

Paris, le 18 décembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-241

La Défenseure 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 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 ;

Vu la décision du Défenseur des droits MLD 2015-029 du 9 février 2015 ;

Saisie d'une réclamation de Monsieur X relative à des faits de discrimination en raison de son état de santé et de son handicap ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de Z.

Claire HÉDON

Observations devant la Cour d'appel de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. En 2011, le Défenseur des Droits a été saisi par Monsieur X d'une réclamation relative à des faits de discrimination à raison de son état de santé et de son handicap par l'intermédiaire du délégué territorial du département de A.

Rappel des faits

2. Monsieur X a été embauché, en 1993, par la société Y, sous contrat à durée indéterminée, en qualité d'ouvrier monteur terrassier. En 2001, il est nommé sondeur remplaçant et est confirmé au poste de sondeur en 2004.
3. Les fonctions de sondeur s'effectuent principalement à bord d'un véhicule de surveillance réseau, dit « VSR ». Ce véhicule a pour but de détecter les fuites de gaz à l'aide de capteurs. En cas de fuite, un matériel électronique présent à bord émet une alerte.
4. A compter de l'année 2004, l'état de santé de Monsieur X se dégrade, nécessitant des arrêts de travail. Dès lors, Monsieur X alterne des périodes d'activité et d'arrêts maladie.
5. Selon Monsieur X les recommandations du médecin du travail émises à compter de novembre 2004 non pas été suivies d'effet par la société Y.
6. En 2005 une maladie génétique lui est diagnostiquée.
7. En septembre 2009, Monsieur X est nommé contrôleur de réseau.
8. En septembre 2010, il se voit reconnaître la qualité de travailleur handicapé. Il est en arrêt de travail depuis 2011.

Enquête du Défenseur des droits

9. Au vu des éléments présentés par le réclamant, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, sollicité la société Y mise en cause, afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués, et demandé la communication d'un certain nombre de pièces.
10. La société Y a répondu par courriers en date du 20 septembre 2012 et du 10 juillet 2013.
11. Le 21 novembre 2013, le Défenseur des droits a adressé un courrier d'instruction complémentaire à la société Y.
12. Après analyse des éléments reçus, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier en date du 7 mars 2014, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier, en l'invitant à présenter tout élément et document utile.
13. La société Y a répondu par courrier en date du 9 avril 2014 et sollicitait une audition auprès des services du Défenseur des droits.
14. En réponse à cette demande, le Défenseur des droits a entendu le directeur des ressources humaines de la société, Monsieur Christophe-Luc G. Cette audition a eu lieu le 20 novembre 2014 et a fait l'objet d'un procès-verbal contradictoire, conformément à l'article 18 de la loi organique n°2011-333. Ce procès-verbal est joint à la présente décision.

15. La société Y a toujours nié avoir discriminé ou harcelé Monsieur X en raison de son état de santé ou de son handicap. Elle soutient avoir respecté l'obligation de sécurité à laquelle elle est tenue à son égard. Elle soulevait enfin l'incompétence du Défenseur des droits sur la question du suivi des recommandations du médecin du travail comme étant une question étrangère à toute discrimination.

Procédure judiciaire

16. Le 23 juin 2013, Monsieur X a saisi le Conseil de prud'hommes de Z aux fins de faire condamner la société Y au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi en raison de la discrimination liée à son état de santé dont il s'estime victime. Il sollicitait également le paiement de sommes en compensation de pertes de salaire liées à une discrimination dans le déroulement de sa carrière en raison de son état de santé.

17. A la suite de l'enquête du Défenseur des droits, celui-ci a pris la décision de présenter des observations devant le Conseil de prud'hommes de Z, par décision n°2015-029 en date du 9 février 2015, notifiée le même jour aux parties et à la juridiction.

18. L'affaire a été plaidée devant le Conseil de prud'hommes le 30 septembre 2015, qui a décidé de procéder au renvoi du dossier devant la formation de départage, à l'audience du 4 octobre 2017.

19. Par jugement en date du 12 janvier 2018, Monsieur X a été reconnu victime d'une discrimination dans le déroulement de sa carrière en raison de son état de santé et s'est vu allouer la somme de 32.407€ à titre de dommages et intérêts. Le panel présenté par le Défenseur des droits dans sa décision n°2015-029, produite à l'appui de la présente décision, a été repris par le juge départiteur pour la reconstitution de la carrière de Monsieur X.

