

Paris, le 25 octobre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-227

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 2010/18/UE du Conseil de l'Union européenne du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BusinessEurope, l'UEAPME, le CCEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE ;

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 Madame X d'une réclamation relative à des faits de discrimination en raison de son sexe, de sa situation de famille et de sa grossesse ;

Constata que Madame X a subi, à son retour de congé parental, une discrimination en raison de son sexe, de sa situation de famille et de sa grossesse qui s'est traduite par le fait qu'elle n'a pas retrouvé son emploi ni un emploi similaire à son retour de congé parental et par l'existence d'agissements ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

Constata que le licenciement de Madame X qui s'inscrit dans ce contexte encourt la nullité par application de la jurisprudence et des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail ;

Décide de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes de A.

Jacques TOUBON

**Observations devant le conseil de prud'hommes de A
dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de son délégué, par Madame X d'une réclamation relative à des faits de discrimination en raison de son sexe, de sa situation de famille et de sa grossesse.

I. RAPPEL DES FAITS :

2. Le 4 mars 2013, Madame X est recrutée par la société Y, spécialisée dans la production et le commerce de gros de figurines et filiale de la société allemande Y, en qualité d'assistante administrative et commerciale, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée sous la responsabilité de Monsieur Z, directeur – « country manager ». Son lieu de travail est situé au siège social à A.
3. Du 13 novembre 2014 au 27 mai 2015, Madame X est en congé maternité puis en congé parental de huit mois jusqu'au 31 janvier 2016.
4. Le 29 janvier 2016, Madame B, assistante de direction – « inside sale manager », l'aurait contactée par téléphone pour lui expliquer que l'entreprise était en cours de restructuration. Elle lui aurait alors proposé une rupture conventionnelle et l'aurait dispensée de reprendre son activité.
5. Madame X ne souhaitant pas rompre son contrat de travail, elle se présente sur son lieu de travail, le 1^{er} février 2016, date de sa reprise. Elle constate alors que les fonctions qu'elle occupait avant son départ continuent d'être assurées par sa remplaçante, Madame C.
6. Elle dénonce la situation par courriel du même jour auprès de Madame B et sollicite un entretien qui se déroule le 8 février 2016. Au cours de celui-ci, une nouvelle proposition de rupture conventionnelle lui aurait été faite. Par courrier du même jour, elle est dispensée d'activité avec maintien de salaire jusqu'au 15 février 2016.
7. Par lettre recommandée du 10 février 2016, Madame X est convoquée à un entretien préalable à licenciement pour faute grave avec mise à pied conservatoire auquel il ne sera pas donné suite.
8. Le même jour, la réclamante est placée en arrêt de travail jusqu'au 24 février 2016.
9. Par courrier du 12 février 2016, elle dénonce les conditions de son retour de congé parental et les propositions de rupture conventionnelle qui lui ont été faites, qu'elle estime constitutives de harcèlement moral et de discrimination.
10. Par courrier du 18 mars 2016, la société lui répond que sa dispense d'activité est liée à la réorganisation en cours et une proposition de poste lui est faite. Ses nouvelles fonctions consisteraient, sous la subordination hiérarchique de Madame B, à préparer le déménagement de la société, actualiser les données informatiques de l'entreprise et procéder aux réservations de voyages ou de réunions.
11. Par courrier du 6 avril 2016, Madame X dénonce auprès de la direction et des représentants du personnel le manque d'anticipation par la société de son retour de congé parental alors qu'elle avait connaissance de la date exacte de sa reprise depuis le 31 mars 2015. Elle considère que les nouvelles fonctions qui lui sont proposées ne constituent pas un emploi similaire à celui qu'elle occupait précédemment, ni un emploi pérenne au sein de l'entreprise. Elle refuse donc la modification de son contrat de travail.

