

Paris, le 23 juin 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-086

Le Défenseur des droits,

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

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

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

Vu le code du travail ;

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

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité.

Saisi par l'intermédiaire d'une association, d'une réclamation de Monsieur X relative à des difficultés rencontrées dans le cadre de son emploi au sein de la société K située à T, qu'il estime discriminatoires en raison de son origine, de sa religion et/ou de son handicap.

Décide de présenter des observations devant le conseil de prud'hommes de V.

Jacques TOUBON

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

Le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire d'une association, d'une réclamation de Monsieur X relative à des difficultés rencontrées dans le cadre de son emploi au sein de la société K située à T, qu'il estime discriminatoires en raison de son origine, de sa religion et/ou de son handicap.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE :

1. Monsieur X est salarié handicapé, engagé en qualité d'agent qualifié de service par la société SARL K située à T à compter du 9 octobre 2017.
2. Il dénonce avoir fait l'objet, depuis décembre 2017, de propos racistes et de moqueries liées à son handicap de la part de son supérieur hiérarchique, Monsieur A. Ces propos sont corroborés par plusieurs attestations de ses collègues, desquelles il ressort également que Monsieur A dessinerait des croix gammées sur des documents de travail.

La direction de l'entreprise a été alertée lors de la réunion des délégués du personnel et du comité d'entreprise en date du 20 juin 2018. Le procès-verbal indique qu' « *il a été trouvé sur le bureau manager un dessin à caractère raciste et antisémite, le CE a averti la direction, dossier sans suite* ».

3. Monsieur X a été placé en arrêt de travail pour dépression réactionnelle à compter du 27 septembre 2018.
4. Dans un courrier en date du 1^{er} octobre 2018, il informe la direction de l'entreprise de son état dépressif et dénonce des décisions incomprises concernant des véhicules de service et des chantiers, mais aussi le comportement de Monsieur A depuis décembre 2017, ses propos à caractère raciste, les croix gammées, et l'absence de réaction de l'entreprise à la suite de ses alertes.
5. A réception de ce courrier, le directeur des ressources humaines du Groupe K, Monsieur B, le reçoit en entretien le 22 octobre 2018, en présence de Monsieur C, directeur de l'agence de T, Monsieur D, délégué du personnel, et Monsieur E, conseiller du salarié.
6. Une seconde réunion se tient le 11 janvier 2019 à la société K afin de « *faire le point à la demande de M. B sur la situation de M. X qui est en arrêt de travail pour dépression* », en présence de Messieurs B, C, D, E et X.
7. Le 4 mars 2019, Monsieur X saisit le conseil de prud'hommes de V d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail en raison de la discrimination subie. Il alerte également une association luttant contre le racisme et l'antisémitisme.
8. A la suite de deux visites en date des 18 et 23 avril 2019, le médecin du travail déclare Monsieur X inapte avec dispense de l'obligation de reclassement en indiquant que « *l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'entreprise* » conformément aux dispositions de l'article L.4624-24 du code du travail.
9. Monsieur X est licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement par courrier recommandé en date du 21 mai 2019.

ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

10. Le 23 mai 2019, Monsieur X a saisi le Défenseur des droits, par l'intermédiaire d'une association, des difficultés rencontrées dans le cadre de son emploi, qu'il estime discriminatoires en raison de son origine, de sa religion et/ou de son handicap.
11. Le Défenseur des droits a décidé d'engager une enquête auprès de la société K mise en cause, et lui adressait un courrier d'instruction le 17 juin 2019.
12. En l'absence de réponse, un courrier de relance a été envoyé le 18 septembre 2019.
13. La société a répondu au Défenseur des droits par courrier en date du 4 octobre 2019, communiquant un certain nombre d'explications et de pièces.
14. C'est au regard de l'ensemble des éléments recueillis dans le cadre de son enquête contradictoire auprès de la société K que le Défenseur des droits adresse, le 20 janvier 2020, une note récapitulative reprenant son analyse en fait et en droit de la situation de Monsieur X. Par courrier du 28 février 2020, la société répond à la note récapitulative en adressant au Défenseur des droits des pièces complémentaires.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

I - Rappels généraux du droit de la non-discrimination au travail :

15. L'article L.1132-1 du code du travail dispose qu' *« 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, (...) en raison de son origine, (...) de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, (...) de ses convictions religieuses, (...) de son handicap »*.
16. Cet article fait référence à 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 qui définit la discrimination, dans son article 1, comme *« la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine (...), de son handicap (...) de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable »*.
17. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de lutte contre les discriminations, l'article L. 1134-1 du code du travail définit 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 »*.
18. Ainsi, la personne qui s'estime victime de discrimination doit présenter des éléments de nature à mettre en lumière une apparence de discrimination, à créer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination¹.

¹ CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Pamela Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health.

19. 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 séparée².
20. Elle a également jugé que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés³.
21. Au vu des éléments présentés dénonçant une discrimination, il appartient à la partie mise en cause d'apporter la preuve soit que les éléments laissant supposer la discrimination ne sont pas établis, soit que la situation dénoncée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
22. Si la partie mise en cause ne parvient pas à rapporter une telle preuve, la discrimination est établie.
23. Par application de l'article L.1132-4 du code du travail, toute mesure discriminatoire doit être sanctionnée par la nullité.