20. La société Y a interjeté appel du jugement.

21. Le Défenseur des droits relève que dans le jugement rendu le 12 janvier 2018, le juge départiteur n'a pas statué sur l'absence d'aménagement du poste de travail du réclamant et le non-respect par l'employeur des préconisations de la médecine du travail constatés dans la décision du Défenseur des droits et révélateurs d'une discrimination en raison de son état de santé.

22. La présente décision a donc pour objet de revenir sur cette demande.

23. Concernant la discrimination dans l'évolution de carrière de Monsieur X et le panel de comparaison établi par le Défenseur des droits, il sera fait référence à la décision n°2015-029.

Cadre et analyse juridiques

I. A titre liminaire, sur le pouvoir d'enquête du Défenseur des droits et celui d'intervenir devant une juridiction

24. Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée en vertu de l'article 71-1 de la Constitution. Conformément à la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé de connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international auquel la France est partie.

25. Dans le cadre de cette mission, le législateur lui a conféré des pouvoirs d'enquête, conformément aux articles 18 à 22 de la loi organique du 29 mars 2011.

26. Après avoir recueilli les éléments utiles auprès du réclamant, il est demandé à l'employeur mis en cause de communiquer tout élément démontrant que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (article L. 1134-1 du code du travail). Un délai est fixé pour répondre. Ce n'est qu'à la réception des éléments communiqués ou à l'issue de ce délai que sa réponse est analysée et que le Défenseur des droits estime de façon impartiale si l'enquête laisse supposer l'existence d'une discrimination.
27. Lorsqu'il estime que l'enquête laisse supposer l'existence d'une discrimination, une « note récapitulative » est adressée à l'employeur mis en cause pour lui signifier son analyse des résultats de l'enquête en fait et en droit, les violations de la loi qui peuvent lui être reprochées, pouvant mener le Défenseur des droits à conclure à l'existence d'une discrimination. Cette étape lui offre alors la possibilité de compléter ses justifications voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits, avant qu'il ne statue.
28. L'enquête diligentée met donc la personne mise en cause en mesure de s'expliquer et d'apporter toute information utile.
29. Tel qu'il a été rappelé aux paragraphes 9 à 15, cette procédure contradictoire a bien permis à la société Y d'exposer ses arguments et de communiquer les informations et documents qu'elle jugeait utiles. Elle a également été entendue et cette audition a fait l'objet du procès-verbal du 20 novembre 2014 susvisé et produite aux débats.
30. Si le Défenseur des droits tire également de la loi organique le pouvoir de réaliser des enquêtes sur place, conformément à l'article 22 de la loi organique du 29 mars 2011, il ne peut lui être fait grief, comme le soutient la société Y, ne n'être pas venu rencontrer les collègues de Monsieur X afin de recevoir leur témoignage. En effet, s'agissant d'une part d'une discrimination alléguée en lien avec l'état de santé du salarié, seul le médecin du travail est compétent pour statuer sur les conditions de travail, le poste et les aménagements nécessaires. Le Défenseur des droits ne peut se substituer à ce professionnel de santé seul habilité à se prononcer, n'étant pas compétent pour remettre en cause une décision d'ordre médical. D'autre part, s'agissant d'un retard de carrière en lien avec l'état de santé du salarié, seule la comparaison effectuée à partir d'éléments concrets et objectifs est pertinente, au contraire d'une « rencontre » avec les autres salariés de la société, telle que suggérée par la société Y.
31. A l'issue de son enquête, le Défenseur des droits peut, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, présenter des observations écrites ou orales devant la juridiction compétente devant laquelle est porté le litige qui oppose les parties et produire les pièces recueillies au cours de son enquête sur lesquelles il appuie sa décision.
32. Le choix de présenter des observations devant une juridiction est matérialisé par une décision du Défenseur des droits, dans laquelle il procède à un rappel des faits et de la procédure menée par ses services et de l'éventuelle procédure judiciaire ou administrative en cours. La décision reprend enfin l'analyse juridique que le Défenseur des droits entend présenter à la juridiction au regard des faits portés à sa connaissance, après enquête contradictoire.
33. Dans ce cas, le Défenseur des droits n'est pas une partie au procès dès lors qu'il ne défend pas un intérêt propre¹. A travers un cas individuel, il défend un intérêt public, celui de la lutte contre les discriminations pour lequel il a reçu une mission spéciale par la loi organique du 29 mars 2011. Il intervient en tant *qu'amicus curiae*², désigné comme tel par le législateur en raison de son expertise.

¹ Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-40.628.

² Conseil d'Etat, 11 avril 2012, n°322326, *Gisti* et Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-40.628 précité.