12. Par courrier du 16 avril 2016, la société conteste les faits décrits par la réclamante. Elle explique qu'une nouvelle collaboratrice a été recrutée en son absence, Madame C, mais pas pour la remplacer dans ses fonctions qui ont été redéployées entre plusieurs collaborateurs dont Madame B, Madame C et Madame D, directrice Europe au siège de la société mère située en Allemagne. La société explique également que son retour de congé parental coïncidait avec la foire de P, qu'un nouveau « country manager » allait prendre ses fonctions le 19 mai 2016 et qu'il serait chargé de redéfinir son poste en tenant compte de la nouvelle organisation.
13. L'arrêt de travail de la réclamante est régulièrement prolongé jusqu'au 16 mai 2016.
14. Dans le cadre d'une visite à la demande de Madame X et par avis du 18 mai 2016, le médecin du travail la déclare « apte à la reprise au poste d'assistante commerciale et administrative avec un nécessaire accord sur les nouvelles missions faisant suite au congé parental, qui ne doivent pas être trop éloignées du contenu du poste initial en date de juin 2010 ».
15. Par courrier du 19 mai 2016, Madame X demande à la société Y de définir ses nouvelles fonctions en conformité avec les préconisations médicales. Le même jour, son arrêt de travail est prolongé jusqu'au 24 juin 2016.
16. En l'absence de réponse de la société, elle adresse un courrier de relance le 1^{er} juin 2016.
17. Dans le cadre d'une visite de pré-reprise à l'initiative du médecin conseil de la sécurité sociale, le 21 juin 2016, le médecin du travail n'émet pas d'avis mais indique qu'« une inaptitude devra être envisagée lors de la visite de reprise à partir du 26 juin dès la fin de son arrêt de travail ». Une visite de reprise est fixée au 27 juin 2016.
18. Le 24 juin 2016, l'arrêt de travail de Madame X est prolongé jusqu'au 31 août 2016.
19. Dans le cadre d'une visite de reprise et par avis du 27 juin 2016, le médecin du travail la déclare « apte au poste d'assistante commerciale et administrative ».
20. Le 1^{er} août 2016, le conseil de la réclamante conteste l'avis d'aptitude émis auprès de l'inspection du travail compétente, faisant valoir que le médecin du travail se serait entretenu par téléphone avec Monsieur W, nouveau directeur de la société, qui lui aurait assuré que le poste de Madame X était de nouveau vacant, sans procéder à des vérifications. Le conseil fait valoir que, par courrier du 20 juin 2016, « la société écrivait de manière paradoxale à Madame X que son poste était maintenu mais que les besoins de l'entreprise en terme de gestion administrative pouvant évoluer par période (ils devraient) s'entretenir sur les priorités du moment afin de faciliter sa reprise dans le cadre de ses fonctions administratives d'origine et de sa classification ».
21. L'arrêt de travail de Madame X est régulièrement prolongé tous les mois.
22. Par décision du 18 octobre 2016, l'inspection du travail la déclare inapte à son poste, relevant la situation de harcèlement et de discrimination dénoncée par la salariée et considérant que cette dernière n'a pas retrouvé son poste de travail à son retour de congé parental ni un poste équivalent.
23. Par courriers du 25 novembre et 1^{er} décembre 2016, le conseil de la réclamante sollicite l'employeur afin qu'il intervienne suite à la décision rendue par l'inspection du travail et souligne qu'elle n'a pas été convoquée dans le délai de deux semaines prévu par l'article R.4624-31 3° du code du travail applicable au moment des faits.

24. Dans le cadre d'une nouvelle visite de reprise et par avis du 5 décembre 2016, le médecin du travail la déclare inapte en un seul examen et pour danger immédiat conformément aux dispositions de l'article R.4624-31 alinéa 2 du code du travail. Il précise : « Selon les éléments médicaux en ma possession et selon avis du médecin inspecteur du travail du 11 octobre 2016, je la déclare inapte à tous postes ».
25. Le même jour, l'arrêt de travail de la réclamante est prolongé.
26. Par courrier du 20 février 2017, la société Y lui fait part de l'impossibilité de la reclasser au sein de l'entreprise et dans le groupe auquel elle appartient.
27. Par lettre recommandée du 22 février 2017, Madame X est convoquée à un entretien préalable à licenciement fixé au 3 mars 2017.
28. Par lettre recommandée en date du 7 mars 2017, son licenciement pour impossibilité de reclassement lui est notifié.
29. Madame X a saisi le conseil de prud'hommes de A aux fins de voir reconnaître l'existence d'une discrimination et d'un harcèlement ainsi que la nullité de son licenciement.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

30. 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 société 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.
31. Monsieur E y a répondu puis le conseil de la société a apporté des éléments complémentaires.
32. Au regard des éléments de réponse communiqués, le Défenseur des droits a décidé d'adresser à la société Y une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination, en l'invitant à présenter tout nouvel élément et document utile.
33. La société y a également répondu par l'intermédiaire de son conseil du 2 août 2018.

