date du 2 juin 2016 a été effectuée par l'employeur auprès de l'organisme O.
124. Par courriel du 13 janvier 2017, Monsieur D indique à la réclamante, à propos du matériel préconisé :
- « Vous faites état du matériel SIAD. Pouvez-vous me dire à quoi cela correspond. Concernant l'aménagement de votre poste de travail, nous avons engagé un consultant extérieur qui est intervenu à plusieurs reprises à vos côtés. [Mme F] et moi-même n'avons à ce jour aucun retour des échanges que vous avez eus avec cette dernière... Je suis pour ma part, de fait, très interrogatif quant à cette démarche engagée et surtout payée par la Fondation... !!!!! ».
125. Par courriel du 23 janvier 2017, Madame N, consultante en ergonomie au sein de l'organisme O, transmet le compte-rendu de son intervention à la Fondation et à la réclamante. Le document fait état des difficultés rencontrées par Madame X, en raison de son handicap auditif, concernant la réception de messages téléphoniques et la communication orale avec ses collègues de travail. Il est notamment précisé : « La compréhension d'un message oral par téléphone ou en face à face demande à Madame X

des efforts d'attention, de concentration et de mémorisation constants, ce qui peut entraîner une importante fatigue ».

126. Madame N conclut son rapport d'intervention comme suit :

« Il existe certaines solutions, des postures à prendre, des conditions environnementales à favoriser, pour aider les personnes à mieux percevoir les sons, mais aucune technique aujourd'hui ne palliera tous les manques auditifs.

En tenant compte des présupposés, et en apportant à Madame X des tâches de travail concordantes à la fiche de poste, ainsi qu'un appareil téléphonique de dernière génération, elle pourrait ainsi poursuivre son activité professionnelle dans des conditions favorables ».

127. Par courrier du 5 avril 2017 faisant suite à l'avis d'inaptitude temporaire rendu le même jour, le médecin du travail recommande au médecin traitant de la réclamante un placement en arrêt de travail, en précisant :

« Le salarié présente un état qui petit à petit se dégrade. Ses conditions de travail ne sont pas du tout adaptées à son état de santé actuel.

Un poste aménagé n'a pas été identifié avec son employeur. Entre temps, Madame X a déposé une demande de reconnaissance de maladie professionnelle pour dépression réactionnelle qui me semble tout à fait justifiée ».

128. Par courriel du 2 août 2017, Madame X transmet à l'employeur une demande du SAMETH concernant la mise en place de l'aménagement recommandé qui nécessite l'intervention de l'employeur auprès de l'Agefiph.

129. Les éléments transmis ne permettent pas de constater que le poste de travail de la réclamante a été correctement aménagé.

130. Le 26 juillet 2017, Monsieur D lui notifie le refus de la Fondation de la voir reprendre son poste de travail dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique, conduisant à son maintien en arrêt de travail.

➤ **Sur les éléments de réponse présentés par la Fondation Y :**

131. Dans ses réponses, la Fondation nie toute discrimination à l'encontre de Madame X.

132. Concernant le handicap de la réclamante, la Fondation fait valoir qu'elle a initialement été reconnue travailleur handicapé du 26 juillet 2001 au 26 juillet 2003 et qu'elle n'a été informée du renouvellement de son statut qu'en 2006 pour une période allant jusqu'au 11 septembre 2011.

133. Néanmoins, elle ne produit aucun élément matériellement vérifiable et l'un des courriers de la réclamante du 21 décembre 2015 indique au contraire qu'elle en a informé la Fondation en 2004.

134. Concernant le statut de travailleur handicapé pour la période du 11 septembre 2011 au 30 septembre 2021, la Fondation fait valoir le courrier précité par lequel la réclamante transmet le renouvellement de sa reconnaissance de travailleur handicapé.