II - S'agissant des éléments constitutifs de harcèlement discriminatoire en lien avec l'origine, la religion et le handicap du salarié :

➤ En droit :

24. La loi n°2008-496 précitée à laquelle le code du travail fait référence a pour objet de transposer en droit interne un certain nombre de directives communautaires relatives à la non-discrimination, et notamment les directives 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.
25. En vertu de l'article 2 alinéa 3 de la directive 2000/43/CE et de la directive 2000/78 :
« *Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique 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* ».
26. L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 interdit les discriminations fondées sur l'origine, la religion et le handicap, et précise que :
« *La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».
27. Il en résulte que tout agissement 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 et lié à l'un des critères prévus par l'article L.1132-1 du code du travail, tel que l'origine, la religion, et le handicap, constitue une

² Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

³ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067 ; 10 novembre 2009, n°07-42849.

discrimination. Le Défenseur des droits rappelle ainsi régulièrement qu'un harcèlement peut être constitutif d'une discrimination.

28. Dans plusieurs affaires, les juridictions ont retenu l'analyse du Défenseur des droits et qualifié les faits dénoncés de « harcèlement discriminatoire » au visa de l'article L.1132-1 et de la loi du 27 mai 2008⁴.
29. Ainsi, dans un arrêt du 29 janvier 2016, la cour d'appel de Toulouse a relevé que « *les agissements de harcèlement moral dénoncés par Monsieur X font référence à des faits concernant des propos racistes et à une discrimination dans les tâches attribuées en raison de ses origines. Les faits évoqués par l'intimé à l'appui de ses demandes peuvent relever de harcèlement discriminatoire* ». La cour a également relevé que « *les agissements commis sont liés aux origines du salarié et ont porté atteinte à sa dignité* ». La cour a condamné la société à verser plus de 60.000 € de dommages et intérêts au réclamant⁵.
30. Un salarié peut également être victime d'un harcèlement dit « d'ambiance » lorsqu'il a à subir un environnement de travail ponctué d'agissements discriminatoires et qui, à terme, porte atteinte à sa dignité, dégrade ses conditions de travail et son état de santé. Le Défenseur des droits s'est prononcé en ce sens dans sa décision n°2016-212 du 29 juillet 2016. Il a été suivi dans ses observations par la cour d'appel d'Orléans⁶, qui a reconnu l'existence de cette notion de harcèlement d'ambiance ou environnemental, où, sans être directement visée, la victime subit les provocations et blagues discriminatoires qui lui deviennent insupportables.
31. Bien que portant sur une discrimination liée au sexe, le Défenseur des droits considère que cette décision est transposable aux critères de l'origine, de la religion, et du handicap. Ainsi, dans sa décision n°2019-041 du 8 mars 2019, le Défenseur des droits a reconnu l'existence d'un harcèlement d'ambiance discriminatoire en raison de l'origine et/ou des convictions religieuses du salarié. Dans un arrêt du 13 mars 2019, la cour d'appel de Montpellier a également suivi la position du Défenseur des droits sur ce point⁷.
32. Dans un arrêt du 22 septembre 2015, la chambre sociale de la cour de cassation a par ailleurs retenu que l'accumulation de micro agressions créant un environnement hostile portant atteinte à la dignité constituait une discrimination raciale⁸.
33. De plus, la Cour de cassation a estimé qu'une discrimination raciale peut être caractérisée par l'existence de propos racistes émanant de la direction :

« Ayant relevé que la directrice adjointe de la cafeteria avait informé la salariée, laquelle était pourtant " chaudement recommandée " par la direction d'un autre établissement, qu'elle ne pouvait l'engager immédiatement car la directrice lui avait indiqué qu'elle " ne faisait pas confiance aux maghrébines " de sorte qu'elle n'avait pu être recrutée que

⁴ 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 Montpellier, 13 mars 2019, n°15/05129.

⁵ Décision du Défenseur des droits n°MLD-2015-64 et arrêt CA Toulouse du 29 janvier 2016, n°14/00360.

⁶ CA Orléans, 7 février 2017, n°15-02566.

⁷ CA Montpellier, 13 mars 2019, n°15/05129 ; décision du Défenseur des droits n°MLD-2016-176 du 13 juillet 2016.

⁸ Cass. Soc., 22 septembre 2015, n°14-11563.

quinze jours plus tard à la faveur de l'absence de la directrice partie en vacances, la cour d'appel (...) a, par ce seul motif, caractérisé la discrimination raciale »⁹.

34. Les cours d'appel de RENNES, et tout récemment, de PARIS, en matière de discrimination fondée sur l'origine et la religion, ont retenu la qualification de harcèlement discriminatoire caractérisé par un acte unique d'une particulière gravité, portant atteinte à la dignité de la personne visée¹⁰.
35. Le harcèlement discriminatoire peut donc prendre la forme d'agissements répétés, d'un acte unique d'une particulière gravité ou d'un environnement de travail hostile, à l'encontre d'une ou de plusieurs personnes.
36. Le harcèlement discriminatoire est caractérisé dès lors que cet environnement ou ces agissements portent atteinte à la dignité de la ou des personnes et créent pour elle(s) un climat dégradant et humiliant, même si la victime n'est pas spécifiquement visée par les agissements.
37. En tout état de cause, l'atteinte à la dignité humaine est une composante cruciale du harcèlement discriminatoire¹¹.

