

Paris, le 20 novembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-275

Le Défenseur des droits,

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

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

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

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000

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

Vu le code du travail ;

Vu le jugement du conseil de prud'hommes de D en date du xx xx xx ;

Saisi d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination en raison de son origine,

Le Défenseur des droits :

- Constate l'existence d'un environnement discriminatoire fondé sur l'origine, au sens de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, ayant conduit à la dégradation de l'état de santé de Madame X, ce qui justifie sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur ;

Et, à titre subsidiaire :

- Constate que le licenciement de Madame X constitue une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail et encourt ainsi la nullité, conformément à l'article L.1132-4 du même code ;
- Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de A.

Jacques TOUBON

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

1. Le 26 juin 2015, par l'intermédiaire de son délégué, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination à raison de son origine.

I. FAITS :

2. Le 14 septembre 2009, Madame X est recrutée en qualité d'assistante commerciale par la Sarl Y, spécialisée dans le commerce interentreprises d'habillement et de chaussures pour les professionnels. Elle exerce ses fonctions depuis son domicile.
3. Madame X dénonce avoir subi, dès son embauche, des faits de harcèlement moral de la part de Monsieur Z, directeur commercial, qui se seraient aggravés avec la création, en 2010, d'un poste de directeur national chargé d'assurer l'interface entre Monsieur Z et l'ensemble des téléopérateurs. Mesdames B et C auraient occupé successivement ce poste.
4. De son côté, la société indique que le poste de directeur national n'a jamais existé, que Madame B s'est tout d'abord vu confier un poste de directeur de l'organisation puis que des postes de « team leaders » ont été créés¹.
5. Monsieur Z estimant qu'il subissait une perte de ses responsabilités, le climat professionnel se serait progressivement dégradé. Madame X explique s'être ainsi retrouvée au cœur de tensions entre ses responsables, avoir subi une réduction de ses fonctions, un dénigrement de la qualité de son travail et des propos directement fondés sur son origine de la part de Monsieur Z. La situation se serait aggravée suite à sa dénonciation des faits par courriel du 10 février 2011.
6. L'état de santé de Madame X s'est ensuite progressivement dégradé : arrêts de travail en novembre et décembre 2014 pour dépression réactionnelle en lien avec sa situation professionnelle, avis d'aptitude du médecin du travail du 17 décembre 2014 avec la restriction suivante : « ne peut plus être affectée dans l'équipe France sud » puis, dans un second temps, avis d'inaptitude définitive à tous les postes en date du 5 janvier 2015.
7. Parallèlement, début décembre 2014, Madame X a saisi le Conseil de prud'hommes de D d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux fins notamment de voir reconnaître l'existence d'un harcèlement moral de la part de Monsieur Z.
8. Le 9 février 2015, elle est convoquée à un entretien préalable et par lettre recommandée du 25 février 2015, son licenciement « pour inaptitude » et « absence de possibilité de reclassement » lui est notifié. Dans le cadre de son litige prud'homal, elle fait valoir que son employeur a manqué à son obligation de reclassement.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

9. Au vu des éléments communiqués par Madame X et conformément aux articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a décidé d'interroger, par courrier du 25 septembre 2015, la société Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués et solliciter la communication d'un certain nombre de pièces utiles à l'examen de la réclamation portée à sa connaissance.
10. Par courrier du 30 octobre 2015, le conseil de la société Y y a répondu.

¹ Courrier du 2 mars 2016 de la société au Défenseur des droits - aucun organigramme communiqué

11. Après analyse de ces éléments de réponse, le Défenseur des droits a décidé d'adresser à la société, par courrier du 1^{er} février 2016, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination et en l'invitant à présenter tout élément et document utile sur l'ensemble des éléments recueillis au cours de son enquête.
12. Par courrier du 2 mars 2016, le conseil de la société a apporté des explications complémentaires.
13. Par décision n°2016-129 du 9 mai 2016, le Défenseur des droits a conclu à l'existence d'une discrimination dans ce dossier et décidé de présenter des observations écrites et orales devant le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes de D.
14. Par jugement en date du xx xx xx, le conseil de prud'hommes a débouté Madame X de l'ensemble de ses demandes.
15. La réclamante a interjeté appel devant la Cour d'appel de A. La présente décision a pour objet de présenter les observations du Défenseur des droits devant ladite cour.

III. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

16. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée².
17. En l'espèce, Madame X a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail avant la notification de son licenciement. Dès lors, il convient d'analyser si cette demande pourrait être recevable et les effets qu'elle pourrait produire (A) avant de vérifier le bien-fondé de son licenciement (B).

A. À titre principal, sur la demande de résiliation judiciaire de Madame X :

18. Sur le fondement de l'article 1184 du code civil, la Cour de cassation reconnaît au salarié le droit de solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail lorsque l'employeur ne satisfait pas à ses obligations contractuelles. En cas de manquement suffisamment grave, le juge peut prononcer la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur.
19. La Cour de cassation considère que des faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire³.
20. En principe, la résiliation prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, lorsque les faits reprochés par le salarié sont sanctionnés par la nullité, comme c'est le cas en matière de harcèlement moral, sur le fondement de l'article L.1132-4 du code du travail, la résiliation judiciaire doit emporter les effets d'un licenciement nul⁴.
21. C'est ce qu'a récemment retenu la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations⁵.

² Cass. soc., 7 février 2007, n°06-40250 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n°10-21690

³ Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-12995

⁴ Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-28734 ; La même solution est retenue en matière de harcèlement moral, sur le fondement de l'article L.1152-3 du code du travail - Cass. soc., 20 février 2013, n°11-26560

⁵ CA Aix en Provence, 9 fév. 2018, n°17/05013 et Décision Défenseur des droits n°2016-216 du 16 sept. 2016

22. En l'espèce, il convient donc de déterminer si Madame X a été victime d'une discrimination prohibée par la loi, justifiant la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.
23. 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 origine ou de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race.
24. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 susvisée précise que la discrimination inclut tout agissement lié à son appartenance ou à sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race 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.
25. 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 ».
26. 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'origine, 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 observations⁶.
27. 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 ».
28. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale⁷ et que peut notamment être prise en compte la chronologie des faits⁸.
29. En l'espèce, au soutien de sa réclamation, Madame X communique des échanges avec Monsieur Z contenant des références permanentes à son origine et à sa religion. Ces propos

⁶ 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

⁷ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792 ; Cass. soc., 4 mars 2015, n°13-23447

⁸ Cass. soc., 6 novembre 2013, n°12-22270

déplacés à caractère raciste, s'ils ne sont pas directement dirigés à l'encontre de la réclamante, lui sont néanmoins adressés à plusieurs reprises par courriels et sont ainsi susceptibles d'être interprétés, au sens de la loi n°2008-496 précitée, comme étant constitutifs d'un environnement discriminatoire intimidant, hostile, humiliant ou offensant.

30. Dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations, la Cour d'appel d'Orléans a admis, s'agissant de propos à connotation sexuelle, qu'une salariée pouvait être victime d'un harcèlement environnemental ou d'ambiance. Sans être directement visée, la cour a conclu qu'elle avait subi des provocations et blagues obscènes ou vulgaires devenues insupportables⁹.
31. Par courriel du 23 août 2013 adressé à la réclamante et Madame C, Monsieur Z joint la photographie d'une voiture portant des inscriptions visibles en langue arabe, en intitulant l'objet de son courriel : « Je suis au Maroc !! ».
32. Dans un échange de courriels du 10 avril 2014, à propos de la prospection de la société E, il indique à réclamante : « Vous arrivez encore à me surprendre ! ;-)) Et Cyril [son collègue commercial] s'appelle comment au RDV ? Mustapha ?? ;-)) ». Elle lui répond : « Je suis sérieuse ! Demandez à Cyril... », et il ajoute : « Il m'a déjà répondu... il s'est voilé pour le RDV... donc je mettrai un Multitex¹⁰ sur ma tête et ça ira !! ».
33. De même, par courriel du 24 avril 2014, il lui déclare : « J'ai mangé un tajine à midi... je suis de bonne humeur...lol... ».
34. Enfin, dans un autre échange du 28 juillet 2014, il lui indique, à propos de la fête de l'Aïd qui célèbre la fin du ramadan : « Je suis déjà plein là-dedans, dans cette fête... j'ai du mal à taper... je suppose que c'est la fin du ramadan ? ». Madame X lui répond : « Oui, c'est la fin du ramadan mais je n'ai pas compris du mal à taper ? », et Monsieur Z poursuit : « J'ai déjà tellement mangé que mes doigts ont grossi et je n'arrive plus à toucher précisément les touches de mon clavier... ».
35. Madame X indique également qu'il lui aurait demandé d'utiliser le prénom « Lisa » auprès de certains clients de la société, ce que semble confirmer un échange de courriels du 10 avril 2014 qu'elle produit, dans lequel il indique : « Merci Lisa ! », la réclamante précisant : « Non, pour la société E c'est X ! ».
36. Dans ses réponses, la société nie l'existence de toute discrimination à l'encontre de la réclamante.
37. Dans son courrier du 30 octobre 2015, elle précise que suite à la dénonciation des difficultés rencontrées par Madame X avec Monsieur Z, une enquête interne a été diligentée pour vérifier si ce dernier avait porté « une appréciation volontairement plus négative de son travail », sans lien avec la réalité de la qualité des services rendus. Toutefois, elle ne fournit aucun compte-rendu ni élément matériellement vérifiable concernant cette enquête.
38. La société produit également l'attestation d'un salarié d'origine étrangère travaillant avec Monsieur Z qui ne saurait suffire à démontrer l'absence de discrimination en raison du lien de subordination et d'intérêt économique liant le salarié à l'entreprise.
39. Au-delà, le fait même qu'un salarié d'origine étrangère ne soit pas victime de discrimination ne garantit pas l'absence de tels faits à l'égard d'un autre salarié, chaque litige étant individuel. C'est en effet ce qu'a souligné la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 7 février 2013, à propos