34. Le Défenseur des droits n'est donc pas soumis aux délais de communication fixés par la juridiction lors de la conciliation ou de la mise en état du dossier.
35. La Cour d'appel de Paris a rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'intervention devant les juridictions du Défenseur des droits et précise que, dès lors qu'il n'a pas la qualité juridique d'intervenant volontaire ou forcé et qu'il n'est pas partie au procès "la Cour ne peut que constater que le dépôt de ses observations écrites et procéder à son audition"³. Elle fait ainsi sien l'argument de la Cour de cassation jugeant que "la faculté du Défenseur des droits de présenter des observations portées à la connaissance des parties ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement par ses observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire"⁴.

II. Sur l'interdiction des discriminations et du harcèlement discriminatoire en lien avec l'état de santé

36. 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 1er 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.
37. L'article 1er alinéa 3 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 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.
38. Cet article définit le harcèlement discriminatoire comme tout agissement lié à un motif de discrimination prohibée, tel que l'état de santé prévu à l'article L.1132-1 du code du travail, subi par une personne et ayant pour objet ou effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradants, humiliant ou offensant.
39. L'objet de cette loi du 27 mai 2008 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 1er 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 ».*
40. Le Défenseur des droits rappelle ainsi régulièrement qu'un harcèlement moral peut être constitutif d'une discrimination – emportant ainsi sa compétence sur le fondement de l'article 4 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, si ce harcèlement est lié à un critère de discrimination prohibé. Plusieurs juridictions ont ainsi retenu cette analyse en qualifiant les faits dénoncés de harcèlement discriminatoire⁵.

³ CA Paris, 11 septembre 2014, S12/02280.

⁴Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-40.628 précité.

⁵ Voir notamment : Décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-263 du 30 décembre 2013 et jugement CPH Montpellier, 26 juin 2015, n°13/00529 ; Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-105 du 31 juillet 2014 et CA Rennes, 10 décembre 2014, n°14/00134 ; Décision du Défenseur des droits n°MLD-2016-327 du 19 décembre 2016 et arrêt CA Douai, 27 octobre 2017, n°2324/17 ; Décision du Défenseur des droits n°MLD-2016-176 du 13 juillet 2016 et CA

41. En outre, le Défenseur des droits rappelle que les agissements n'ont pas besoin d'être répétés pour qu'une situation puisse être qualifiée de harcèlement discriminatoire, un acte unique peut suffire⁶.

III. Sur le non-respect des préconisations du médecin du travail

42. À ces dispositions générales s'ajoutent des dispositions spécifiques relatives à la préservation de l'état de santé des travailleurs.

43. L'employeur est tenu, vis-à-vis de ses salariés, d'une obligation générale de sécurité. À ce titre, il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, conformément à l'article L.4121-1 du code du travail.

44. C'est sur le fondement de cette obligation que l'employeur doit assurer l'effectivité des préconisations émises par le médecin du travail, ce dernier étant tenu de proposer toutes les mesures individuelles qu'il juge nécessaires pour préserver la santé et la sécurité des salariés, conformément aux dispositions de l'article L.4624-3 et L.4624-6 du code du travail (ancien article L.4624-1 et suivants du code du travail).

45. L'employeur ne peut s'exonérer de cette obligation que dans la mesure où il apporte la preuve de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de prendre en compte ces préconisations⁷. Cette obligation s'applique, que l'avis rendu par le médecin du travail soit un avis d'aptitude partielle ou d'inaptitude⁸. Le non-respect par l'employeur de ces préconisations l'expose, de ce seul fait, à des dommages et intérêts⁹.

46. Dès lors que le médecin du travail détecte un risque pour la santé du travailleur - risque pouvant être synonyme de désinsertion professionnelle - et qu'il établit des préconisations précises d'aménagement ou d'adaptation de poste, l'employeur doit, au titre de son obligation de sécurité susvisée, mettre en œuvre ces préconisations. C'est parce qu'il est seul détenteur du pouvoir d'organisation et qu'il est susceptible d'exposer les salariés à un risque que cette obligation lui incombe¹⁰. Ces préconisations s'inscrivent dans le respect des principes généraux rappelés à l'article L.4121-2 du code du travail et notamment celui de l'adaptation du travail à l'homme, et non l'inverse¹¹.

47. En outre, le non-respect des recommandations du médecin du travail peut également laisser présumer, dans certaines circonstances, l'existence d'un harcèlement moral¹².