➤ **S'agissant des éléments de présomption présentés par le réclamant :**

38. Pour le Défenseur des droits, Monsieur X produit des éléments laissant supposer qu'il a été soumis à un environnement de travail hostile, à connotation raciste et antisémite, et qu'il a été l'objet de propos dégradants en lien avec son origine, sa religion et son handicap.
39. En effet, Monsieur X produit plusieurs attestations dont il ressort que Monsieur A, manager, aurait dessiné des croix gammées sur des documents de travail, et qu'il aurait tenu des propos insultants, humiliants et dégradants à son encontre.
40. Ainsi, dans une attestation en date du 6 novembre 2018, Monsieur Z « *Atteste avoir vu, avec Monsieur X une croix gammée sur le bureau du manager Mr A courant mois de janvier [2018], Mr X a donc pris le bon de travaux où avait inscrit la croix gammée pour le montrer à notre directeur Mr C. De cette discussion Mr C a dit à Mr X qu'il s'en occuperait qu'il allait recadrer Mr A. De mon point de vue je ne trouve pas ça très beau ni très respectueux pour un manager de faire des dessins à caractère racial, surtout depuis cette découverte rien n'a changé, des collègues nous ont rapporté qu'il avait dit à propos de Mr X, « ils ont embauché un maçon du bled » ceci est encore une preuve que Mr A attaque gratuitement Mr X. Mr X a demandé au CE de poser la question pour savoir si cela était toléré ou non dans cette entreprise. En vu de réponse de Mr C qui a répondu en réunion que cela serait dossier sans suite. Je trouve cette réponse scandaleuse et j'espère que tous ses actes soient punis car ceci est très grave, plusieurs agents de notre entreprise viennent travailler avec la boule au ventre, est-ce normal ? »*
41. Un autre collègue de Monsieur X, Monsieur W, père de Monsieur Z mentionné ci-dessus, certifie, dans une attestation du 3 décembre 2018 : « *avoir vu sur le bureau de Mr A une*

⁹ Cass, soc, 18 janvier 2012, n°10-16926.

¹⁰ Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-105 et arrêt CA Rennes, 10 décembre 2014 ; Décision du Défenseur des droits n°2019-041 et arrêt CA PARIS 5 décembre 2019 n° RG 17/10760.

¹¹ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de DOUAI précité, 27 octobre 2017, n° 15/03684 après Décision du Défenseur du Défenseur des droits n°MLD-2016-327 en date du 19 décembre 2016.

croix gammée sur un bon de commande la société K et faire des propos racistes et injurieux auprès de Mr X « Maçon du bled » le surnomme « le boiteux » suite à son handicap et de lui faire décompter des heures de prise de café pendant sa pause. J'étais présent pendant les faits et ai même décidé de partir suite à des propos « racial ». Pendant que j'étais en congé il m'a insulté de voleur « un arabe reste un arabe ». La direction est au courant et Mr A n'a pas nié concernant le dessin de la croix gammée. A ce jour je me retrouve au chômage et Mr X est en dépression. Même le comité d'entreprise est avec la direction »

42. Dans une seconde attestation en date du 5 octobre 2019, Monsieur W précise :

« en janvier 2018 nous constatons un dessin de croix gammée sur le bureau de Mr A, suite à cet incident moi-même et Mr X en [avons] fait part à Mr C (Directeur de l'agence de T) et [un membre du DP.CE]. Mr C convoque Mr A et celui-ci avoue avoir fait ce dessin. Suite à cette mésaventure je décide au bout de 25 ans d'ancienneté de demander une rupture conventionnelle car travailler dans ces conditions me mettait hors de moi. Demande de rupture en avril 2018, aucune réponse de la part de la société K. En début juin 2018 j'arrive à avoir un entretien avec le Directeur général et l'informe toutes les anomalies du bureau de T à cause d'une personne (Monsieur A) : dessin de croix gammée, insulte raciale, discriminations en tous genres sur des salariés, etc... Ps : mon désir de partir était principalement à cause de cette personne qui était censée être un collègue de bureau. Il m'a accusé à plusieurs reprises de vol ».

43. Monsieur X produit également un bon de commande sur lequel une croix gammée est griffonnée, ainsi que plusieurs courriers échangés avec son employeur dans lesquels il dénonce expressément les faits. Il produit en outre des comptes rendus d'entretiens au cours desquels les faits dénoncés ont été évoqués.

44. Enfin, il ressort du dossier médical de Monsieur X que ce dernier a été placé en arrêt de travail pour syndrome dépressif réactionnel en raison des faits dénoncés et de l'absence de réaction appropriée de son employeur.

45. Ces éléments, pris dans leur ensemble, constituent des indices laissant supposer que Monsieur X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en lien avec son origine, sa religion et son handicap.

➤ **S'agissant des explications fournies par la société mise en cause :**

46. Dans le cadre de l'enquête du Défenseur des droits, la société mise en cause ne conteste pas avoir eu connaissance des faits dénoncés. Elle affirme que Monsieur X n'en serait pas directement victime, que l'identité de leur auteur n'est pas démontrée, et que les éléments produits par le réclamant ne seraient pas fiables.

47. En effet, s'agissant des insultes, la société mise en cause soutient, dans son courrier au Défenseur des droits, que Monsieur X « ne démontre pas avoir été victime d'insultes de la part du manager en question » puisqu'il n'aurait pas été directement témoin de ces insultes mais qu'elles lui auraient été rapportées par des collègues.

48. Or, il a déjà été jugé que même rapportés par des collègues, de tels propos sont de nature à créer un environnement de travail hostile, humiliant et dégradant¹².