135. Toutefois, il convient de souligner que depuis 2001, la réclamante souffre d'un handicap auditif nécessitant un appareillage, que l'employeur en était informé, comme le démontre notamment le courrier du 7 mai 2007 de Madame X produit par la Fondation. Dès lors, le fait que la réclamante n'ait pas communiqué le renouvellement de sa reconnaissance de qualité de travailleur handicapé ne saurait démontrer que l'employeur n'avait pas

connaissance de son handicap et le dispenser de son obligation d'aménagement raisonnable défini par l'article L.5213-6 du code du travail.

136. En vertu d'une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la notion de handicap ne doit seulement être entendue comme étant liée à une reconnaissance administrative du handicap dès lors que sont perceptibles des limitations ou des atteintes physiques, mentales ou psychiques, susceptibles de faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle²⁰.
137. Au-delà de la reconnaissance administrative du handicap et en vertu des articles R.4624-16 et 17 du code du travail applicables au moment des faits, l'employeur est tenu d'organiser des visites médicales périodiques tous les 24 mois et tous les ans s'agissant des salariés bénéficiant d'une surveillance médicale renforcée.
138. Dès lors, la Fondation avait la charge d'organiser, entre ces périodes, des visites médicales auprès du médecin du travail, qui auraient pu permettre de constater la persistance du handicap auditif de la réclamante et ses besoins d'aménagements de poste. Or, des éléments transmis, il ressort qu'aucune visite n'a eu lieu entre 2004 et 2007, ni entre 2009 et 2012. Le Défenseur des droits relève également que postérieurement à l'information du renouvellement de sa qualité de travailleur handicapé en 2015, Madame X n'était pas identifiée comme bénéficiant d'une surveillance médicale renforcée, en méconnaissance de l'article R.4624-18 4° du code du travail applicables au moment des faits.
139. Les éléments recueillis permettent de constater que c'est dans le cadre de visites organisées à sa demande que Madame X a pu rencontrer le médecin du travail les 28 avril 2016 et 6 mars 2017 et que des avis d'aptitude avec aménagement de poste ont été rendus.
140. De même, la Fondation ne saurait faire valoir que la réclamante « a toujours été déclarée apte par les services de médecine du travail », alors qu'un avis d'inaptitude temporaire a été délivré par le médecin du travail le 5 avril 2017.
141. Le fait que des aménagements n'aient été préconisés par le médecin du travail que le 28 avril 2016 ne la dispensait pas de son obligation d'aménagement raisonnable envers la salariée avant cette date.
142. En revanche, à compter de cette date et des avis d'aptitude avec réserves rendus par la médecine du travail, la Fondation avait la charge de mettre en place les aménagements préconisés.
143. Dans son courrier de réponse, la Fondation fait valoir qu'elle a contacté l'organisme O et que des « solutions matérielles pérennes » ont été mises en œuvre après « une réponse favorable donnée par l'OETH le 17 octobre 2017 », sans toutefois communiquer d'élément permettant d'en justifier.
144. Le seul élément transmis est un courrier du 5 septembre 2017 du médecin du travail faisant suite à une étude de poste réalisée le 27 mars 2017 qui indique que « l'état de santé actuel de Madame X est tout à fait compatible avec son poste puisqu'aménagé à son handicap auditif ». Toutefois, ce courrier a été contesté par la réclamante le 9 octobre 2017 s'agissant notamment du casque téléphonique dont elle n'aurait pas bénéficié.
145. Dans sa dernière réponse, la Fondation se contredit en indiquant que le prestataire O, chargé de déterminer l'appareillage auditif nécessaire à l'aménagement du poste de travail de la réclamante, « n'a pas rempli sa mission » et a rendu un rapport « non contradictoire

²⁰ CJUE, 11 avril 2013, n°C-335/11 et n°C-337/11, aff. Ring et Skouboe Werge

puisqu'à aucun moment la Fondation Y n'a eu le loisir d'échanger et/ou d'avoir eu connaissance des termes du projet de rapport » et « non conforme ». Elle précise que « compte tenu des méthodes de travail parfaitement déloyales de la société O », la Fondation a pris contact avec cette dernière en refusant de payer les honoraires et fait valoir un courriel du 18 juillet 2018 avec le prestataire, sans apporter d'éléments concernant les difficultés rencontrées à l'époque.