48. Au regard des développements précités et sur le fondement de l'article 1er alinéa 3 de la loi du 27 mai 2008, le Défenseur des droits rappelle que dans ce cas, le harcèlement moral étant lié au critère de discrimination prohibé par la loi qu'est l'état de santé, ce harcèlement est constitutif d'un harcèlement discriminatoire, en ce que le non-respect des préconisations du médecin du travail a pour effet de porter atteinte à la dignité du salarié et de créer un environnement hostile. Récemment, une cour d'appel a motivé sa décision sur ce fondement et dans le cas précis du non-suivi des recommandations du médecin du travail¹³.

Montpellier, 13 mars 2019, n°15/05129 ; Décision du Défenseur des droits n°MLD-2015-064 et arrêt CA Toulouse du 29 janvier 2016, n°14/00360.

⁶ CA Rennes, 10 décembre 2014, n°14/00134 précité ; CA Douai, 27 septembre 2019, n°16/02124.

⁷ Cass. soc., 23 février 2000, n°97-44.947 et Cass. soc., 5 janvier 2000, n°97-45.252.

⁸ Cass. soc., 9 avril 1996, n°93-41.076.

⁹ Cass. soc., 2 mars 2016, n°14-19.639.

¹⁰ Cass. soc., 19 décembre 2007, n°06-43.918 ; Cass. soc., 13 mai 2015, n°13-28.792 ; Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-14.885 ; Cass. soc., 23 nov. 2016, n°15-20.915 et n°15-18.887 ; Cass. soc., 2 mars 2016, n°14-19.639.

¹¹ CA Douai, 30 novembre 2018, n°2199/18.

¹² Cass. soc., 28 janvier 2010, n°08-42616 ; Cass. soc., 7 janvier 2015, n°13-17602 ; Cass. soc., 3 févr. 2016, n°14-26.671.

¹³ CA Aix-en-Provence, 26 juin 2020, RG n°17/00698.

49. Le Défenseur des droits rappelle qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière civile, le harcèlement ne suppose pas d'établir la preuve d'une quelconque intention¹⁴ et que les faits de harcèlement et de discrimination doivent être appréciés de manière globale¹⁵.
50. Enfin, le Défenseur des droits rappelle que l'employeur qui s'abstient de suivre les recommandations du médecin du travail, et qui maintient le salarié dans un poste mettant en péril sa santé, doit être regardé comme ayant participé à la dégradation de son état de santé, pouvant aboutir à une inaptitude définitive¹⁶.
51. Ainsi, l'interdiction de toute discrimination en raison de l'état de santé constitue-t-elle un moyen d'assurer la préservation de la santé des travailleurs, car elle oblige l'employeur à prendre en considération les difficultés des salariés malades, ce qui doit, tout naturellement, le pousser à ne pas les aggraver. En ce sens, le respect du processus résultant de l'article L.4624-6 du code du travail précité (ancien article L.46241 du code du travail) fait disparaître le risque de discrimination en raison de l'état de santé¹⁷. A contrario, sa méconnaissance peut révéler une discrimination.
52. Le Défenseur des droits regrette donc de lire, dans les conclusions d'appel de la société Y, « *qu'une simple irrégularité dans le respect des prescriptions médicales ne peut pas constituer, à elle seule, une discrimination* ».

IV. Sur l'aménagement de la charge de la preuve

53. Le régime probatoire applicable en matière de lutte contre les discriminations est défini à l'article L.1134-1 du code du travail, qui prévoit un principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».
54. Ainsi, la personne qui s'estime victime de discrimination doit présenter des éléments de nature à créer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination. Il ne lui est pas demandé de rapporter la preuve incontestable du fondement de la discrimination qu'elle allègue, mais de faire naître une présomption dans l'esprit du juge quant à son existence.
55. Pour rendre effective la présentation d'un faisceau d'indices, la Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée¹⁸.
56. En l'espèce, les éléments produits au débat par Monsieur X laissent supposer l'existence d'une discrimination. Il appartient ensuite à son employeur de démontrer que ces décisions étaient fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

¹⁴ Cass. soc., 10 novembre 2009, n°08-41.497.

¹⁵ Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26.603 ; 29 juin 2011, n°10-15.792.

¹⁶ Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-14.885 ; Cass. soc., 23 nov. 2016, n°15-20.915 et n°15-18.887 ; Cass. soc., 2 mars 2016, n°14-19.639.

¹⁷ Cass. soc., 26 avr. 2017, n°14-29.089.

¹⁸ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15.792.