¹² Cour d'appel de Chambéry, 9 janvier 2014, 13/00298

49. S'agissant des croix gammées, la société indique avoir mené des investigations après que Monsieur X en ait fait le signalement aux représentants du personnel.
50. A ce titre, elle fait valoir, dans son courrier au Défenseur des droits, que « *Cependant, à défaut d'élément suffisant permettant d'identifier l'auteur des dites inscriptions et en particulier d'incriminer le manager en question, notre société a raisonnablement clôturé ses investigations, en prenant soin d'informer les représentants du personnel des démarches entreprises. En effet, la société ne disposait d'aucun élément s'agissant de la date des faits ou encore le lieu où ils auraient pu être commis. Par ailleurs, la Société n'a pas été en mesure d'établir un quelconque lien entre cette inscription et Monsieur X* ».
51. Dans son courrier de réponse au Défenseur des droits du 28 février 2020, la société K explique que Monsieur A travaillait en open space, que personne ne l'a vu dessiner les croix gammées, et qu'il est donc impossible de prouver qu'il en est l'auteur.
52. De même, par courrier du 31 octobre 2018, Monsieur B, directeur des ressources humaines, écrit à Monsieur X : « *vous affirmez être victime de propos racistes et déplacés de la part de votre responsable hiérarchique. Il est bien évident que de tels agissements ne peuvent être tolérés, sous réserve d'en établir la preuve au préalable. Pour appuyer ce raisonnement vous expliquez d'une part que celui-ci a dessiné sur son bureau un symbole à caractère raciste (croix gammée) et d'autre part vous faites allusion à des propos dont vous n'avez pas été personnellement témoin mais que des collègues vous ont rapportés* ».
53. Or, il convient de rappeler à la société qu'il n'appartient pas à la victime de discrimination de caractériser la situation mais d'apporter des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination et c'est ensuite à l'employeur de prouver que la situation dénoncée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
54. En outre, le harcèlement d'ambiance peut être caractérisé dans des situations où la victime subit les provocations et blagues discriminatoires qui lui deviennent insupportables, même sans être directement visée.
55. Monsieur B ajoute que « *Sur le dessin évoqué, il ne peut être clairement établi que ce seul fait soit apparenté à de l'apologie d'une idéologie fasciste et encore moins que vous soyez personnellement visé par celui-ci* ».
56. Le Défenseur des droits considère, à cet égard, que des croix gammées dessinées sur le lieu de travail manifestent nécessairement l'idéologie particulièrement haineuse de leur auteur à l'égard de plusieurs religions et des origines.
57. Sur ce point, dans son dernier rapport annuel, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme classe les inscriptions de croix gammées dans la catégorie des actes antisémites, qu'elle distingue des actes racistes. Elle ajoute, concernant l'inscription de croix gammées, que celles-ci constituent la traduction essentielle de « *l'idéologie néo-nazie* »¹³.
58. Similairement, dans sa décision n°2019-041 précitée, le Défenseur des droits a conclu, s'agissant notamment de croix gammées figurant sur les murs des locaux d'une entreprise, à l'existence d'un harcèlement d'ambiance discriminatoire en lien avec l'origine, mais également avec la religion.

¹³ Commission nationale consultative des droits de l'Homme, La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, rapport, année 2018, La documentation française, 2019, pp. 50-51

59. Ainsi, l'attitude de minimisation des faits adoptée par la direction des ressources humaines de la société K, ainsi que son interprétation teintée de mauvaise foi de la signification des croix gammées, a constitué, pour le Défenseur des droits, un élément laissant présumer l'existence d'une discrimination liée à la religion, outre celle liée à l'origine.
60. Le Défenseur des droits souligne à cet égard qu'il est légitimement attendu du directeur des ressources humaines d'une entreprise qu'il n'ignore pas le sens à donner à un symbole tel qu'une croix gammée. Plus généralement, de par ses fonctions, il lui incombe de faire preuve d'une vigilance particulière en matière de lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail, et de remplir les obligations légales pesant sur l'employeur en cas d'alerte émise par un salarié dans ces domaines.
61. Pour ces raisons, le Défenseur des droits considère que le contenu du courrier de la direction des ressources humaines du 31 octobre 2018 est constitutif d'une faute professionnelle caractérisée de la part de son auteur.
62. S'agissant de l'identification de l'auteur des faits dénoncés, les éléments du dossier laissent peu de place au doute.
63. Ainsi, dans le compte rendu de l'entretien du 22 octobre 2018¹⁴, il est inscrit que :
- « M. X se plaint de propos racistes et antisémites (des dessins de croix gammée) de la part d'un manager, Mr A. Il avait demandé à rencontrer le DRH mais quand le DRH est venu le 20 juin 2018 à T il a refusé de le recevoir en lui disant qu'il venait pour la réunion DP/CE et que son problème serait évoqué en réunion. Témoin Mr D. Sur le procès-verbal de cette réunion : la direction a classé l'affaire sans suite. Mr B et Mr D confirment. Mr X : propos racistes et antisémites émis par Mr A : « je ne veux pas du travail de bougnoul, maçon du bled, sale voleur d'arabe, un arabe reste un arabe » il a rigolé de son handicap « le boiteux » et « sale arabe », il dessine des croix gammées. « Mr E demande à la direction ce qu'elle pense du fait que Mr A dessine une croix gammée. MM B et C minimisent les propos de Mr A : « c'est la façon de parler de A, il ne pense pas ce qu'il dit, c'est son vocabulaire habituel » et concernant la croix gammée : ils minimisent encore les faits en justifiant le fait de dessiner sur un coin de feuille durant la réunion. D'abord une simple croix puis des traits posés au hasard. Mr X « plusieurs croix gammées ont été dessinées par Mr A ». Mr B et Mr C ne contestent pas ».*
- (...)*
- D'autre part, Mr C reconnaît avoir déjà dû recadrer Mr A ».*
64. L'identité de Monsieur A comme auteur des faits reprochés est également notée dans le compte rendu de l'entretien du 11 janvier 2019 : *MM B et C répondent : concernant la croix gammée, ce n'est que notre interprétation : c'est le svastika ou swastika, un dessin griffonné sur un coin de feuille, des traits mis au hasard. (...) Mr D (CE) dit qu'il était au courant et confirme avoir entendu certaines phrases émises par Mr A et avoir également entendu des salariés lui rapporter que Mr A avait toujours des propos racistes, antisémites, dégradants et humiliants ».*
65. Ces comptes rendus révèlent également que la direction minimise les actes dénoncés en mettant en doute la perception du réclamant.