III. CADRE JURIDIQUE :

34. 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, 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, notamment en matière de rémunération, (...) de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son sexe, de sa situation de famille ou de sa grossesse (...) ».
35. De même, l'article L.1142-1 du code du travail dispose : « Nul ne peut (...) 3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation ».
36. S'agissant plus particulièrement du congé parental, les dispositions de l'article L.1225-55 du code du travail prévoient qu'à l'issue du congé parental d'éducation, le salarié retrouve

son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente.

37. La Cour de cassation est venue préciser que lorsque l'emploi qu'occupait le salarié n'est plus disponible à la fin de son congé parental, un emploi similaire doit lui être proposé¹. Cet emploi similaire doit s'entendre d'un emploi comportant la même rémunération, la même qualification, mais aussi des responsabilités similaires².

38. De même, la directive 2010/18/UE du Conseil de l'Union européenne du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BusinessEurope, l'UEAPME, le CCEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, pose en principe fondamental qu'« à l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, si cela se révèle impossible, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat de travail ou à sa relation de travail »³.

39. De plus, l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail précise que tout agissement subi par une personne sur le fondement de son sexe, de sa situation de famille ou de grossesse, et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue une discrimination.

40. L'objet de la loi n°2008-496 était de compléter la transposition de textes communautaires et notamment les directives 2000/78/CE et 2006/54/CE qui prévoient, dans leur 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 ».

41. 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 du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse, 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 observations⁴.

42. 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.

¹ Cass. soc., 27 octobre 1993, n°90-40226

² Cass. soc., 17 février 2010, n°08-44127

³ Clause 5, point 1

⁴ 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

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

43. 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 globale⁵ et que peuvent notamment être pris en compte la chronologie des faits⁶ et les constats de l'inspection du travail⁷. Elle a également souligné que le harcèlement ne suppose pas d'établir la preuve d'une quelconque intention⁸.
44. 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.
45. La jurisprudence est venue préciser que le licenciement pour inaptitude d'un salarié encourt la nullité lorsque l'inaptitude est la conséquence d'un harcèlement⁹.

IV. ANALYSE JURIDIQUE :

46. Les éléments recueillis au cours de l'enquête permettent de constater que Madame X a fait l'objet, à son retour de congé parental, d'une discrimination en raison de son sexe, de sa situation de famille ou de sa grossesse, caractérisée d'une part, par le fait qu'elle n'a pas retrouvé son emploi ni un emploi similaire (A) et, d'autre part, par une dégradation de ses conditions de travail et de son état de santé constitutif d'un harcèlement ayant conduit à son licenciement pour inaptitude (B).

A. Sur le fait que Madame X n'a pas retrouvé son emploi ni un emploi similaire à son retour de congé parental :

47. Au nombre des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, Madame X produit une attestation de Madame B en date du 15 septembre 2015, dans laquelle elle explique que, depuis le 15 décembre 2015, date à laquelle Monsieur Z a été « remercié » par la société Y, la direction était assurée à distance et en intérim par le directeur de la filiale espagnole, Monsieur F, et la directrice Europe basée en Allemagne, Madame D.
48. Elle précise que mi-janvier 2016, Monsieur F s'est rendu sur le site de A afin d'évaluer les rôles et fonctions de chaque membre de l'équipe administrative et commerciale. Dans ce cadre, il aurait annoncé à Madame B que les fonctions administratives de Madame X allaient être réparties entre elle et Madame G, assistante commerciale.
49. Elle indique que, le 29 janvier 2016, Madame H, directrice des ressources humaines du groupe Y, lui aurait confié la responsabilité d'appeler la réclamante afin de lui annoncer la suppression de son poste et lui proposer une rupture conventionnelle. Madame B indique que Madame X a été « surprise par cette annonce mais semblait prête à discuter » et qu'un entretien était convenu à son retour le 1^{er} février 2016.
50. Madame B explique qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité d'honorer l'entretien la semaine du 1^{er} au 5 février 2016 et que Madame X a finalement « repris les fonctions administratives et commerciales qui lui incombaient avant son départ en congés maternité puis parental, qui n'avaient absolument pas disparu ».