V. Analyse

57. Le Défenseur des droits souhaite souligner tout d'abord que des avis d'aptitude ont été communiqués entre les parties la veille de l'audience devant le Conseil de prud'hommes et qu'il n'en a pas eu connaissance à l'époque. Ces avis sont produits une nouvelle fois en appel.
58. Le Défenseur des droits constate qu'il s'agit de six documents, datés entre 2005 et 2006, non signés par le médecin du travail, tous datés dix ans après les visites médicales dont ils sont supposés rendre compte et établis pour la société Y, qui n'existait pas en 2005 et 2006 puisqu'elle a été créée en octobre 2008 (la société Y a fait suite à la société GAZ DE Z).
59. Ces avis viennent ainsi s'insérer *a posteriori* dans le fil chronologique des faits énoncés par Monsieur X depuis la saisine du Défenseur des droits en 2011. Ces avis témoigneraient du changement de position du médecin du travail sur les préconisations recommandées pour Monsieur X, passant d'un avis d'aptitude avec réserve à une aptitude totale, puis à une demande de mutation pour raison de santé motivée par une inaptitude partielle et enfin d'une aptitude totale.
60. Le Défenseur des droits regrette que ces avis n'aient jamais été transmis ou mentionnés au cours de l'enquête qu'il a menée auprès de la société Y, visée aux paragraphes 8 à 14 de la présente décision.
61. Il constate également que ces avis font apparaître un changement de poste de Monsieur X à compter du 13 janvier 2006. Il ne serait plus employé comme sondeur mais comme « op.mont.terras ». La société Y ne justifie cependant pas avoir proposé un avenant au contrat de travail pour la modification de ses fonctions. Le Défenseur des droits constate en outre que la société Y parle bien d'un poste de sondeur dans ses écritures.
62. En conséquent, le Défenseur des droits estime que ces documents, non signés, établis dix ans après les faits, ne peuvent valoir avis d'aptitude, ni même attestations, puisque qu'ils ne sont pas tamponnés ni signés et qu'ils émanent d'une société qui n'avait pas d'existence légale à la date de leur établissement.
63. En tout état de cause, il convient de rechercher si les recommandations émises par le médecin du travail ont été suivies d'effet par la société Y et si celle-ci a tout mis en œuvre pour préserver la santé de Monsieur X.
- **2004-2005 :**
64. Le 17 novembre 2004, au cours d'un entretien avec Monsieur B, chef du département conduite-sécurité, Monsieur X signale qu'il ne peut plus effectuer certaines tâches et notamment la recherche des fuites par l'utilisation du véhicule VSR.
65. Le 19 novembre 2004, au terme d'une visite médicale sur demande du salarié, le médecin du travail, docteur C, déclare Monsieur X apte à son poste de sondeur avec la réserve suivante : « *l'état de santé de Monsieur X ne lui permet plus de travailler sur le VSR et d'effectuer des astreintes* ». A revoir dans un an ». Cet avis est signé par le médecin et est établi pour la société GAZ DE Z.
66. Cette visite médicale a été sollicitée par Monsieur X à la suite d'un certificat établi le même jour par son médecin traitant, le docteur Leblanc qui indiquait : « *Monsieur X présente des acouphènes, de la migraine sévère avec plusieurs crises hebdomadaires, des troubles anxieux au confinement qui ne lui permettent pas d'utiliser le VSR (de par les explications*

qu'il me donne sur cette activité) car il a systématiquement déclenché des crises dans ce véhicule ».