¹⁴ Entretien faisant suite au courrier de dénonciation de Monsieur X en date du 1^{er} octobre 2018.

66. À l'appui de sa réponse adressée au Défenseur des droits du 28 février 2020, la société produit une attestation de Monsieur D, délégué du personnel, datée du 21 février 2020, selon laquelle il n'aurait pas été l'auteur des comptes rendus susmentionnés. La société affirme que ceux-ci auraient été rédigés par Monsieur E, conseiller du salarié, qui se serait « *approprié cette tâche* ».
67. Ainsi, si Monsieur D déclare ne pas avoir été l'auteur des comptes rendus, il n'en conteste pas le contenu. Cette nouvelle attestation ne permet donc pas de modifier l'appréciation du Défenseur des droits.
68. Dans le cadre de l'enquête du Défenseur des droits, la société fait également valoir que les attestations produites par Monsieur X, faisant état des croix gammées et des injures, n'ont été produites que dans le cadre du contentieux prud'homal. La société soutient qu'elles sont mensongères, contradictoires et parcellaires.
69. Pour le Défenseur des droits, bien que ces attestations soient imparfaites, il ressort de leur lecture « dans leur ensemble » que le comportement de Monsieur A est susceptible d'avoir créé un climat hostile, à connotation raciste, antisémite et « handiphobe » dont Monsieur X a pu souffrir, même s'il n'en était pas directement témoin et/ou victime.
70. La société mise en cause ajoute que ces attestations seraient « *particulièrement sujettes à caution [puis] que Monsieur X a usé de menaces et de violences à l'encontre des salariés, et potentiellement d'anciens salariés de la société K pour les obtenir. Plusieurs salariés ont attesté à ce sujet et ont été véritablement choqués du comportement de Monsieur X* ».
71. Dans le cadre de sa réponse au Défenseur des droits du 28 février 2020, la société produit deux attestations d'un manager, aux termes desquelles Monsieur X lui aurait « *proposé à plusieurs reprises de l'argent pour attendre Monsieur A (...) pour lui casser la gueule* » et serait « *venu [le] menacer que les personnes qui ont fait une attestation contre lui seraient mortes, que ça allait finir mal et qu'il se salirait pas les mains lui-même* ».
72. L'existence de telles menaces, si elle était avérée, pourrait faire l'objet d'une qualification pénale. Toutefois, le Défenseur des droits ne se prononce, dans le cadre de l'article 4 alinéa 3 de la loi organique, que sur les agissements de discrimination portés à sa connaissance et ne saurait se substituer aux autorités de poursuite pénale en cas d'infraction tombant hors de son champ de compétence.
73. De plus, les accusations de ce manager portent sur le comportement qu'aurait adopté le réclamant en réaction à la production d'attestations par la société K. Ces accusations ne remettent donc pas en cause la matérialité des faits initialement dénoncés par Monsieur X.
74. Par ailleurs, le Défenseur des droits souligne que la société mise en cause a tenu à l'informer, dans son courrier du 4 octobre 2019, du fait que « *peu de temps avant sa déclaration d'inaptitude et alors qu'il était en arrêt de travail depuis plusieurs mois, Monsieur X travaillait pour son propre compte, sur les chantiers à V, son lieu habituel d'activité pour le compte de la société K. Non seulement ces faits ont été observés et*

attestés par ces propres collègues mais également ont fait l'objet d'un courrier de la part de l'inspecteur du travail le 18 mars 2019 dont la société a été rendue destinataire ».