146. La Fondation communique également une facture du 3 janvier 2018 au nom de la réclamante comme preuve d'achat de son appareil auditif personnel, ce qui n'est pas de nature à justifier les aménagements de poste incombant à l'employeur.
147. S'agissant du refus du mi-temps thérapeutique, la Fondation fait valoir que Madame X a « entendu l'imposer » à l'employeur alors qu'un tel aménagement « ne constitue nullement un droit pour le salarié ». Elle motive également son refus par le faible délai laissé par le médecin traitant et l'impossibilité de réaffecter les tâches de la réclamante à d'autres personnels du siège ou de procéder à un recrutement sous contrat à durée déterminée.
148. La cour de cassation est venue préciser que les préconisations émises dans ce cadre par le médecin du travail doivent être mises en œuvre par l'employeur sous peine de manquer à son obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise²¹.
149. Le refus instantané de la Fondation ainsi que les éléments précédemment relevés semblent, en vertu de l'appréciation globale des faits admise par la jurisprudence en matière de discrimination, caractériser l'existence d'un harcèlement constitutif d'une discrimination en raison du handicap au regard des réflexions faites à la réclamante sur ses fonctions d'accueil téléphonique malgré son handicap, des difficultés d'aménagement de poste rencontrées par cette dernière et de la dégradation progressive de son état de santé médicalement constatée.
150. Concernant la discrimination syndicale invoquée, dans son courrier de réponse, la Fondation commence par rappeler qu'elle remplit ses obligations légales à l'égard des représentants du personnel s'agissant des élections professionnelles, des heures de délégation allouées, de la liberté d'accéder aux locaux, etc. Elle indique qu'elle va même au-delà s'agissant du CHSCT avec un nombre de membres supérieur à celui prévu par les textes et l'élection de suppléants.
151. Elle fait également valoir la qualité des relations sociales avec plusieurs représentants du personnel, dont Madame P, déléguée syndicale Force ouvrière dont elle produit l'attestation.
152. Néanmoins, ces éléments ne sont pas suffisants pour justifier les décisions prises à l'encontre de Madame X. Le fait que certains représentants du personnel ne rencontrent pas de difficulté avec l'employeur ne suffit pas à écarter l'existence d'une discrimination syndicale à l'égard de la réclamante. La cour de cassation considère que l'existence d'une discrimination syndicale ne dépend pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés²².
153. En outre, l'une des attestations produites par la réclamante fait état des difficultés professionnelles rencontrées par une ancienne salariée depuis son mandat de représentant du personnel au sein de la Fondation à la même époque que la réclamante.

²¹ Cass. soc., 13 mai 2015, n°13-28792

²² Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067 ; Cass. soc., 22 sept. 2015, n°14-11549

