

Paris, le 30 juin 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-087

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code du travail ;

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

Saisi par Madame X d'une réclamation relative à des faits de discrimination en raison de son état de santé ;

Constate que Madame X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son état de santé au sens des dispositions de l'article L.1132-1 du Code du travail, de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 auquel il renvoie et de l'article L.5213-6 du Code du travail ;

Recommande à l'association Y de se rapprocher de Madame X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente.

À défaut d'accord dans ce cadre, décide de présenter ses observations devant toute juridiction compétente.

Jacques TOUBON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X d'une réclamation relative à des faits de discrimination en raison de son état de santé.

I. RAPPEL DES FAITS :

2. Après une première expérience dans le cadre d'un remplacement en CDD de quatre mois en 2008, le 27 août 2013, Madame X est recrutée en qualité d'infirmière, dans le cadre d'un CDI, par l'association Y située à G.
3. L'association Y, sous tutelle de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse, occupe environ 400 salariés répartis sur dix structures et points d'accueil :
 - Des ITEP – Instituts Thérapeutiques Éducatifs Pédagogiques – qui accueillent les enfants et adolescents ayant des troubles psychologiques ;
 - Des centres médicaux psychologiques, lieux de prise en charge et d'accueil psychologique ;
 - Des services éducatifs et de suivi pour accompagner des enfants ou adolescents en difficultés, en danger ou en réinsertion avec notamment un centre éducatif fermé, un centre éducatif surveillé et des SESSAD – Services d'Éducation Spéciale et de Soins à Domicile – structures d'aide à l'intégration scolaire.
4. Madame X exerce ses fonctions au sein de l'établissement ITEP Z situé à A.
5. À partir du mois de janvier 2015, elle est placée à plusieurs reprises en arrêt de travail pour maladie.
6. Le 16 février 2015, la pathologie dont elle souffre et qui nécessite des soins médicaux réguliers est reconnue en affection de longue durée.
7. Dans le cadre de sa réclamation, Madame X dénonce les agissements de Madame B, directrice de l'ITEP Z, à compter de 2015.
8. Il s'agirait de refus d'aménagements d'horaires sollicités par la réclamante dans le cadre de son suivi médical, un refus de temps partiel thérapeutique pourtant préconisé par le médecin traitant de la réclamante et le médecin du travail, une mise à l'écart des autres membres de l'ITEP, des refus de récupération d'heures supplémentaires, de congés et une modification de son planning hebdomadaire par Madame B.
9. Deux avertissements pour abandon de poste lui ont également été notifiés les 4 juin et 21 septembre 2015 par Madame B.
10. Madame X a alerté les représentants du personnel, le médecin du travail et l'Inspection du travail qui sont intervenus auprès de la direction de l'Y.
11. Au mois de septembre 2015, Madame C, directrice générale de l'Y, accepte de recevoir la réclamante et de prendre des mesures afin d'améliorer sa situation. Une enquête du CHSCT est parallèlement décidée dans le cadre d'un contexte de souffrance au travail au sein de l'ITEP et du SESSAD Z également dirigé par Madame B. Madame C sera finalement mise à pied et licenciée pour faute en mai 2016.

12. À compter d'avril 2016, Madame X est régulièrement placée en arrêt de travail pour maladie.
13. Par avis du 15 octobre 2018, le médecin du travail la déclare « inapte au poste d'infirmière à l'ITEP Z, apte dans un autre service de l'association ».
14. Par lettre recommandée du 20 novembre 2018, Monsieur D, président du conseil d'administration de l'association Y, lui indique :

*« Après un examen et des recherches approfondis entamées le 18 octobre 2018 auxquels les délégués du personnel ont été associés, il s'avère qu'aucun poste n'est actuellement disponible dans les établissements de l'association.
Une recherche de reclassement a également été mise en place à l'externe auprès de 13 associations médico-sociales en Gironde. Aucune ne dispose d'un poste répondant aux préconisations du médecin du travail ».*
15. Par lettre recommandée du 21 novembre 2018, Monsieur D lui notifie l'engagement d'une procédure de licenciement à son encontre.
16. Par lettre recommandée du 6 décembre 2018, son licenciement pour impossibilité de reclassement lui est notifié.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