75. Le 28 février 2020, la société transmet au Défenseur des droits ce courrier de l'inspection du travail ainsi qu'une attestation d'un chef d'équipe, qui aurait aperçu le réclamant travailler à son compte le 5 mars 2019.
76. Là encore, le fait que Monsieur X aurait travaillé à son compte pendant son arrêt de travail pour maladie relève des infractions à la législation sur la sécurité sociale et est en dehors de la compétence du Défenseur des droits. Au demeurant, s'il était avéré, ce fait serait sans influence sur l'existence des agissements discriminatoires initialement dénoncés.
77. La société fait également valoir que l'attestation de Monsieur W serait mensongère car motivée par le licenciement pour faute grave de son fils, Monsieur Z, également salarié de l'entreprise.
78. Toutefois, même dans cette hypothèse, l'attestation de Monsieur Z, rédigée quant à elle bien avant son propre licenciement, demeure crédible.
79. Enfin, la société produit deux attestations identiques du 2 septembre 2019 d'un ouvrier qualifié, et du chef d'équipe, selon lesquelles le réclamant se nommait lui-même « *maçon du bled* ».
80. Or, le fait qu'un salarié utilise à son propre égard une telle expression ne justifie en rien que celle-ci soit reprise par sa hiérarchie.
81. Le Défenseur des droits relève en outre que la société mise en cause s'attache à défendre la crédibilité de Monsieur A, dont elle précise qu'il a « *près de 20 ans d'ancienneté dans l'entreprise sans aucun incident* » et qu'il « *souffre énormément de cette situation* ».
82. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère d'une part, que Monsieur X présente suffisamment d'éléments permettant de supposer que le comportement de Monsieur A a créé pour lui un environnement de travail hostile, en lien avec son origine, sa religion et son handicap, ce qui caractérise un harcèlement discriminatoire au sens de la loi du 27 mai 2008, et d'autre part, que la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que ce comportement est étranger à toute discrimination.

III - S'agissant du manquement de l'employeur à son obligation de protéger la santé des salariés :

83. Il convient de rappeler qu'en vertu des articles L.4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur est tenu, en matière de harcèlement, d'une obligation de sécurité en vertu de laquelle il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés.
84. L'employeur ne peut s'exonérer de cette obligation de protection que « *s'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail* »¹⁵, à savoir, tant des mesures de prévention contre toute situation de harcèlement, que

¹⁵ Cass. soc. 25 novembre 2015, « Air France », n°14-24444.

des mesures de réaction en cas de harcèlement (enquête impartiale, sanctions appropriées..).

85. Dans un arrêt du 5 décembre 2019, la Cour d'appel de Paris a considéré que le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, tiré de son absence de réaction appropriée à la suite d'un signalement de discrimination, constitue à lui seul un élément laissant présumer l'existence d'une discrimination¹⁶.
86. En l'espèce, la société K mise en cause ne fournit ni la preuve que toutes les mesures de prévention qui auraient permis d'éviter la dégradation de l'état de santé du réclamant ont été prises, ni la preuve d'avoir adopté les mesures appropriées à la situation à la suite des dénonciations du harcèlement subi.
87. En effet, au vu des éléments du dossier, il ne peut être contesté que la société mise en cause était informée des éléments dénoncés par Monsieur X au plus tard en juin 2018 (date à laquelle le sujet est noté dans le compte-rendu de la réunion DP/CE), soit plusieurs mois avant son placement en arrêt de travail.
88. Plus spécifiquement, il ressort des attestations produites par Monsieur X que la direction a été alerté des croix gammées dès le mois de janvier 2018, mais qu'elle a décidé, après examen, de ne pas sanctionner l'auteur des faits.
89. En effet, il ressort du procès-verbal de la réunion DP/CE du 20 juin 2018, au cours de laquelle étaient présents Messieurs C, B et D que : *« il a été trouvé sur le bureau manager un dessin à caractère raciste et antisémite. Le CE a averti la direction, dossier sans suite »*¹⁷.
90. Par suite, le réclamant réitère ses dénonciations dans son courrier à la direction en date du 1^{er} octobre 2018, tout en précisant *« que ce jour je suis en arrêt de travail ayant vu la psychologue du travail et le médecin du travail, mon médecin m'a mis en arrêt pour dépression »* en raison du comportement de Monsieur A depuis décembre 2017, ses propos à caractère raciste, les croix gammées, et de l'absence de réaction de l'entreprise.
91. La société mise en cause ne conteste pas avoir été alertée, mais n'apporte pas la preuve d'avoir réagi à ces alertes.
92. Ainsi, lors de la réunion du 11 janvier 2019 *« Mr E demande si une enquête a été menée par la direction. MM B et C répondent que oui mais aucune attestation de propos raciste, antisémite, dégradant, humiliant.. ne leur ont été adressées »*.
93. Or, le Défenseur des droits souligne que la société mise en cause n'a pas fait état de cette prétendue enquête auprès de lui, et qu'elle n'a fourni aucun élément s'y rapportant.
94. Du reste, il ressort du compte-rendu de l'entretien du 22 octobre 2018¹⁸ que : *« Mr X revient sur les propos racistes et antisémites, ainsi que sur les demandes de rendez-vous avec le DRH. De nombreuses fois les salariés ont écrit des questions dont certaines sur les propos utilisés par Mr A dans le cahier DP/CE et les sujets n'ont jamais été*

¹⁶ Arrêt CA PARIS 5 décembre 2019 n° RG 17/10760.

¹⁷ Point 11 du compte rendu de la réunion CE du 20 juin 2018.

¹⁸ Entretien faisant suite au courrier de Monsieur X du 1^{er} octobre 2018, en présence de Messieurs X, B, C, D et E.

évoqués. Mr C nous informe que régulièrement des pages du cahier questions DP/CE sont arrachées « j'ai effectivement déjà feuilleté ce cahier, il y avait bien des questions, mais lors de la remise du cahier aux délégués, des pages étaient arrachées...et cela à plusieurs reprises ». Mr E demande à MM B et C de mettre en place une boîte aux lettres fermant à clef pour les questions DE/CE ».