⁵ Cass. soc., 4 mars 2015, n°13-23447 ; Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792

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

⁷ Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-27261

⁸ Cass. soc., 10 novembre 2009, n°08-41497

⁹ Cass. soc., 3 mars 2009, n°07-44082 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994

51. Elle souligne que Madame H l'aurait, à plusieurs reprises, contactée par courriels « s'étonnant du retour de Madame X et me demandant formellement de ne plus lui confier aucune tâche inhérente à son contrat de travail et de l'occuper en lui proposant des missions telles que le classement et l'archivage de documents ou la préparation du déménagement de la société, Madame X ne devant plus avoir aucun accès aux dossiers qu'elle traitait auparavant ».
52. Dans son attestation, Madame B fait état du rachat de la société Y par un fonds d'investissement en 2015 et précise que 6 collaborateurs ont été « remerciés » sur un effectif de 12 personnes.
53. La direction de la société Y aurait ainsi souhaité profiter de l'absence pour congé maternité puis parental de Madame X pour se séparer d'un collaborateur supplémentaire.
54. Aucun élément ne permet d'expliquer pourquoi la réclamante n'a pas retrouvé les fonctions dévolues à Madame C, restée dans l'entreprise alors que son contrat de travail s'achevait à la date de reprise de la réclamante.
55. Ce n'est que par courrier du 18 mars 2016, en réponse aux faits de harcèlement moral et discrimination dénoncés par la réclamante, que la société fait officiellement état d'une réorganisation et lui propose de nouvelles fonctions :
- « Vous n'êtes pas sans savoir que l'ancien country manager, Monsieur Z a quitté notre société et que votre retour de congé coïncidait avec la foire la plus importante dans notre secteur d'activité à P. Aussi, votre dispense d'activité jusqu'au 15 février était destinée à nous permettre de redéfinir vos fonctions de manière à pouvoir vous réintégrer dans un emploi similaire sans aucune modification de votre contrat de travail et correspondant à votre classification.
- C'est la raison pour laquelle nous tenons à vous faire part de vos nouvelles fonctions consistant, sous les ordres de votre supérieure hiérarchique, Madame B, à :
- « Préparer le déménagement de la société en contactant notamment différentes entreprises de déménagement, etc.
 - Actualiser toutes les données informatiques, notamment en vérifiant les données clients,
 - Procéder à toutes les réservations nécessaires (voyages, salles de réunion, chambres d'hôtels, etc.) ».
56. De telles fonctions ne semblent pas constituer un emploi similaire à celui que la réclamante occupait auparavant. Son contrat de travail prévoit les attributions suivantes :
- « Gestion des encaissements clients,
 - Gestion des réclamations,
 - Relance des paiements,
 - Suivi administratif et règlement de nos fournisseurs : véhicules, téléphonie, prestataires divers,
 - Suivi des notes de frais et des tableaux de bord,
 - Saisie des commandes et suivi des livraisons,
 - Création de nouveaux comptes clients, entretien de la base de données actuelle,
 - À moyen terme, suivi des contrats relatifs aux négociations commerciales pour liaison et contrôle avec le siège en Allemagne ».
57. Madame X produit également une fiche de poste du 1^{er} juin 2010 faisant état des tâches suivantes :

- « Pointage quotidien des comptes et encaissements clients,
- Suivi des encours et relances paiement,
- Déclaratifs CA clients / centrales,
- Comptabilité fournisseurs (téléphonie, transport, flotte véhicules...etc.), règlement des factures,
- Gestion administrative des mouvements de personnel (contrat de travail, DUE, visite médicale...etc.), virement des salaires,
- Suivi des notes de frais et versement des paies,
- Reporting hebdomadaire à direction société Y,
- Suivi des contrats relatifs aux négociations commerciales pour liaison & contrôle avec siège en Allemagne,
- Suivi du budget,
- Préparation des RDV mensuels avec cabinet comptable,
- Saisie des commandes et suivi des livraisons ».