67. Le même jour, Monsieur D, directeur des ressources humaines, adresse un courrier à Monsieur E, directeur du réseau ainsi rédigé : « *notre médecin du travail nous signale l'information suivante : l'état de santé de Monsieur X ne lui permet plus de travailler sur le VSR* ». Le médecin du travail est mis en copie de la correspondance.
68. Ainsi, dès le 19 novembre 2004, la société Y était tenue de tout mettre en œuvre afin de fournir à Monsieur X un emploi compatible avec sa capacité telle qu'appréciée par le médecin du travail, et dont les recommandations étaient dépourvues d'ambiguïté : Monsieur X ne doit plus travailler sur le VSR.
69. Si la société Y avait des difficultés pour comprendre ces préconisations, elle aurait dû interroger le médecin du travail. En effet, si les réserves émises par le médecin ne permettent pas au salarié d'occuper son poste, l'employeur doit saisir le médecin du travail, au besoin en lui rappelant les contraintes du poste occupé, afin que ce dernier se prononce de façon plus adéquate sur l'aptitude du salarié¹⁹. L'employeur ne peut substituer son appréciation à celle du médecin du travail²⁰.
70. Or, par courrier du 26 novembre 2004, Monsieur X se voit reprocher par Monsieur B de « *refus[er] de continuer à assurer l'activité de recherche systématique de fuites en VSR* ».
71. La société Y explique qu'il n'était pas question de remettre en cause l'avis du médecin du travail mais uniquement de répondre à un argument soulevé par Monsieur X au cours de l'entretien du 17 novembre 2004, au cours duquel ce dernier a signalé à Monsieur B qu'il ne pouvait plus continuer à travailler sur le VSR.
72. Le Défenseur des droits considère que l'analyse de ce courrier par la société Y ne peut prospérer, les mots employés ne faisant pas de doute sur les reproches formulés. Cette lettre de mise en garde, postérieure à l'avis du médecin du travail, laisse au contraire supposer qu'il lui a été demandé de poursuivre son activité sur le VSR.
73. Malgré l'avis du 19 novembre 2004, Monsieur X a continué à travailler sur le VSR. Ce constat est fait sur la base des plannings des mois de novembre 2005, janvier, mars et avril 2006 et sur le compte-rendu de son entretien annuel du 29 novembre 2005.

• **2006-2007 :**

74. Face au maintien de Monsieur X sur le VSR, le 21 septembre 2006, le même médecin du travail a constaté l'inaptitude de ce dernier au poste de sondeur avec astreinte et travail sur le VSR. Il définissait les caractéristiques du nouveau poste à lui confier : « *pas de charges lourdes ni de contraintes physiques importantes / travail à l'extérieur possible dans la limite des termes précédents* » Il demandait en conséquence la mutation du salarié pour raison de santé, mutation qu'il qualifiait d'indispensable. Il s'agit là d'un avis d'inaptitude partielle puisque seules les astreintes et le travail sur le VSR sont exclus. Cet avis est signé par le médecin du travail et est établi pour la société GAZ DE Z.
75. Le 24 octobre 2006, Monsieur F, ancien secrétaire général de Gaz de Z, écrit à Monsieur G, ancien chef de service promu ensuite directeur des ressources humaines en ces termes : « *pour ce qui est de l'annulation de la pers.268, cela ne pourrait relever que du médecin du travail lorsque celui-ci a évoqué le cas de cet agent avec moi. J'ai « cru »*

¹⁹ Cass. soc., 25 janv. 2011, n°09-72.834.

²⁰ Cass. soc., 15 juill. 1998, n°96-40.768.

comprendre qu'il avait pris une décision quelque peu hâtive et qu'il serait opportun de trouver une solution qui permettrait un aménagement des fonctions sans aller jusqu'à prononcer une inaptitude de Monsieur X ». La « pers.268 » indiqué est une circulaire interne à la société Y encadrant le réemploi des agents statutaires inadaptés.

76. Le Défenseur des droits constate donc que la société Y avait parfaitement connaissance d'être confrontée à une situation d'inaptitude partielle et devoir ainsi suivre les préconisations du médecin du travail et les recommandations émises.
77. Les faits se situent en 2006, sous l'empire de l'ancienne législation (avant la loi n°2016-1088 du 8 août 2016). Il existait auparavant plusieurs types d'avis, l'inaptitude totale qui n'excluait pas un reclassement, l'inaptitude partielle qui se différenciait mal de l'aptitude sous réserve, sans oublier le cas où « *tout maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé* » (ancien article L. 1226-12 du Code du travail). En tout état de cause, comme en matière d'aménagements de poste, à la suite d'un avis d'aptitude sous réserves, aussi bien qu'en matière de reclassement consécutif à un avis d'inaptitude, ce qui compte avant tout, c'est de tenir compte des préconisations du médecin du travail²¹.
78. En l'espèce, l'inaptitude partielle implique une adaptation du poste de travail habituel à partir des préconisations émises par le médecin du travail que l'employeur est tenu de respecter. En ce sens, un avis d'inaptitude partielle est synonyme d'aptitude avec réserves. Toutefois, en cas d'impossibilité pour l'employeur de suivre les préconisations du médecin du travail, la distinction prend son sens puisque l'inaptitude partielle emporte obligation de reclassement à un autre poste, conformément aux dispositions de l'ancien article L.1226-2 du code du travail.
79. En l'espèce, malgré le prononcé d'une inaptitude partielle à son poste de sondeur, les plannings produits par M. X des mois d'octobre et novembre 2006, des mois de mars à octobre 2007 et de décembre 2007, démontrent qu'il a continué à travailler sur le VSR.
80. Le compte-rendu de son entretien annuel du 20 décembre 2007 le confirme et démontre que Monsieur X est contraint de rappeler son état de santé : « *Concernant le VSR, X souhaite ne plus en faire ou le moins possible à cause de sa maladie (certificat médical)* ».
81. Monsieur X verse plusieurs certificats médicaux qui permettent de constater que son état de santé s'est dégradé pendant ces périodes.
- **2008 :**
82. Monsieur X indique avoir postulé à l'interne à plusieurs postes, afin de trouver une solution par lui-même et ne plus être affecté au VSR.
83. La société Y indique que Monsieur X a été retenu pour le poste de contrôleur de réseau le 16 juillet 2008, sous réserve d'une formation d'un an. Le 21 septembre 2009, il est nommé à ce poste.
84. Le Défenseur des droits comprend donc que c'est à compter du 21 septembre 2009 que Monsieur X n'est plus affecté au VSR, soit cinq ans après l'avis du 19 novembre 2004 et trois ans après la demande de mutation pour raison de santé émise par le médecin du travail le du 21 septembre 2006.