⁹ CA Orléans, 7 février 2017, n°15/02566 et décision Défenseur des droits n°2016-212

¹⁰ Tapis vendu par la société Y

d'une société qui invoquait, pour écarter toute discrimination fondée sur le sexe, que plusieurs salariées de l'entreprise n'avaient pas rencontré de difficulté à leur retour de congé maternité¹¹.

40. Concernant les échanges du 10 avril 2014, la société explique que « la référence aux prénoms Cyril et Mustapha ne caractérise pas une discrimination mais tient uniquement à une interrogation concernant le commercial concerné par le prospect : Monsieur Cyril F ou Monsieur Mustapha G, commerciaux pour lesquels Madame X prenait des rendez-vous ! ».
41. Toutefois, les caractères typographiques familiers utilisés par Monsieur Z ainsi que les autres échanges relevés plus haut ne permettent pas de retenir cette explication comme élément objectif étranger à toute discrimination au sens de l'article L.1134-1 du code du travail.
42. Il en va de même de l'argument de la plaisanterie invoqué par la société. En effet, la terminologie employée et la répétition des propos, dans un contexte de travail déjà dégradé, leur font perdre tout caractère humoristique.
43. La blague ou l'humour potaches, définis comme portant peu à conséquence et n'offensant pas autrui, doivent toujours s'analyser au regard de la perception et du ressenti provoqués de celui ou celle qui les reçoit. La jurisprudence reconnaît comme étant constitutif de harcèlement moral l'humour déplacé et répétitif à connotation raciste¹².
44. Dans sa réponse du 2 mars 2016, la société souligne que cet arrêt vise des propos très différents dont l'interpellation de « petit nègre ». Toutefois, les propos relevés en l'espèce présentent bien un lien avec l'origine de Madame X et le litige en cours n'est pas un litige pénal mais prud'homal pour lequel la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 est applicable.
45. Dans l'arrêt susvisé rendu par la chambre sociale de la Cour d'appel d'Orléans, les juges se sont prononcés sur l'humour sur le lieu de travail et ont considéré qu'il importait de vérifier si les faits étaient constitués dans leur matérialité et non dans leur interprétation car « Ce que certains individus trouvent humoristique et ne portant pas atteinte à la dignité peut être blessant et humiliant pour d'autres »¹³.
46. Dans son jugement du xx xx xx, le Conseil de prud'hommes de D, après avoir pourtant relevé la matérialité des faits présentés par la salariée en citant un nombre de pièces produites, a conclu que « La lecture des mails ne montre aucun agissement ni aucun mot, pris séparément ou assemblés, de nature à faire présumer une situation de harcèlement moral ou de discrimination subie par Madame X ».
47. Par ailleurs, contrairement à ce qu'indique la société, Madame X produit des certificats médicaux qui permettent de constater que son état de santé s'est dégradé en 2014 jusqu'au prononcé de son inaptitude définitive à tous postes en 2015. En effet, le lien avec sa situation professionnelle est mentionné dans les arrêts de travail qu'elle produit et la restriction émise par le médecin du travail, dans l'avis du 17 décembre 2014, va également en ce sens.
48. Les éléments communiqués par l'employeur laissent d'ailleurs apparaître que le médecin du travail avait relevé le lien entre la dégradation de son état de santé et les faits de discrimination invoqués¹⁴.
49. Concernant l'utilisation du prénom « Lisa », l'employeur nie toute demande de changement de prénom et communique deux échanges avec des clients de l'entreprise démontrant que