17. 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, par courrier du 12 janvier 2018, l'association 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.
18. Par courrier du 20 février 2018, Monsieur E, président de l'association y a répondu en apportant un certain nombre de pièces qui ont été examinées par les services du Défenseur des droits.
19. Parallèlement et dans le cadre de la Convention conclue le 12 décembre 2016 entre le Défenseur des droits et la Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, une demande d'informations a été adressée à l'Inspection du travail saisie qui est intervenue en lien avec le CHSCT au sein de l'association Y concernant des situations de souffrance au travail au sein de l'ITEP et du SESSAD Z.
20. Par courrier du 24 avril 2018, l'Inspection du travail a transmis au Défenseur des droits son rapport sur la situation individuelle de Madame X accompagné d'un certain nombre de pièces. Le rapport conclut à l'existence « d'un harcèlement discriminatoire » à l'encontre de Madame X.
21. Après analyse de l'ensemble des éléments communiqués, le Défenseur des droits a décidé d'adresser au président de l'association, Monsieur E, une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
22. Par courrier en date du 1er juillet 2019, Maître F, le conseil de l'association, a répondu à cette note récapitulative en apportant des éléments complémentaires.

23. Au préalable, Maître F remet en cause la procédure mise en œuvre par le Défenseur des droits en soulevant une absence de contradictoire. Il indique également que l'association n'a jamais eu connaissance du rapport de l'Inspection du travail, qu'il considère être « uniquement à charge » et « non contradictoire ».
24. Toutefois, le Défenseur des droits relève qu'afin d'établir ce rapport, l'inspectrice du travail s'est entretenue avec les délégués du personnel ainsi qu'avec Madame C, alors Directrice générale en 2015. Elle s'est également fondée sur les courriers échangés entre Madame X et Madame B.
25. Le Défenseur des droits a transmis ce rapport à Madame B, en annexe de la note récapitulative, et lui a ainsi permis d'y répondre.
26. Concernant le respect du principe du contradictoire, le Défenseur des droits rappelle que la jurisprudence est venue préciser que les dispositions de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sont pas applicables à la procédure d'instruction interne au Défenseur des droits, à l'instar de celle de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité dont il a repris les missions¹.
27. Le Défenseur des droits respecte ledit principe en interrogeant à plusieurs reprises les personnes mises en cause au cours de son enquête et en leur laissant un délai de réponse raisonnable qui peut être prorogé à leur demande.
28. En l'espèce, l'association mise en cause a pu, à deux reprises, répondre aux demandes d'explications et observations du Défenseur des droits.
29. La présente analyse repose donc sur les éléments apportés par les deux parties.

III. CADRE JURIDIQUE :

30. 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, en raison de son état de santé.
31. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 susvisée précise que la discrimination inclut tout agissement lié à l'état de santé 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.
32. 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 ».

¹ CA Paris, 22ème Ch. A, 26 mars 2008, n°05/00312 ; CA, Paris, Pôle 6 - Chambre 7, 11 septembre 2014, S 12/02280 et Cass. soc., 28 septembre 2016, n°14-26387

33. 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 de l'état de santé, 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 observations².
34. 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 ».*
35. La chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination doivent être appréciés de manière globale³ et que peuvent notamment être pris en compte la chronologie des faits⁴ et les constats de l'inspection du travail⁵. Elle a également souligné que le harcèlement ne suppose pas d'établir la preuve d'une quelconque intention⁶.
36. L'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité toute disposition ou acte discriminatoire pris à l'encontre d'un salarié.
37. À ces dispositions générales s'ajoutent des dispositions spécifiques relatives à la préservation de l'état de santé des travailleurs.
38. La loi habilite en effet le médecin du travail 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 travail.
39. 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 préconisations⁷. Même formulées au conditionnel, elles ont donc une valeur contraignante pour l'employeur.
40. L'employeur qui refuse de suivre les préconisations du médecin du travail pour aménager le poste d'une salariée manque à son obligation de sécurité 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 travail⁸.