²¹ Cass. soc., 26 avr. 2017, n°14-29.089 précité, les faits se situaient en 2001.

- **2010 :**

85. Le 29 septembre 2010, Monsieur X se voit reconnaître la qualité de travailleur handicapé et depuis mars 2011, il est en longue maladie.

86. Cet avis a été adressé à la société Y, ce qu'elle reconnaît.

87. Le Défenseur des droits rappelle qu'à compter de cette reconnaissance de travailleur handicapé, la société Y était, en outre, tenue à des obligations renforcées, sur le fondement du principe de l'aménagement raisonnable du poste de travail, conformément à l'article 5 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 et de l'article L. 5213-6 du code du travail, qui dispose :

« 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.5212-13²² d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.

Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte-tenu de l'aide prévue à l'article L.5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.

Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L.1133-3 ».

88. Ainsi, en vertu de ce principe d'aménagement raisonnable, pèse sur l'employeur une obligation de prendre des mesures appropriées pour les travailleurs handicapés, afin de favoriser leur accès à un emploi ou leur maintien dans l'emploi. Ces mesures n'ont pas pour but de favoriser un salarié par rapport à un autre mais de compenser l'inégalité induite par le handicap, en vue de garantir l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés. Il s'agit donc de mesures individualisées, adaptées à une personne en particulier, en fonction de la nature de son handicap, son degré d'autonomie et le poste de travail occupé.

89. L'employeur peut s'exonérer de cette obligation en démontrant que les charges consécutives à la mise en œuvre des mesures appropriées sont disproportionnées, compte tenu des aides prévues par l'article L.5213-10. Toutefois, le refus de l'employeur de prendre les mesures appropriées sans justifier du caractère disproportionné de ces mesures constitue une discrimination.

- **2012-2013 :**

90. Au vu de ces éléments et conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail, il appartenait à la société Y de démontrer que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

91. Au cours de l'enquête menée par le Défenseur des droits, la société Y a fait valoir que le premier avis du médecin du travail ne dispensait M. X de travailler sur le VSR « que du 19 novembre 2004 au 19 novembre 2005 ».

²² L'article L.5212-13 vise notamment le salarié titulaire d'une pension d'invalidité et le salarié reconnu travailleur handicapé.