¹¹ CA Paris, Pôle 6 Chambre 5, 7 février 2013, n°09/01893 après Décision Défenseur des droits n°2011-1

¹² Cass. crim., 12 déc. 2006, n°05-87658

¹³ CA Orléans, 7 février 2017, n°15/02566

¹⁴ Pièce 7.1 courrier du 12 janvier 2015 mentionnant une réponse du médecin du travail à un courrier de la société du 30 décembre 2015, non communiqués au Défenseur des droits

Madame X utilisait ses nom et prénom dans le cadre des relations commerciales. Sur ce point, il convient de souligner que ces éléments ne concernent que deux clients de l'entreprise, dont la société E – plus précisément la société H, sous-traitant de la société E – pour lequel la réclamante avait indiqué à Monsieur Z qu'elle utilisait son véritable prénom.

50. Dans son courrier du 2 mars 2016, la société souligne également que l'adresse électronique professionnelle de Madame X comportait le prénom X, ce qui n'est pas contesté.
51. Enfin, s'agissant de l'échange du 10 avril 2014 communiqué par la réclamante, la société indique que « Les seuls éléments existants sont des plaisanteries en raison de clients ayant mal compris son prénom au téléphone ! ».
52. Toutefois, cette explication confirme que Monsieur Z insistait sur les références à l'origine de Madame X pour plaisanter. Au-delà de l'utilisation d'un autre prénom auprès des clients de la société, c'est bien cette insistance qui est en l'espèce relevée et reprochée au directeur commercial.
53. Dans son jugement susvisé, le Conseil de prud'hommes de D a estimé que « les observations du Défenseur des droits se limitent (...) à constater la seule existence d'un environnement discriminatoire, sans pouvoir déterminer si les éléments fournis par la salariée constituent de véritables faits de la part de l'employeur de nature à présumer un comportement de sa part discriminant la salariée à raison de son origine ».
54. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits constate l'existence d'un environnement discriminatoire fondé sur l'origine, 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, créé par les agissements répétés de Monsieur Z et ayant conduit à la dégradation de l'état de santé de Madame X.
55. Ces faits, corroborés par les éléments relevés plus haut, caractérisent l'existence d'un harcèlement constitutif d'une discrimination, le Défenseur des droits considérant que l'employeur n'ayant pas justifié les faits dénoncés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination au sens des dispositions de l'article L.1134-1 du code du travail.
56. Le Défenseur des droits considère que la réclamante paraît ainsi fondée à demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.

B. À titre subsidiaire, sur la nullité du licenciement de Madame X :

57. Le licenciement de Madame X fait suite au prononcé de son inaptitude par le médecin du travail et est motivé par l'impossibilité de la reclasser à un autre poste.
58. Il convient de souligner que la dégradation de son état de santé et le prononcé de son inaptitude sont en lien avec le contexte de harcèlement moral dénoncé et l'environnement discriminatoire relevé plus haut. Selon la jurisprudence, le licenciement s'inscrivant dans un tel contexte encourt la nullité¹⁵, par application de l'article L.1152-3 du code du travail. Il en va de même en cas de discrimination, en vertu de l'article L.1132-4 du code du travail.
59. En l'espèce, les certificats médicaux produits par la réclamante confirment que le syndrome dépressif dont elle souffre est en lien avec sa situation professionnelle.
60. Dans son courrier du 30 octobre 2015, la société fait valoir qu'elle n'a pas eu connaissance de l'existence des propos tenus par Monsieur Z avant l'intervention du médecin du travail et

¹⁵ Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994

qu'aucune alerte n'a été faite auprès du CHSCT. Toutefois, des personnes et notamment Madame C, supérieure hiérarchique de la réclamante, étaient en copie de certains courriels et ont ainsi pu prendre connaissance des propos litigieux. En outre, après avoir été informée des faits par le médecin du travail, la société n'a pris aucune mesure à l'encontre de Monsieur Z afin de le rappeler à l'ordre ou le sanctionner pour les propos tenus. Elle n'a pas non plus proposé à la réclamante des mesures afin qu'elle ne soit plus en contact avec ce dernier.