² Voir notamment Décision Défenseur des droits MLD/2014-038, 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-2015-064, 23 mars 2015 - arrêt CA Toulouse, 29 janv. 2016, 14/00360 ; Décision MLD-2015-044, 26 mars 2015 - arrêt CA Douai, 29 janv. 2016, n°15/00506

³ Cass. soc., 4 mars 2015, n°13-23447 ; Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792

⁴ Cass. soc., 6 nov. 2013, pourvoi n°12-22270

⁵ Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-27261

⁶ Cass. soc., 10 nov. 2009, n°08-41497

⁷ Cass. soc., 19 décembre 2007, n°06-43918

⁸ CPH de Saint Denis, 28 juillet 2017, RG n°F15/0246

41. Dans un arrêt rendu le 1^{er} février 2017⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé qu'il revenait à l'employeur de justifier des démarches précises entreprises par lui pour satisfaire son obligation d'adaptation du poste de travail, en considération de l'avis du médecin du travail. Dans cette affaire semblable au cas d'espèce, l'employeur devait notamment prouver par des éléments objectifs que le licenciement n'était pas lié à une discrimination en raison du handicap du salarié. Il devait, en particulier, rapporter la preuve que le passage à trois quarts temps thérapeutique, préconisé par le médecin du travail, était impossible. En l'absence d'une telle preuve, la Cour a pu considérer que le licenciement résidait dans l'état de santé du salarié et qu'il était ainsi nul.
42. En outre, 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 moral¹⁰.

IV. DISCUSSION :

A. Le non-respect des préconisations du Médecin du travail constitutif d'un harcèlement discriminatoire :

43. Il ressort des éléments de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que Madame X a sollicité à plusieurs reprises Madame B afin d'obtenir un aménagement de son temps de travail compatible avec le suivi médical requis dans le cadre de son affection de longue durée.
44. Dès le 14 avril 2015, puis le 20 avril 2015, Madame X demande par écrit à Madame B de la recevoir en entretien afin de discuter de la possibilité de recourir à un temps partiel thérapeutique sur les conseils du médecin du travail.
45. Madame B convoque finalement Madame X en entretien le 5 mai 2015. La communication s'avère difficile au cours de cet entretien où la réclamante se sent agressée par sa directrice. Elle décide de quitter le bureau de Madame B et de prévenir les délégués du personnel.
46. Dans une note du 6 mai 2015, le médecin du travail affirme qu'une « rencontre est souhaitable entre la salariée et la direction en présence d'un délégué du personnel ou d'un tiers », dans le but d'organiser le temps de travail de Madame X.
47. Les 13 et 22 mai 2015, les délégués du personnel demandent également à Madame B d'organiser une rencontre en leur présence avec Madame X. Ils cherchent à alerter Madame B « sur le caractère urgent de la situation de Madame X » et sur la nécessité de mettre en place les mesures appropriées à l'état de santé de l'employée. Leurs demandes restent sans réponse de la part de Madame B.
48. Le 20 mai 2015, Madame B n'a toujours pas reçu Madame X pour un nouvel entretien et n'a pas non plus pris rendez-vous avec le médecin du travail.
49. Par courrier du 1^{er} juin 2015, Madame B se déclare finalement incompétente pour statuer sur la demande de temps partiel thérapeutique de Madame X et l'invite à se rapprocher de son médecin traitant, qu'elle estime « seul habilité à se prononcer dans ce domaine ».