58. En outre, dans sa décision du 18 octobre 2016 déclarant la réclamante inapte à son poste, l'inspection du travail relève :

- « Qu'à son retour de congé parental, Madame X n'a pas retrouvé son poste de travail du fait d'une réorganisation de l'entreprise, qu'on lui a imposé oralement, puis par écrit, une dispense d'activité dans l'attention de la signature d'une rupture conventionnelle,
- Que suite à son refus de cette dispense et de la rupture conventionnelle, la société lui a envoyé une convocation à entretien préalable à licenciement pour faute grave,
- Que des fonctions sans équivalence avec les précédentes tâches et responsabilités exercées par la salariée lui ont été confiées (...) ».

59. Par courrier du 7 décembre 2016 adressé à la réclamante suite à une demande d'avis sur sa situation, l'inspection du travail confirme son analyse et conclut au manquement de l'employeur aux dispositions relatives au droit de retrouver le même emploi ou un emploi similaire à l'issue du congé parental prévues par l'article L.1225-55 du code du travail.

60. En réponse, la société Y fait valoir que Madame X aurait sollicité à son retour de congé parental la rupture conventionnelle de son contrat de travail et déclare que son poste d'assistante administrative et commerciale n'a jamais été supprimé.

61. Toutefois, ces explications entrent en contradiction avec le courrier du 18 mars 2016 dans lequel la société Y explique le contexte de son absence d'activité à sa reprise et précise à la réclamante ses nouvelles attributions au titre d'un emploi qualifié de similaire.

62. Concernant ces nouvelles attributions, le conseil de la société fait valoir, dans son courrier du 18 juillet 2017, qu'étant sur le point de déménager à J, il a été proposé à Madame X « de contribuer aux démarches d'archivage et de préparation des cartons, comme à tous ses collègues de travail, lors de son entretien du 8 février 2016 », ce qui entre en contradiction avec les termes du courrier du 18 mars 2016 précité qui semble bien faire état d'une modification des fonctions de la réclamante. La société ne saurait ainsi valablement affirmer qu'il lui a simplement été demandé de participer au déménagement.

63. La société invoque également le déménagement personnel de la réclamante de la ville K à L concomitant avec les faits dénoncés. Madame X aurait ainsi indiqué qu'« il lui était difficile de s'organiser et de se rendre sur le nouveau site de J » et se serait « saisie de l'opportunité pour tenter de considérer que son retour s'était mal passé et que son départ était souhaité ».

64. Au soutien de ses déclarations, la société fait valoir des échanges informels avec Monsieur M, commercial et délégué du personnel, ainsi que, dans sa dernière réponse, des échanges avec Madame B, qui ne sont toutefois corroborés par aucun élément matériellement vérifiable.
65. Dans sa dernière réponse, le conseil de la société confirme la répartition des fonctions de la réclamante durant son absence pour congés maternité et parental, entre Mesdames B, C et D : « En effet, son poste n'existe plus dans les mêmes conditions ».
66. Dès lors, l'employeur ne saurait faire valoir par ailleurs que le poste de la réclamante existait toujours à son retour et lui a « garanti qu'elle pourrait récupérer son poste à l'identique à l'issue de son arrêt de travail » le 27 juin 2016.
67. La société n'apporte aucun élément de réponse s'agissant du courrier du 18 mars 2016 produit par la réclamante et par lequel une modification et une diminution de ses fonctions peuvent être constatées.
68. L'employeur fait valoir qu'à son retour, Madame X a notamment continué à gérer le suivi des contrats de travail des commerciaux et des autres salariés.
69. L'employeur souligne que Madame B continuait à mettre en copie la réclamante dans ses échanges avec le cabinet d'expertise comptable, que ses mails étaient signés en se référant à son poste d'assistante administrative et commerciale, qu'un « accueil positif » lui aurait été réservé par ses collègues lors de sa reprise et qu'elle a eu des échanges avec un certain nombre d'interlocuteurs. Il convient de relever que les échanges communiqués par la société sont majoritairement antérieurs à l'entretien du 8 février 2016 à compter duquel la situation s'est dégradée. Les seuls échanges postérieurs à cette période datent des 10 et 15 mars 2016 et confirment que la réclamante avait bien en charge l'organisation du déménagement de la société.
70. L'employeur fait également valoir que la réclamante apparaît dans l'organigramme daté du 22 juin 2016 à ses fonctions, comme par le passé. Toutefois, l'organigramme communiqué la mentionne comme appartenant, avec Madame B, au service comptabilité et administration des ventes sans précision de l'intitulé de son poste. À côté de ce service apparaît un autre service administration des ventes auquel sont rattachées Mesdames C et G. L'employeur ne peut donc se fonder sur cet élément qui, par ailleurs, ne démontre par la réalité des fonctions exercées par la salariée.
71. Les éléments recueillis par les services du Défenseur des droits permettent de constater que Madame X n'a pas retrouvé son emploi ni un emploi similaire à son retour de congé parental. C'est également ce qu'a constaté l'inspection du travail dont il convient de rappeler les garanties d'indépendance¹⁰. Ainsi l'employeur ne peut faire valoir que l'inspection du travail « n'a pas cherché à entendre les différents salariés de l'entreprise » et « s'est limitée à reprendre les propos de Madame X ».
72. Afin d'écartier l'existence de toute discrimination, le conseil de la société précise que la société Y « emploi essentiellement du personnel féminin, qui a été amené à bénéficier de congés maternité et de congés parentaux, sans pour autant que cela ne pose problème ».
73. Toutefois, chaque litige étant individuel, l'absence de discrimination à l'égard d'un salarié ne garantit pas que tel a été le cas pour l'ensemble des salariés placés dans une situation comparable. Pour diverses raisons comme un changement de direction, ce qu'a vécu un salarié à un instant déterminé ne se reproduira pas de manière identique pour un autre.