95. Aussi, l'absence de réaction à la suite des dénonciations est de nature à caractériser un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.
96. Par suite, et en l'absence de réaction de son employeur, Monsieur X a été placé en arrêt de travail pour syndrome dépressif réactionnel sévère puis déclaré inapte à tout poste dans l'entreprise.
97. Dans sa réponse au Défenseur des droits du 28 février 2020, la société indique avoir « toujours été à l'écoute » du réclamant et produit à ce titre un courrier du 15 novembre 2018 qui lui aurait été adressé.
98. Toutefois, ce courrier ne démontre aucunement la mise en œuvre par la société de son obligation de sécurité.
99. En effet, il ne s'agit nullement d'une démarche initiée par la société mais d'une réponse aux sollicitations du réclamant et de son conseiller, Monsieur E. En outre, le courrier prend expressément parti contre Monsieur X en lui indiquant qu'il ne fait que rapporter des propos, en lui rappelant la définition du terme « témoin » et en le remerciant de « vérifier [ses] connaissances sur la législation du travail ». Enfin, la société invite le réclamant à revenir vers elle pour fixer un rendez-vous, sans en prendre elle-même l'initiative.
100. Enfin, si la société mise en cause conteste l'origine professionnelle de l'inaptitude du réclamant, il convient d'y opposer l'entier dossier médical de ce dernier, dont il ressort que seules les difficultés rencontrées sur son lieu de travail sont à l'origine de son arrêt de travail puis de son inaptitude à tout poste dans l'entreprise avec impossibilité de reclassement.
101. Dans sa correspondance du 28 février 2020 adressée au Défenseur des droits, la société explique ne pas avoir été alertée par Monsieur X d'une quelconque origine professionnelle de ses arrêts de travail, « hormis l'inscription de l'incident antisémite ». La société reconnaît donc la possibilité d'un lien entre cet évènement et l'état de santé du réclamant.
102. La société explique encore que l'inaptitude ne serait pas d'origine professionnelle dès lors que Monsieur X aurait été surpris en train de travailler à son propre compte.
103. Or, il convient de rappeler qu'un avis d'inaptitude constate l'impossibilité pour le salarié de poursuivre l'exécution de ses missions avec un employeur donné. Par conséquent, l'inaptitude n'est pas contradictoire avec l'exercice du même métier à son propre compte.
104. Ainsi, il apparaît que les faits de harcèlement discriminatoire subis ont eu des conséquences graves sur l'état de santé du réclamant, impactant directement sa situation professionnelle en entraînant irrémédiablement son licenciement.

105. Aussi, au vu de l'ensemble des éléments du dossier, il apparaît que la dégradation de son état de santé ayant conduit à son inaptitude trouve son origine dans les faits de discrimination et de harcèlement discriminatoire subis.
106. Par conséquent, le Défenseur des droits considère que la responsabilité de la société mise en cause pour manquement à son obligation de sécurité en matière de protection de la santé de son salarié est engagée.

IV - S'agissant du manquement de l'employeur à son obligation de prendre toutes les mesures afin d'assurer le maintien dans l'emploi d'un travailleur handicapé :

107. L'article L.1132-1 du code du travail prévoit qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement et qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de son handicap.
108. Tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul, conformément à l'article L. 1132-4 du code du travail.
109. Le Défenseur des droits entend rappeler que la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, et notamment toute violation 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 au 1° [travailleurs reconnus handicapés] (...) de l'article L. 5212-13 (...) 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 place ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peut 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 ».*
110. En vertu de cet article, pèse sur l'employeur une obligation de prendre un certain nombre de mesures 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 individu 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.
111. La directive n° 2000/78 précitée, dont l'article L. 5213-6 du code du travail réalise la transposition en droit interne, prévoit en effet que l'obligation d'aménagement raisonnable est une obligation de faire corollaire au principe de non-discrimination. Les personnes handicapées sont en effet, du fait de l'interaction entre les déficiences dont elles sont atteintes et diverses barrières, dans une situation différente de celle des personnes non handicapées pour accomplir leurs missions. Il revient donc à l'employeur de mettre en place des aménagements spécifiques afin de rétablir une égalité entre les salariés au regard des conditions dans lesquelles ils accomplissent leurs missions.