⁹ Cass. soc., 1^{er} février 2017, n°15-16034

¹⁰Cass. soc., 28 janvier 2010, n°08-42616

50. Le 12 juin 2015, le médecin traitant certifie à nouveau que l'état de santé de Madame X nécessite une reprise à temps partiel dans le cadre de son affection longue durée, et ce à compter du 18 juin 2015.
51. En l'absence d'accord de Madame B pour la mise en place d'un temps partiel thérapeutique, la réclamante est contrainte d'utiliser les autorisations d'absence dans le cadre de son affection de longue durée que l'employeur est tenu de respecter. Pour autant, Madame B ne manque pas de lui faire des reproches sur ses heures de départ¹¹ et de lui demander des justificatifs « indiquant les dates et heures précises de ses absences »¹².
52. Par lettre recommandée du 4 juin 2015, Madame B notifie même un avertissement à Madame X dans lequel elle lui reproche d'avoir quitté son poste ou l'établissement à plusieurs reprises sans son autorisation. Il s'agit du premier avertissement adressé à Madame X depuis le début de ses fonctions en 2013.
53. Madame X est finalement contrainte de solliciter la récupération d'heures supplémentaires et des jours de congés afin de se rendre à ses rendez-vous médicaux qui sont en partie refusés par Madame B¹³.
54. Cette situation générant tant de stress chez la réclamante, son médecin lui prescrit des arrêts de travail du 3 juin 2015 au 24 juin 2015 et du 17 juillet 2015 au 24 août 2015 pour « stress au travail et anxiété généralisée ».
55. Par courrier du 24 juin 2015, soit plus de deux mois après les premières demandes de Madame X, Madame B finit par refuser explicitement ce temps partiel thérapeutique, en dépit des interventions du médecin traitant et du médecin du travail, au motif que le poste d'infirmière de Madame X est « un poste clé qui nécessite obligatoirement présence et disponibilité en raison du public de jeunes mineurs accueilli »¹⁴.
56. L'avocat de l'association, Maître F, soutient que Madame B avait des raisons légitimes de refuser le temps partiel thérapeutique, qui aurait eu pour effet, selon la directrice, de désorganiser le service.
57. Madame X demandait pourtant à réduire d'une heure son temps de travail quotidien, seulement trois fois par semaine et sur une période limitée, du 8 juin au 24 juillet 2015.
58. Madame B n'apporte aucun élément concret et objectif permettant de prouver que ces modifications du temps de travail de la réclamante auraient entraîné une importante désorganisation du service. Elle ne donne aucune précision sur les tâches qui incombent à l'infirmière et les temps nécessaires pour les réaliser. Elle ne détaille pas non plus le budget à mobiliser pour éventuellement compenser les absences de Madame X en employant d'autres infirmiers, ainsi que les aides qu'elle aurait pu obtenir dans ce contexte.
59. De plus, Madame B ne précise pas l'organisation adoptée au cours des arrêts de travail de Madame X. Le Défenseur des droits observe que la réclamante n'a pas été remplacée au cours de ces arrêts. Le motif du refus de mettre en place un temps partiel thérapeutique semble ainsi d'autant plus injustifié.

¹¹ Courrier du 4 juin 2015 de Madame B

¹² Courrier du 9 juin 2015 de Madame B

¹³ Courrier du 25 juin 2015 de la réclamante et courrier du 26 juin 2015 de Madame B

¹⁴ Cf. également courrier du 29 juin 2015 dans lequel Madame B « réitère » son refus

60. Le Défenseur des droits constate également que Madame B a mis en œuvre des mesures visant à isoler la réclamante du reste de l'équipe et à détériorer ses conditions de travail.
61. Au mois de septembre 2015, soit deux mois après le refus du temps partiel thérapeutique, Madame B a modifié unilatéralement les horaires de travail de la réclamante en place depuis 2013. Elle a ainsi augmenté son amplitude horaire en lui imposant une pause déjeuner d'1h30 alors que le règlement intérieur de l'association impose de ne pas rester dans les locaux¹⁵ et que le domicile de la réclamante est situé à 30 minutes de son lieu de travail, la privant de déjeuner avec le reste de l'équipe et rendant difficile le suivi de soins médicaux prescrits.
62. C'est seulement sur les recommandations du médecin du travail au mois d'octobre 2015 que ses horaires initiaux ont été rétablis.
63. En outre, Madame B a décidé de réorganiser les services de l'ITEP en modifiant l'organigramme et en créant un service infirmier isolé alors que la réclamante était auparavant rattachée au pôle thérapeutique composé de 5 professionnels.
64. Maître F précise à ce sujet au Défenseur des droits que « Madame B, dans son rôle de direction, a remis en place l'organigramme, selon les dispositions du décret du 6 janvier 2005 concernant les ITEP, qui impose de distinguer le pôle infirmier du pôle thérapeutique ».
65. Il ajoute que « l'infirmière diplômée d'État, dans un ITEP, est placée sous les indications médicales du médecin généraliste et du médecin psychiatre de l'institution, et a pour mission d'organiser le soin de l'enfant sur le plan de la santé générale ».
66. Si ces arguments ne semblent pas contestables, il n'en demeure pas moins que ces modifications sont intervenues, sous l'impulsion de Madame B, dans un contexte conflictuel et à une période difficile pour Madame X.
67. Les certificats médicaux communiqués par la réclamante attestent d'ailleurs de la dégradation de son état de santé concomitamment aux faits dénoncés.
68. Au soutien de ses déclarations, la réclamante produit également des attestations de collègues de travail et représentants du personnel qui confirment les faits dénoncés.
69. En réponse, Maître F affirme au nom de sa cliente « qu'il y a lieu de s'interroger sur les réelles motivations de la réclamante ». Il explique que « dès la déclaration de son ALD, la réclamante a modifié son comportement envers la directrice de l'ITEP, devenant très agressive et à fleur de peau. Cela aurait eu un lien entre les problèmes de santé de Madame X et la modification de son comportement ».
70. Cet argument, dénué de toute valeur juridique, révèle surtout un manque de compréhension de la situation de la réclamante.
71. Ainsi, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits conclut que l'association Y n'a pas justifié les mesures prises à l'encontre de Madame X depuis 2015 par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.
72. Le Défenseur des droits considère donc que Madame X a bien été victime d'un harcèlement discriminatoire.