154. La Fondation souligne également que d'un point de vue chronologique, la réclamante se plaint de discrimination syndicale avec une réduction de ses fonctions depuis 2005 alors qu'elle n'est titulaire d'un mandat représentatif que depuis 2007.
155. Toutefois, ce n'est pas ce que fait valoir la réclamante dans son courrier du 22 mars 2016 à la Fondation dans lequel elle dénonce les mesures discriminatoires qu'elle estime subir.
156. De plus, il convient de rappeler que les salariés qui mènent une action revendicative, les salariés adhérents à une organisation syndicale, les salariés qui sollicitent l'organisation d'élections professionnelles et ceux qui s'y portent candidats bénéficient du statut protecteur et non simplement ceux qui sont titulaires d'un mandat comme semble l'indiquer la Fondation²³.
157. S'agissant des formations, la Fondation indique que « les documents transmis au Défenseur des droits témoignent du fait qu'aucun refus n'a été opposé à Madame X ».
158. Toutefois, ces éléments permettent uniquement de constater que Madame X a participé à des formations collectives Excel « perfectionnement » les 4 et 5 mars 2010 et « consolidation perfectionnement » les 12 et 13 octobre 2015.
159. Concernant l'absence de formation en matière de comptabilité générale, paie et gestion des plannings invoquée, la Fondation produit deux attestations de présence qui ne sont pas signées par la réclamante. Elle ne produit pas, comme pour les autres formations, les feuilles d'émargement de l'ensemble des participants.
160. Ces éléments, qui contreviennent à ceux présentés par Madame X, n'apparaissent pas suffisants pour justifier qu'elle a bénéficié des mêmes formations que les autres membres du personnel administratif.
161. Dans sa dernière réponse, la Fondation produit les feuilles d'émargement de deux formations auxquelles a participé la réclamante en 2011 et 2016.
162. Plus largement, la Fondation fait valoir les deux comptes rendus issus des enquêtes du CHSCT intervenues en 2016 et 2017. Il convient de souligner que la réclamante a contesté les conclusions de la première enquête et a refusé d'être entendue dans le cadre de la seconde.
163. Il convient de relever que, par courrier du 1^{er} juillet 2016, le secrétaire du CHSCT a transmis les conclusions de l'enquête à la réclamante en indiquant « votre handicap n'est pas un problème pour communiquer avec vos collaborateurs », alors qu'un aménagement de poste venait d'être préconisé par le médecin du travail. Or, seul le médecin du travail est compétent pour apprécier les limitations et les atteintes liées à un handicap, d'autant plus lorsque le handicap n'est pas forcément visible par le collectif de travail comme c'est souvent le cas du handicap auditif.
164. S'agissant des agissements répétés dénoncés par la réclamante, le CHSCT constate : « vous n'êtes pas sollicitée pour certaines missions car vous avez parfois utilisé et mis en avant votre engagement à la E ».
165. De telles appréciations ne sont pas objectives et laissent présumer l'existence d'une discrimination en raison du handicap et des activités syndicales de la réclamante.

²³ Cass. soc., 30 avril 2003, n°00-46787 : à propos d'un candidat aux élections professionnelles

166. Enfin, la Fondation conclut en évoquant les fonctions de la réclamante et en niant toute perte de responsabilité.
167. Elle indique que « contrairement aux allégations de Madame X, aucun changement de direction ou réorganisation de l'ensemble des services n'est intervenu en 2005 ou en 2007 au sein de la Fondation » et que « la réorganisation de la direction et/ou des services évoquée par Madame X se limite, pour l'essentiel, à des recrutements de remplacement ou au développement habituel des activités administratives d'une Fondation qui comptait en 2007 un effectif de 185 ETP contre 309 ETP au 30 novembre 2017 ».
168. Toutefois, tel n'est pas ce qui ressort des éléments recueillis, une réorganisation interne a eu lieu avec la rédaction de nouvelles fiches de poste, la création d'un nouveau poste d'assistant des services économiques et la volonté de centraliser certaines tâches au siège de la Fondation. Dans une note interne du 3 mai 2005, Madame C évoque ainsi « la constitution d'un dossier centralisé des personnels de la Fondation dans le but de mener une politique de gestion commune entre tous les sites ». Tel est également le cas de son courrier du 28 février 2007 dans lequel elle décrit la réorganisation du siège de la Fondation à compter du 1^{er} mars 2007.
169. Concernant la perte des fonctions de la réclamante, la Fondation renvoie à la fiche de poste établie en 2008 – sans communiquer la fiche initiale du poste occupé par la réclamante depuis 2001 – au courrier de la réclamante du 26 octobre 2009 dans lequel elle liste ses fonctions et au compte-rendu de l'entretien annuel de la réclamante du 29 novembre 2016, alors même que dans ces deux documents, Madame X conteste une perte de responsabilité et de fonctions au profit des autres membres du personnel administratif.
170. Ces éléments ne sont donc pas suffisants pour justifier objectivement la répartition des fonctions de la réclamante précédemment constatée.
171. Enfin, la Fondation fait valoir des courriers en date du 13 mars 2017 de Mesdames F, L, J et K dénonçant auprès de l'inspection du travail le comportement de Madame X et listant certaines tâches confiées par leurs soins à la réclamante. Ces éléments, dont l'objectivité peut être interrogée compte tenu du lien de subordination et de dépendance économique les liant à l'employeur, semblent ainsi confirmer que Madame X se voyait donner des directives par les autres membres du personnel administratif et non plus par ses supérieurs hiérarchiques directs.
172. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement constitutif d'une discrimination en raison de ses activités syndicales et de son handicap au sens des dispositions applicables.