¹⁰ Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-27261 précité

C'est ce qu'a considéré la cour d'appel de Paris dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations :

« Les faits de discrimination sont donc établis, peu important que l'employeur soit en mesure ou non d'établir que d'autres salariées ont pu partir en congé maternité sans en subir les conséquences, dès lors d'une part que la cour est saisie d'un litige individuel du travail, et d'autre part que Madame X a pu faire l'objet d'un traitement différent de celui d'autres salariés (...) »¹¹.

B. Sur l'existence d'agissement constitutifs d'un harcèlement et d'une discrimination :

74. Il ressort des éléments communiqués par Madame X que, malgré son courrier du 31 mars 2015 par lequel elle a informé la société de ses dates de congé maternité et parental, la société Y n'a pas anticipé ni organisé sa reprise fixée au 1^{er} février 2016.
75. Lors de l'entretien du 8 février 2016, une proposition de rupture conventionnelle lui aurait été faite, que Madame X indique avoir refusée.
76. Le jour même, elle a été dispensée d'activité jusqu'au 15 février 2016, puis, dans l'intervalle et par lettre recommandée du 10 février 2016, elle a été convoquée à un entretien préalable à licenciement pour faute grave, avec mise à pied à titre conservatoire immédiate. Aucune suite n'a finalement été donnée à cette convocation.
77. Ces éléments laissent supposer la volonté de l'employeur de voir la réclamante quitter l'entreprise à son retour de congé parental.
78. Ce n'est que par courrier du 18 mars 2016, en réponse aux faits de harcèlement moral et discrimination dénoncés par la réclamante, que la société fait officiellement état d'une réorganisation et lui propose de nouvelles fonctions qui ne constitueront pas un emploi similaire au sens des dispositions légales.
79. Outre la dégradation de ses conditions de travail, les éléments médicaux produits par Madame X permettent de constater une altération de son état de santé concomitante aux faits dénoncés ayant conduit au prononcé de son inaptitude et à son licenciement pour impossibilité de reclassement, ce qui laisse supposer l'existence d'un harcèlement constitutif d'une discrimination au sens des dispositions précitées.
80. En effet, plusieurs arrêts de travail produits font état d'une « anxio-dépression réactionnelle ».
81. De plus, par avis motivé en date du 23 juin 2016, le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles a reconnu le caractère professionnel de sa maladie :

« L'étude du dossier permet de retenir des conditions de travail suffisamment délétères lors de la reprise de son activité professionnelle début février 2016 après un congé maternité et parental.
Le comité a pris connaissance de l'avis du médecin-conseil, du médecin du travail, de l'employeur et a entendu l'ingénieur du service de prévention.
Dans ces conditions, le comité retient un lien direct et essentiel entre la maladie et l'activité professionnelle ».