92. Toutefois, si l'avis mentionnait « *À revoir dans 1 an pour visite systématique* », l'employeur ne saurait interpréter cette mention en considérant que la recommandation formulée était valable pour une durée d'un an, jour pour jour, alors que le médecin préconisait dans le même avis que l'état de santé du réclamant ne lui permettait plus de travailler sur le VSR. Cette mention mettait au contraire à la charge de l'employeur l'obligation d'organiser une nouvelle visite en 2005.
- **2014 :**
93. Les services du Défenseur des droits ont procédé, le 20 novembre 2014, à l'audition de Monsieur G, ancien chef de service devenu directeur des ressources humaines de la société Y.
94. Au regard des plannings d'affectation au VSR, les services du Défenseur des droits signalaient que Monsieur X y était toujours affecté. Interrogé sur les mesures prises par la société Y afin de tenir compte des réserves indiquées dans l'avis du 19 novembre 2004 et la demande de mutation motivée par l'inaptitude partielle constatée le 21 septembre 2006, Monsieur G expliquait pour la première fois que le véhicule VSR est composé de deux parties : le conducteur à l'avant, le sondeur à l'arrière qui regarde les écrans. Seul ce dernier serait en contact avec le matériel électronique qui a été identifié par Monsieur X et son médecin traitant comme susceptible de déclencher des migraines et une dégradation générale de son état de santé.
95. Toutefois, l'employeur ne fournit aucun élément permettant d'en justifier. Monsieur X fait valoir, quant à lui, qu'il n'existe pas de séparation entre les deux postes, ce qui semble confirmé par les plannings communiqués qui ne font pas de distinction entre les deux postes du VSR.
96. La société Y tentait ainsi de justifier avoir laissé Monsieur X conduire le véhicule, ce qui serait, a posteriori, la preuve qu'elle a respecté les préconisations du médecin du travail. Or, seul le médecin du travail pouvait valider la présence de Monsieur X au volant du VSR, compte tenu par exemple de la petite taille du véhicule – dont les photographies se trouvent aisément sur internet - de la proximité qui en découle avec l'équipement électronique, de la durée d'exposition etc.
97. Monsieur G indiquait : « *l'avis du médecin du travail arrivait sans autre explication que celle mentionnée. Je la transmettais donc pour application à la hiérarchie* » et « *le médecin du travail est moins explicite dans son avis que le médecin traitant* » et enfin « *on en a tiré les conséquences* ».
98. L'avocat représentant Monsieur G ajoutait en outre : « *ce qui est perturbateur c'est que c'est son médecin généraliste qui dit qu'il ne peut pas utiliser le VSR* ». Or, l'interdiction d'utiliser le VSR est faite par le médecin du travail le 19 novembre 2004, sans aucune distinction conducteur/opérateur à l'arrière.
99. Tel qu'il a été rappelé ci-dessus, en cas de difficulté ou de désaccord, il appartient à l'employeur, de demander au médecin du travail de préciser ses recommandations ou d'exercer un recours devant l'inspecteur du travail (ancien article L.4624-1). Cela aurait ainsi permis à la société Y de s'assurer que Monsieur X pouvait conduire le VSR. Tel n'a pas été le cas en l'espèce.
100. La société Y a justifié par la suite le respect des recommandations du médecin du travail par trois attestations, établies dix ans après les faits.
- Attestation de Monsieur H datée du 19 août 2014 : contremaître au département conduite sécurité, il indique avoir reçu des indications en décembre 2004 pour que

Monsieur X n'assure plus de mission d'opérateur VSR mais qu'il soit affecté en soutien ponctuel pour la conduite du véhicule.

- Attestation de Monsieur B datée du 19 août 2014 : il indique qu'après avoir reçu l'avis du médecin traitant – qu'il date du 17 novembre 2004, jour où il a reçu Monsieur X, et non du 19 novembre date réelle de l'avis – il a pris la décision d'organiser une réunion avec sa hiérarchie pour adapter le poste de travail de Monsieur X, qui serait alors affecté ponctuellement au poste de conducteur du VSR, avec son accord.
- Attestation de Monsieur I datée du 20 août 2014 : cadre sécurité gaz du département conduite et sécurité, il atteste « avoir reçu des consignes afin de mettre en œuvre les décisions prises lors de la réunion d'encadrement de décembre 2004 et de m'assurer que ces mesures étaient bien appliquées par la hiérarchie de proximité » et que « Monsieur X n'a jamais fait mention que son état de santé lui interdisait d'assurer la mission de conducteur ».

Si ces attestations semblent témoigner des tentatives de la société Y de réfléchir à une solution, il n'en demeure pas moins qu'elles n'apportent pas la preuve de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait de suivre les recommandations du médecin du travail.

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

- Constate que la société Y n'apporte aucun élément permettant de justifier qu'elle a respecté les préconisations émises par le médecin du travail le 19 novembre 2004 et le 21 septembre 2006. En conséquence, elle s'expose de ce seul fait à des dommages et intérêts.
- Constate que le refus répété de prendre en compte les recommandations du médecin du travail concernant l'aménagement de poste de Monsieur X – ce qui a entraîné une dégradation de son état de santé – est constitutif d'un harcèlement moral discriminatoire à son encontre, au sens des dispositions de l'article 1^{er} de la loi n°2007-496 du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination, et dont le préjudice subi doit être réparé.
- Renvoie, pour le chef de discrimination dans le déroulement de sa carrière en raison de son état de santé et au panel de comparaison établi, à sa décision n°2015-029 du 9 février 2015.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de Z.

Claire HÉDON