B. Sur l'existence d'une discrimination salariale à l'encontre de Madame X

173. Dans le cadre de sa réclamation et de sa demande de résiliation judiciaire devant le conseil de prud'hommes de Z, Madame X invoque une discrimination salariale avec ses collègues de travail occupant un poste administratif au siège de la Fondation Y recrutées postérieurement à la réorganisation.
174. Plus particulièrement, elle se compare avec les personnes suivantes :
- Madame J, recrutée en 2009 en qualité d'assistant des services économiques ;
 - Madame F, recrutée en 2012 en qualité de rédacteur et rattachée au service ressources humaines ;
 - Madame L, recrutée en 2012 en qualité de rédacteur et rattachée au service affaires comptables et financières ;

- Madame K, recrutée en 2014 en qualité de rédacteur et rattachée au directeur général.

175. La réclamante indique que conformément à la convention collective applicable, elles bénéficient toutes du coefficient 439 mais que les différences de rémunération se traduisent par une prime d'ancienneté non conventionnelle surévaluée, une prime « siège » ou « 65 points de sujétion » au profit de ses collègues et malgré son ancienneté supérieure.
176. Au soutien de ses déclarations, elle produit notamment son bulletin de paie et celui de Madame J pour le mois d'octobre 2010, laissant apparaître un coefficient et un salaire de base identiques mais une « majoration pour ancienneté » supérieure concernant Madame J malgré un an d'ancienneté au siège contre 9 ans et demi pour la réclamante, ainsi qu'une « indemnité de fonction (siège) » de 300 euros au profit de Madame J. Le compte-rendu de la réunion du conseil d'administration du 16 juin 2009 confirme cette prime.
177. Selon la réclamante, Mesdames F, L et K bénéficieraient d'une indemnité de fonction de 800 euros et de 65 points de sujétion supplémentaires.
178. Ces éléments, qui s'inscrivent dans le contexte de harcèlement relevé plus haut, sont de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination salariale à l'encontre de la réclamante fondée sur les mêmes critères de discrimination prohibés.
179. Dans ses réponses, la Fondation nie toute discrimination salariale à l'encontre de la réclamante et fait valoir la progression de son coefficient depuis son embauche ainsi qu'une « augmentation conventionnelle normale de son ancienneté ».
180. Toutefois, ces éléments résultent de l'application de la convention collective et ne permettent pas de justifier la différence de traitement invoquée.
181. La Fondation explique ensuite le détail de la rémunération annuelle de base de Madame X en produisant les bulletins de paie des mois de décembre de chaque année. Elle justifie l'absence d'augmentation significative de 2011 à 2013 par la « stagnation depuis 2010 de la valeur du point pour l'ensemble des personnels de la Fondation et par 7 jours d'arrêts maladie en 2013 ».
182. Toutefois, elle ne produit aucun élément concernant les autres personnels de la Fondation permettant de constater l'absence de différence de traitement. Il lui appartiendra également de justifier de l'attribution de l'« indemnité de fonction (siège) », de la majoration d'ancienneté et des points de sujétion invoqués.
183. S'agissant des absences pour maladie invoquées par la Fondation pour justifier la réduction ou la suppression de la prime décentralisée de 5%, le Défenseur des droits rappelle que par un arrêt en date du 23 juin 2009, la Cour de cassation a estimé que « si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution »²⁴.
184. Selon une jurisprudence désormais constante de la Cour de cassation, « si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution »²⁵.