61. Il semble ainsi que la société Y n'ait pas pris les mesures nécessaires pour faire cesser les faits et a, par là-même, manqué à son obligation de sécurité de résultat prévue par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail.
62. L'engagement d'une procédure de licenciement à l'encontre de la réclamante semble au contraire avoir été hâtivement décidé par l'entreprise après l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail.
63. Il convient donc de vérifier si la décision de licencier Madame X est conforme aux dispositions protectrices du salarié déclaré inapte.
64. 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.
65. L'article L.1133-3 dudit code prévoit toutefois que « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées ».
66. 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, ce qui n'est pas le cas lorsque l'employeur manque à son obligation de reclassement à laquelle il est tenu dès le prononcé d'une inaptitude de l'un de ses salariés.
67. Si cette double condition n'est pas remplie, la décision de licencier le salarié perd tout fondement objectif. Elle repose in fine sur l'inaptitude du salarié et, par voie de conséquence, sur son état de santé, ce qui caractérise une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail. Le licenciement, qui aurait pu éventuellement être évité, encourt alors la nullité, par application de l'article L.1132-4 du même code.
68. Dans une affaire où la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, à laquelle le Défenseur des droits a succédé, avait présenté des observations, la Cour d'appel de Bordeaux a retenu cette position¹⁶.
69. En l'espèce, le licenciement de Madame X pourrait être déclaré nul au regard d'une part, de l'irrégularité de la constatation de son inaptitude et, d'autre part, du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement.
 - ***Sur le caractère discriminatoire du licenciement de Madame X du fait de l'irrégularité de la constatation de son inaptitude :***
70. L'exception au principe de non-discrimination prévue à l'article L.1133-3 du code du travail n'est applicable que dans l'hypothèse où l'inaptitude du salarié à occuper son poste a été régulièrement constatée par le médecin du travail.

¹⁶ CA Bordeaux, 20 octobre 2011, n°10/03585 ; Délibérations Halde n°2009-326 et n°2010-228

71. Selon l'article R.4624-31 dudit code, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude d'un salarié à son poste de travail que s'il a réalisé une étude de poste, une étude des conditions de travail dans l'entreprise et deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines. Si le maintien du salarié sur son poste entraîne un danger immédiat pour sa santé ou sa sécurité ou lorsqu'une visite de préreprise a eu lieu dans un délai de 30 jours au plus, l'avis d'inaptitude peut être délivré en un seul examen.
72. En l'espèce, Madame X a été déclarée inapte, lors de sa visite médicale du 5 janvier 2015, sans que le médecin du travail ne mentionne l'existence d'un danger immédiat ou qu'une visite de préreprise ait été organisée dans les 30 jours précédents cette visite. Or, cette inaptitude n'a pas été confirmée par le médecin du travail à l'issue d'un second examen médical, comme le prévoit l'article R.4624-31.
73. Contrairement à ce qu'indique l'employeur dans la lettre de licenciement de Madame X et dans son courrier du 30 octobre 2015, l'avis du médecin du travail du 17 décembre 2014 ne constitue pas un avis d'inaptitude mais un avis d'aptitude avec réserves.
74. La jurisprudence de la Cour de cassation précise que l'aptitude d'un salarié à son poste, même assortie de plusieurs réserves émises par le médecin du travail, n'équivaut pas à une inaptitude du salarié¹⁷. En effet, alors que le prononcé d'une aptitude avec réserves emporte pour l'employeur l'obligation de maintenir le salarié à son poste de travail en respectant les réserves émises, le prononcé d'une inaptitude déclenche l'obligation particulière de l'employeur de rechercher un poste de reclassement.
75. Dans son courrier du 2 mars 2016, la société fait également valoir que, dans l'avis d'inaptitude du 5 janvier 2015, le médecin du travail a précisé qu'il s'agissait de la 2^{ème} visite d'inaptitude. Toutefois, aucun élément communiqué ne vient confirmer l'existence d'une 1^{ère} visite au sens de l'article R.4624-31 du code du travail.
76. Dès lors et malgré cette mention, le Défenseur des droits relève que l'inaptitude de Madame X n'a pas été régulièrement constatée par le médecin du travail.
77. En conséquence, la mesure de licenciement prononcée sur ce fondement encourt la nullité pour discrimination au sens des articles L.1132-1, L.1133-3 et L.1132-4 du code du travail.
- ***Sur le caractère discriminatoire du licenciement pour inaptitude prononcé du fait du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement :***
78. 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.4624-1 du code du travail.
79. Aux termes de l'article L.1226-2 du code du travail, l'employeur est tenu de proposer au salarié déclaré inapte 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.
80. De manière plus générale, l'article L.4624-1 du même code fait obligation à l'employeur de prendre en compte l'avis du médecin du travail : « Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé

¹⁷ Cass. soc., 4 juin 2009, n°08-40071 ; 10 novembre 2009, n°08-42674 ; 28 janvier 2010, n°08-42616

physique et mentale des travailleurs. Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite ».