¹⁵ Page 2 du règlement intérieur applicable au moment des faits : « Les locaux de l'association sont réservés exclusivement aux activités professionnelles de ses membres ; le personnel n'a aucun droit d'entrer ou de se maintenir sur les lieux du travail pour une autre cause, sauf s'il peut se prévaloir d'une autorisation du directeur ou de son représentant ».

B. Sur le licenciement de Madame X

73. Il ressort des pièces du dossier que le licenciement de Madame X fait suite au prononcé de son inaptitude par le médecin du travail et qu'il est motivé par l'impossibilité de la reclasser à un autre poste au sein de l'association Y.
74. Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, en raison de son état de santé.
75. L'article L.1133-3 dudit code prévoit toutefois que : « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées ».
76. Il résulte de ces textes que le licenciement d'un salarié prononcé sur le fondement de son inaptitude n'est pas discriminatoire à la double condition, d'une part, que cette inaptitude ait été régulièrement constatée par le médecin du travail et, d'autre part, que le licenciement qui en résulte soit objectif, nécessaire et approprié.
77. Si cette double condition n'est pas remplie, le licenciement du salarié constitue une discrimination et encourt la nullité, conformément à l'article L.1132-4 du code du travail.
78. La chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser que lorsque l'inaptitude du salarié fait suite à des faits de harcèlement moral subis par ce dernier, la nullité de son licenciement doit être prononcée¹⁶.
79. La même solution doit *a fortiori* être retenue s'agissant d'une discrimination, celle-ci étant également sanctionnée par la nullité.
80. La Cour d'appel d'Agen a également considéré que le licenciement pour inaptitude d'un salarié intervenu quelques temps après une demande d'aménagement des horaires de travail en raison de son état de santé encourt la nullité pour discrimination. Le salarié apportant des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il revenait à l'employeur de prouver par des éléments objectifs que le licenciement n'était pas lié à une discrimination en raison de l'état de santé et du handicap du salarié. L'employeur ne rapportant pas la preuve qu'un passage à un trois quarts temps thérapeutique préconisé par le médecin du travail était impossible, la cour a considéré que le licenciement résidait dans l'état de santé du salarié concerné¹⁷.
81. En l'espèce, l'inaptitude de Madame X au sein de l'association Y trouve son origine dans le contexte de harcèlement discriminatoire relevé plus haut.
82. En effet, les certificats médicaux produits par la réclamante, et notamment les arrêts de travail à compter du mois de juin 2015 pour des raisons de « stress au travail et d'anxiété généralisée », confirment le lien entre la dégradation de son état de santé et sa situation professionnelle.
83. L'association Y n'a pas pris les mesures nécessaires pour aménager le poste de travail de la réclamante et faire cesser les agissements de Madame B à l'encontre de la réclamante manquant, par là-même, à son obligation de sécurité prévue par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail.

¹⁶ Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994 et 20 juin 2013, n°10-20507