¹¹ CA Paris, pôle 6 chambre 5, 7 février 2013, n° S 11/03537 – Décision Défenseur des droits n°LCD-2011-1

82. Dans son courrier du 7 décembre 2016, l'inspection du travail a conclu que, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond, les faits étaient susceptibles de caractériser l'existence d'un harcèlement moral.
83. Enfin, les éléments communiqués permettent de constater que le licenciement pour inaptitude de Madame X s'inscrit dans le contexte de harcèlement dénoncé.
84. En réponse, la société Y fait valoir la concomitance du retour de la réclamante avec la foire de P pour expliquer le manque d'anticipation et d'organisation de sa reprise.
85. Toutefois, dans sa dernière réponse, le conseil de la société indique :
- « Compte tenu de son ancienneté, [Madame X] était en droit de demander la prolongation de son congé parental.
Or, pendant toute la durée de son congé parental, Madame X n'a pas repris attache avec la société Y et n'a pas fait part de ses intentions réelles de revenir.
Compte tenu de ses charges de famille, il ne peut être reproché à la société Y d'avoir envisagé une prolongation de son congé parental et de s'être organisée dans ce cadre.
Ce n'est donc que la semaine précédant son retour que Madame X a officiellement indiqué qu'elle reprendrait son poste ».
86. Or, par courrier du 31 mars 2015 susvisé, Madame X avait confirmé auprès de l'employeur que son congé parental prendrait fin le 31 janvier 2016. En l'absence de nouvelle de la réclamante, la société Y aurait donc pu considérer que le terme de son congé n'avait pas été modifié plutôt que de présumer qu'elle souhaitait le prolonger. La société ne saurait valablement invoquer le devoir de loyauté de la réclamante comme elle le fait. Les explications de l'employeur, corroborées par aucun élément objectif, ne justifient pas l'absence d'anticipation du retour de la réclamante relevée en l'espèce.
87. La société explique que la réclamante se serait présentée dans les locaux de l'entreprise le 1^{er} février 2016 malgré sa dispense d'activité qui ne lui a été notifiée que par courrier du 8 février 2016.
88. Afin de justifier la convocation à entretien préalable du 10 février 2016, Monsieur E explique :
- « Les discussions se seraient poursuivies par téléphone avec pour objectif d'étudier les modalités de la rupture demandée par Madame X, ce qui fut formalisé par la convocation à un entretien en vue d'étudier les modalités.
Cependant, le courrier ayant été refusé par la destinataire (pièce n°20), Madame X n'a pas eu connaissance de cette lettre. Or, cette lettre a été amenée au dossier par Madame X, ce qui laisse supposer qu'elle s'est procurée la lettre par un moyen détourné. La version qu'elle verse à son dossier reprend les inscriptions manuscrites de notre copie du courrier, et non la copie de l'original. Je pense que Madame X s'est introduite dans les locaux avant ou après leur fermeture, seul moyen d'accès à ces documents archives dans des armoires RH sous clés dont seules Madame B et elle-même avaient les clés ».
89. La pièce 20 susvisée correspond à l'avis de réception du recommandé qui mentionne que le pli a été refusé. Toutefois, Monsieur E n'y joint pas le courrier correspondant.
90. Dans sa première réponse, le conseil de la société apporte une explication divergente : Madame X aurait été surprise, à deux reprises, en train de « fouiller dans des documents confidentiels dans l'ordinateur de Madame B, alors qu'elle était absente ». Au soutien de ces déclarations, une attestation de Madame C est communiquée par la société.

Finalement, la société aurait décidé de donner « une chance complémentaire » à la réclamante en ne donnant aucune suite à la convocation à entretien préalable.