81. Compte tenu de la jurisprudence applicable en matière de reclassement, l'employeur est tenu d'explorer effectivement toutes les pistes pour reclasser le salarié reconnu inapte.
82. À défaut, il lui revient d'apporter la preuve que le reclassement est impossible¹⁸.
83. En tout état de cause, il lui appartient de prouver la réalité et le sérieux de sa recherche de reclassement¹⁹.
84. En l'espèce, dans la lettre de licenciement de Madame X, la société Y fait valoir que « L'ensemble des sociétés du groupe a été consulté dans la perspective de votre reclassement. Aucune possibilité ne nous a été indiquée ».
85. Dans son courrier du 30 octobre 2015, afin de démontrer qu'elle a satisfait à son obligation de reclassement, l'entreprise produit des échanges avec cinq sociétés du groupe.
86. Toutefois, la plupart de ces échanges ne sont pas traduits en langue française, la réponse de la société Y est incomplète et l'employeur vise dans ses recherches l'article L.1226-10 du code du travail relatif à l'inaptitude consécutive à un accident ou à une maladie professionnelle alors que tel n'est pas le cas en l'espèce.
87. Surtout, l'employeur ne justifie pas les raisons pour lesquelles il n'a pas interrogé d'autres sociétés du groupe, ni les réponses négatives qu'il aurait reçues de ces sociétés. En effet, il convient de relever que le groupe auquel appartient la société Y est implanté dans 12 pays européens, avec 42 sites et plus de 172 000 clients situés dans 19 pays²⁰.
88. Or, la Cour de cassation est venue préciser que l'employeur, qui n'a pas reçu l'ensemble des réponses des sociétés interrogées par ses soins, ne démontre pas en quoi le panel de 64 entreprises nationales qu'il a choisi d'interroger constitue le seul périmètre de l'obligation de reclassement, alors qu'il s'agit d'un groupe comportant 146 sites sur le territoire français et de nombreuses filiales à l'étranger²¹. Il appartient ainsi à l'employeur de justifier le périmètre de la recherche de reclassement.
89. En ce sens, en considérant que « l'employeur fournit aux débats un certain nombre de courriers – pièces n°7.0 à 7.5 identiques à celles communiquées au Défenseur des droits – montrant qu'il a sérieusement et loyalement recherché, au sein de l'entreprise ainsi que du groupe auquel il appartient, la possibilité de reclasser la salariée », le jugement du Conseil de prud'hommes de D peut être critiqué.
90. Dans son courrier du 2 mars 2016, la société fait également valoir qu' « un poste à l'étranger aurait impliqué une parfaite maîtrise de la langue locale, maîtrise dont Madame X ne justifie pas », sans plus de précision quant au pays concerné et à l'absence de compétences linguistiques de Madame X, alors que le curriculum vitae de la réclamante mentionne deux diplômes en langues étrangères et des compétences linguistiques dans quatre langues différentes.
91. Au vu de ces éléments, l'employeur ne justifie pas avoir procédé à des recherches sérieuses et loyales de reclassement au sens des dispositions et de la jurisprudence applicables. Dès

¹⁸ Cass. soc., 30 juin 1988, n°86-40677 ; 7 juillet 2004, n°02-47686 ; 9 juillet 2008, n°07-41318

¹⁹ Cass., soc., 28 octobre 2009, n°08-44253

²⁰ Cf. descriptif disponible sur le site internet du groupe

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

lors, le licenciement prononcé sur le fondement de l'inaptitude de Madame X constitue une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.1133-1 du code du travail et encourt la nullité, par application de l'article L.1132-4 dudit code.

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

- Constate l'existence d'un environnement discriminatoire fondé sur l'origine, au sens de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, créé par les agissements répétés de Monsieur Z et ayant conduit à la dégradation de l'état de santé de Madame X, ce qui justifie sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur ;

Et, à titre subsidiaire :

- Constate que le licenciement de Madame X constitue une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail et encourt ainsi la nullité, conformément à l'article L.1132-4 du même code.

93. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de A.

Jacques TOUBON