¹⁷ CA Agen, 13 janvier 2015, n°14/00819

84. En effet, Madame X n'a pas pu être maintenue dans son emploi en raison de l'absence d'aménagement de son poste de travail et des agissements de Madame B qui ont détérioré ses conditions de travail et son état de santé.
85. Par conséquent, et par application de l'article L.1132-4 du code du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation, son licenciement pour impossibilité de reclassement encourt la nullité.
86. Par ailleurs, l'engagement de la procédure de licenciement à l'encontre de la réclamante a été hâtivement décidé par l'association Y après l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail.
87. Il convient donc de vérifier si la décision de licencier la réclamante, au-delà du contexte de harcèlement discriminatoire relevé plus haut, est conforme aux dispositions protectrices du salarié déclaré inapte.
88. Il découle de l'article L.1133-3 du code du travail qu'une mesure de licenciement fondée sur l'inaptitude d'un salarié ne constitue pas une discrimination dès lors que cette mesure est nécessaire, objective et appropriée. Tel n'est pas le cas si l'employeur n'a pas rempli son obligation de reclassement.
89. Le Défenseur des droits considère que dans un tel cas, la décision de licencier le salarié perd tout fondement objectif et repose *in fine* sur son inaptitude et, par voie de conséquence, sur son état de santé, ce qui caractérise une discrimination au sens des dispositions des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail. Le licenciement, qui aurait pu éventuellement être évité si l'employeur avait satisfait à son obligation, encourt alors la nullité, par application de l'article L.1132-4 du code du travail.
90. Dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations, la Cour d'appel de Bordeaux a retenu cette position¹⁸.
91. L'obligation de reclassement du salarié déclaré inapte à la suite d'une maladie ou d'un accident non professionnel trouve son fondement à la fois dans l'article L.1226-2 et dans l'article L.4624-4 du code du travail.
92. Aux termes de l'article L.1226-2 du code du travail, l'employeur est tenu de proposer au salarié déclaré inapte à reprendre son emploi précédent par le médecin du travail, un autre emploi approprié à ses capacités. Cet emploi doit être aussi comparable que possible à celui précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail. La proposition faite par l'employeur doit prendre en compte les conclusions écrites du médecin du travail.
93. De manière plus générale, l'article L.4624-4 du même code fait obligation à l'employeur de prendre en compte l'avis du médecin du travail :
- « Après avoir procédé ou fait procéder par un membre de l'équipe pluridisciplinaire à une étude de poste et après avoir échangé avec le salarié et l'employeur, le médecin du travail qui constate qu'aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste déclare le travailleur inapte à son poste de travail. L'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail est éclairé par des conclusions écrites, assorties d'indications relatives au reclassement du travailleur ».*

¹⁸ CA Bordeaux, 20 octobre 2011, n°10/03585 suite à des délibérations n°2009-326 et n°2010-228 de la HALDE dont le Défenseur des droits a repris les missions. Voir également dans le même sens les décisions MLD/2014-135 et MLD/2015-214 du Défenseur des droits

94. En vertu des dispositions de l'article L.4624-6 du code du travail, l'employeur est tenu de prendre en considération l'avis et les indications ou les propositions émis par le médecin du travail en application des articles L.4624-2 à L.4624-4. En cas de refus, l'employeur fait connaître par écrit au travailleur et au médecin du travail les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite.
95. À la lecture de ces dispositions et compte tenu de la jurisprudence applicable en la matière, l'employeur est tenu d'explorer effectivement toutes les pistes pour reclasser le salarié reconnu inapte.
96. L'obligation de reclassement ne constitue pas une obligation de résultat, l'employeur n'étant pas tenu de trouver un reclassement si celui-ci est impossible. Elle constitue néanmoins une obligation de moyens renforcée. À ce titre, l'employeur doit prouver qu'il a effectué des démarches actives et loyales de reclassement, en lien avec le médecin du travail. La jurisprudence est particulièrement stricte sur ce point. Ainsi, il lui revient d'apporter la preuve que le reclassement est impossible¹⁹.
97. En tout état de cause, il lui appartient de prouver la réalité et le sérieux de sa recherche de reclassement²⁰.
98. En l'espèce, l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail le 15 octobre 2018 précise que Madame X est « inapte au poste d'infirmière à l'ITEP Z » mais « apte dans un autre service de l'association ».
99. Par lettre recommandée du 20 novembre 2018, l'association indique à Madame X qu'elle a procédé à « un examen et des recherches approfondis entamés le 18 octobre auxquels les délégués du personnel ont été associés » et qu'« une recherche de reclassement a également été mise en place à l'externe auprès de 13 associations médico-sociales en Gironde ».
100. Il appartenait ainsi à l'association de démontrer au Défenseur des droits les recherches effectuées, en interne et en externe, la communication faite aux délégués du personnel et les échanges qu'elle a eus avec le médecin du travail.
101. La Cour de cassation a jugé insuffisant le compte-rendu détaillé d'une réunion entre l'employeur et les délégués du personnel ayant pour objet d'étudier les solutions de reclassement, peu important que les recherches de solutions aient été sincères et loyales, dès lors que l'employeur ne démontre pas qu'il a tenté de mettre en œuvre des mesures telles que transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail²¹.
102. Elle a également considéré que manque à son obligation de reclassement l'employeur qui ne fournit aucun élément sur ses effectifs, sur le nombre et la nature des postes disponibles, susceptibles d'être proposés au salarié, au besoin par un nouvel aménagement de poste et une réduction du temps de travail²².
103. Il en va de même de l'employeur qui se borne à adresser aux sociétés du groupe un courriel circulaire ainsi formulé : « L'un de nos préparateurs entrepôt frais vient d'être déclaré inapte définitif à son poste de travail en un temps. Avis du médecin du travail : contre-indication définitive à toute manutention manuelle. Merci de nous transmettre toute