91. Dans sa dernière réponse, le conseil de la société fait valoir que Monsieur E, « qui n'était pas présent à la date des faits, a confondu les deux procédures en cours, à savoir celle proposée à l'initiative de la démarche de Madame X de vouloir partir (une rupture conventionnelle qui nécessite également un entretien) et la procédure de licenciement, dont il n'était pas au courant puisque gérée par le service des ressources humaines allemand ». Toutefois, la convocation à entretien préalable concernée visait bien une procédure de licenciement pour faute grave à laquelle correspond l'accusé réception produit par Monsieur E.
92. Le Défenseur des droits estime que ces explications sont contradictoires et que l'attestation d'une salariée avec laquelle existe un lien de subordination et de dépendance économique, qui a de plus repris une partie des fonctions de la réclamante, ne constituent pas des éléments suffisants et objectifs permettant de justifier les décisions de l'employeur.
93. Dans sa dernière réponse, le conseil de la société fait valoir qu'en matière de harcèlement, l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité lorsqu'il satisfait à son obligation de sécurité.
94. En effet, en matière de discrimination et de harcèlement, l'employeur doit assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Cette obligation de sécurité est prévue par les dispositions générales des articles L.4121-1 et suivants du code du travail.
95. S'agissant du harcèlement moral, les dispositions spécifiques de l'article L.1152-4 du code du travail précisent : « L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement moral. Les personnes mentionnées à l'article [L.1152-2](#) [salariés, personnes en stage ou en formation] sont informées par tout moyen du texte de l'article [222-33-2](#) du code pénal ».
96. Longtemps, la jurisprudence a considéré que « l'employeur, tenu d'une véritable obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation, lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements »¹². L'engagement de la responsabilité de l'employeur était ainsi automatique en cas de harcèlement.
97. Toutefois, la Cour de cassation est venue assouplir sa jurisprudence, en matière de harcèlement moral par un arrêt du 1^{er} juin 2016. L'employeur peut désormais s'exonérer de sa responsabilité, à condition qu'il démontre avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par le code du travail et avoir fait cesser immédiatement les agissements :

« Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser »¹³.
98. En vertu de l'obligation de sécurité, avant même d'être alerté sur une situation de harcèlement, l'employeur doit prévenir la survenance de tels faits en sensibilisant les

¹² Cass. soc., 3 février 2010, n°08-44019

¹³ Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-19702

salariés – notamment les RH, cadres et membres du CHSCT – par des actions d'information et de formation et en affichant les dispositions légales relatives au harcèlement moral sur les lieux de travail.

99. Lorsqu'il est alerté sur une situation de harcèlement, il doit faire cesser les faits en prenant toute mesure conservatoire permettant de protéger la santé et la sécurité des salariés concernés : mesure conservatoire visant à les éloigner telle qu'une modification des horaires de travail, un changement d'affectation, etc. dans un souci de discrétion par rapport au collectif de travail, saisine de la médecine du travail et/ou du CHSCT, etc.
100. L'employeur doit également procéder à une enquête impartiale, approfondie et formalisée au cours de laquelle doivent être entendus l'ensemble des protagonistes et collègues de travail cités par les salariés concernés.
101. Si les faits sont établis, l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la victime et prononcer une sanction disciplinaire à l'égard de l'auteur des faits, conformément aux dispositions spécifiques de l'article L.1152-5 du code du travail.
102. En l'espèce, le Défenseur des droits considère que la société Y ne saurait voir sa responsabilité écartée au regard notamment de sa carence dans l'organisation du retour de congé parental de la réclamante, des conditions de son retour laissant apparaître la volonté de l'employeur de la voir quitter l'entreprise, du retrait de ses fonctions sans justifier la suppression de son emploi et de la rétrogradation de fait qui s'en est suivie la privant de retrouver un emploi similaire, éléments qui appréciés de manière globale, permettent de caractériser l'existence d'une discrimination.
103. Aucun élément postérieur au courrier du 12 février 2016 de la réclamante par lequel elle a dénoncé l'existence d'un harcèlement et d'une discrimination ne permet de constater que la société a pris toutes les mesures de prévention en termes de formation et d'information du personnel, de mise en place d'une organisation et de moyens adaptés, ni qu'elle a pris les mesures immédiates propres à faire cesser les faits dès qu'elle en a été informée. Aucune enquête interne n'a été engagée et l'état de santé de la réclamante s'est progressivement dégradé jusqu'au prononcé de son inaptitude puis la notification de son licenciement.
104. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
 - Constate que Madame X a subi, à son retour de congé parental, une discrimination en raison de son sexe, de sa situation de famille et de sa grossesse qui s'est traduite par le fait qu'elle n'a pas retrouvé son emploi ni un emploi similaire au sens de l'article L.1225-55 du code du travail et par l'existence d'agissements ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant au sens de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail ;
 - Constate que le licenciement de Madame X qui s'inscrit dans ce contexte encourt la nullité par application de la jurisprudence et des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.
105. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du conseil de prud'hommes de A.

Jacques TOUBON