²⁴ Cass. soc., 23 juin 2009, n°08-42.154

²⁵ Cass. soc., 11 janv. 2012, n°10-23.139

185. Dès lors, les conditions d'attribution d'une prime ou d'un avantage pourront être considérées discriminatoires si des absences, non légalement assimilées à un temps de travail effectif, n'ont pas d'incidence sur son montant alors que d'autres absences, également non légalement assimilées à un temps de travail effectif et liées à un critère prohibé par la loi (état de santé, grève, situation de famille, sexe), ont pour conséquence d'en réduire le montant ou de la supprimer. Il est précisé que la définition de la notion de « temps de travail effectif » varie en fonction des droits octroyés.
186. Par conséquent, pour qu'un accord soit conforme aux conditions posées par la jurisprudence de la cour de cassation, il convient dans un premier temps de qualifier l'avantage encadré par l'accord afin de définir, pour cet avantage, quelles absences sont légalement assimilées à un temps de travail effectif pour l'avantage prévu, puis, dans un deuxième temps, de s'assurer que toutes les autres absences entraînent les mêmes conséquences.
187. Dans sa dernière réponse, la Fondation se contente d'indiquer que la prime décentralisée a été instituée par l'annexe III de la convention collective FEHAP du 31 octobre 1951, sans apporter d'éléments permettant d'écarter l'existence de toute discrimination.
188. Au vu de ces éléments, le Défenseur des droits constate un écart de rémunération qui laisse apparaître que Madame X a fait l'objet d'une discrimination salariale prohibée fondée sur son handicap et ses activités syndicales.

C. Sur l'existence de mesures de rétorsion à l'encontre de Madame X

189. Les éléments recueillis au cours de l'enquête permettent également de constater qu'à compter de sa dénonciation des faits de discrimination auprès de la Fondation Y, Madame X a fait l'objet d'un certain nombre de mesures susceptibles d'être qualifiées de mesures de rétorsion au sens des dispositions de l'article L.1132-3 du code du travail.
190. En effet, postérieurement à son courrier du 22 mars 2016 par lequel la réclamante dénonce les mesures discriminatoires dont elle s'estime victime et alors qu'elle n'a jamais fait l'objet de sanction disciplinaire – à l'exception de son avertissement du 4 juin 2010 précité –, elle va se voir notifier un avertissement le 25 novembre 2016 pour des manquements professionnels qu'elle conteste.
191. Par la suite, une proposition de rupture conventionnelle lui est faite, qu'elle refuse par courrier du 8 mars 2017.
192. Suite à plusieurs absences pour maladie et par courrier du 16 juin 2017, l'employeur lui notifie l'arrêt du maintien de son salaire et sollicite le remboursement des salaires des mois d'avril et mai 2017, au motif que la mutuelle nationale des hospitaliers refuserait de procéder au remboursement des indemnités journalières en raison de la non-transmission par la réclamante d'un arrêt de travail.
193. Par courrier du 26 juillet 2017, le refus de la Fondation de la voir reprendre son poste dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique pourtant préconisé par son médecin traitant lui est notifié.
194. Lorsque le salarié est travailleur handicapé, comme c'est le cas de Madame X, l'employeur est soumis à l'obligation d'aménagement raisonnable et de maintien dans l'emploi du salarié concerné, conformément aux dispositions de l'article L.5213-6 du code du travail. Or, en l'espèce, le refus de mi-temps thérapeutique a empêché la réclamante de reprendre

son emploi, la contraignant à être placée en arrêt de travail pour maladie jusqu'à la procédure de licenciement engagée à son encontre.

195. Le 11 janvier 2018, la Fondation Y sollicite l'autorisation de la licencier auprès de l'inspection du travail compétente.

196. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Constate l'existence d'une discrimination en raison des activités syndicales et du handicap de Madame X, d'une discrimination salariale ainsi que des mesures de rétorsion faisant suite à la dénonciation de ces faits, au sens des dispositions des articles L.1132-1 du code du travail, de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 auquel il renvoie et de l'article L.1132-3 du code du travail ;
- Constate que ces faits justifient la demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur qui doit emporter les effets d'un licenciement nul, conformément à la jurisprudence et aux dispositions de l'articles L.1132-4 du code du travail.

197. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Conseil de prud'hommes de Z.

Jacques TOUBON