¹⁹ Cass. soc., 30 juin 1988, n°86-40677 ; 7 juillet 2004, n°02-47686 ; 9 juillet 2008, n°07-41318

²⁰ Cass., soc., 28 octobre 2009, n°08-44253

²¹ Cass. soc., 21 septembre 2011, n°10-15542

²² Cass. soc., 15 février 2011, n°09-42137

proposition de reclassement correspondante », ledit courriel ne comportant aucune indication relative à l'ancienneté, au niveau et à la compétence du salarié²³.

104. Dans le cas de la réclamante, Maître F indique au Défenseur des droits que les recherches effectuées par l'association pour reclasser Madame X ont duré « plus d'un mois », ce qu'il estime « être suffisant pour rechercher un poste d'infirmier au sein de l'association ».
105. Il ajoute que « dans un souci de loyauté, l'association a étendu ses recherches aux associations ayant une activité similaire à la leur, alors qu'elle n'y était pas légalement tenue ».
106. Il précise également que « les institutions représentatives du personnel ont été consultées lors d'une réunion qui s'est tenue le 16 novembre 2018 », et que « dans le compte rendu de la réunion, les deux délégués du personnel (...) donnent un avis favorable sur le respect par l'employeur de la procédure de reclassement ».
107. L'association a effectivement contacté d'autres associations mais s'est contentée de leur adresser de brefs courriers sans aucune indication sur la situation de Madame X ni son niveau de compétence. Ces courriers indiquaient en effet succinctement :
*« Une infirmière au sein de notre ITEP Z a été déclarée inapte à son poste de travail. Il nous faut envisager un reclassement pour ce salarié sur un poste d'infirmier au sein d'une autre structure.
Ainsi, je me permets de vous solliciter afin de savoir si vous disposez d'un tel poste au sein de votre association ».*
108. L'association n'apporte, par ailleurs, aucun élément sur ses recherches pour aménager le poste de la réclamante, ou le cas échéant la reclasser sur un autre poste.
109. L'avis du médecin du travail indique pourtant que Madame X est « inapte au poste d'infirmière à l'ITEP Z, mais apte dans un autre service de l'association ».
110. Le seul document transmis par l'association est une note du directeur général, Monsieur E, qui atteste que « La Direction Générale ne dispose d'aucun poste d'infirmier permettant de reclasser Madame X », sans aucune autre précision.
111. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
 - Constate que Madame X a subi un harcèlement discriminatoire directement fondée sur son état de santé de la part de Madame B au sens des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1er de la loi n°2008-296 du 27 mai 2008 auquel il renvoie.
 - Considère que l'employeur a manqué à son obligation d'aménagement raisonnable à l'égard de Madame X et, par là-même à son obligation de sécurité prévue par les dispositions de l'article L.4121-1 du code du travail.
 - Considère que le licenciement de Madame X encourt la nullité par application de l'article L.1132-4 du code du travail, l'inaptitude de la réclamante faisant suite à des faits de harcèlement discriminatoire subis par cette dernière.

²³ Cass. soc., 21 novembre 2012, n°11-23629

- Recommande à l'association Y de se rapprocher de Madame X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente décision.
- Á défaut d'accord dans ce cadre, décide de présenter ses observations devant toute juridiction compétente.

Jacques TOUBON