112. C'est la raison pour laquelle l'article L. 1133-4 du code du travail dispose expressément que ces aménagements ne constituent pas une discrimination, mais sont au contraire indispensables pour assurer l'égalité de traitement des travailleurs handicapés.
113. En application de l'aménagement de la charge de la preuve prévu en matière de discrimination,¹⁹ et de l'article L.5213-6 du code du travail, si un salarié présente des éléments de fait laissant supposer qu'il a fait l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de son handicap, il incombera à la société mise en cause d'apporter la preuve qu'elle a pris les mesures appropriées visant, par exemple, le maintien dans l'emploi du travailleur handicapé, ou qu'elle n'a pas pu prendre ces mesures car leur mise en œuvre aurait constitué une charge disproportionnée. Cette charge sera appréciée *in concreto*, en tenant compte notamment des moyens de l'entreprise et des aides qu'elle aurait pu percevoir.
114. Dans une décision du 8 janvier 2015, le Défenseur des droits a considéré comme étant discriminatoire une rupture de contrat de travail au cours de la période d'essai d'un salarié handicapé après que l'employeur n'avait pas mis en œuvre les aménagements qui auraient permis son maintien dans l'emploi²⁰.
115. En vertu de l'ensemble de ces dispositions, il appartient à l'employeur de démontrer soit qu'il a mis en œuvre toutes les mesures visant le maintien d'un salarié handicapé dans l'emploi, soit que la mise en œuvre de ces mesures aurait constitué une charge disproportionnée pour lui, en dépit des aides financières dont il pouvait bénéficier.
116. À défaut, le fait de ne pas les mettre en place pourra être considéré comme une discrimination fondée sur le handicap du salarié et la mesure discriminatoire dénoncée pourra être frappée de nullité.
117. En l'espèce, il n'est pas contesté que la société K avait connaissance du handicap de Monsieur X. Ainsi, les dispositions spécifiques en faveur des salariés handicapés s'appliquent à la relation de travail.
118. Dès lors, il appartient à la société mise en cause d'apporter la preuve qu'elle a adopté toutes les mesures qui auraient permis le maintien de Monsieur X dans son emploi.
119. A ce titre, l'absence de sérieux dans la prise en compte de sa dénonciation du harcèlement subi, dans la mesure où cette absence a conduit à l'inaptitude du salarié à tout poste dans l'entreprise, pourrait caractériser le manquement de l'employeur à son obligation de maintien dans l'emploi d'un salarié handicapé.
120. De plus, il ressort du compte rendu de la réunion du 11 janvier 2019 organisée à la demande de Monsieur B afin de faire le point sur la situation de Monsieur X, alors en arrêt de travail depuis plusieurs mois, que
« Mr B propose une rupture du contrat de travail ou une rupture conventionnelle. (...) Mr D demande à la direction s'il n'y aurait pas la possibilité de muter Mr A [dans une autre ville] par exemple. MM B et C répondent sans hésiter : non.

¹⁹ Article L1134-1 du code du travail précité : « le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (...). 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 ».

²⁰ Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-223 du 8 janvier 2015

Mr B dit qu'il peut muter Mr X [dans une autre ville], son contrat a une clause de mobilité ! Faites-moi une proposition, si c'est un an de salaire ma réponse est non et nous nous retrouverons au Prud'homme. Vous savez M. E comment ça va se dérouler : pas de conciliation, remise des pièces le dernier jour afin d'obtenir un report, retarder au maximum le jugement. Cela prendra au moins un an de procédure et si nous faisons appel nous sommes partis pour une durée totale de 3 à 4 ans ».

121. Cet échange, qui rappelle le parti pris de la société mise en cause au profit de Monsieur A, démontre le manquement de l'entreprise à son obligation de maintenir Monsieur X dans son emploi.
122. Dans son courrier adressé au Défenseur des droits le 28 février 2020, la société souligne avoir embauché plus de salariés handicapés que le requiert la législation. Si tel est le cas, le Défenseur des droits salue ce bilan présenté par la société K. Toutefois, cela est sans influence sur l'obligation distincte consistant à maintenir le réclamant dans son emploi.

V - S'agissant des conséquences des manquements et discriminations constatées :

➤ La rupture du contrat encourt la nullité :

123. 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 justifiée²¹.
124. La Cour de cassation considère que des faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire du contrat de travail²².
125. 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 discrimination aux termes de l'article L.1132-4 du code du travail, la résiliation judiciaire doit emporter les effets d'un licenciement nul²³.
126. Cette analyse est régulièrement retenue par les juridictions²⁴.
127. En l'espèce, Monsieur X a saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail le 4 mars 2019, c'est-à-dire avant de se voir licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 21 mai 2019.
128. Pour le Défenseur des droits, les faits de discrimination et de harcèlement discriminatoire subis par Monsieur X ayant entraîné une dégradation de son état de santé justifient le prononcé, par le Conseil de prud'hommes saisi du litige, de la résiliation judiciaire de son

²¹ Cass. soc., 7 février 2007, n°06-40250 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n°10-21690.

²² Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-12995.

²³ 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.

²⁴ Voir notamment : Décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-96 du 17 mai 2013 et jugement du conseil de prud'hommes de Paris, 28 octobre 2014, RG n°12/04178 : résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur ayant les effets d'un licenciement nul en raison du harcèlement et de la discrimination ; Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-224 du 9 janvier 2015 et arrêt de la cour d'appel de Paris, 3 novembre 2015, n°14/07580 : résiliation judiciaire du contrat de travail produisant les effets d'un licenciement nul avec 160.000€ de dommages et intérêts au titre de la nullité de la rupture ; Cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE, 9 février 2018, RG n°17/05013.

contrat de travail aux torts exclusifs de son employeur et ayant les effets d'un licenciement nul.

129. Le Défenseur des droits indique doré et déjà que si le Conseil de prud'hommes ne retenait pas cette analyse, il pourrait néanmoins décider que le licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement de Monsieur X encourt la nullité.
130. En effet, l'article L.1133-3 du code du travail prévoit une exception au principe de non-discrimination en cas d'inaptitude prononcée par le médecin du travail : « *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* ».
131. Toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que lorsque l'inaptitude du salarié fait suite à des faits de harcèlement moral subis par ce dernier, la nullité de son licenciement doit être prononcée²⁵.
132. La même solution doit *a fortiori* être retenue s'agissant d'une discrimination, celle-ci étant également sanctionnée par la nullité.
133. En l'espèce, tous les éléments du dossier permettent de conclure que l'inaptitude de Monsieur X à tout poste dans la société trouve son origine dans les faits de harcèlement discriminatoire subis.
134. Par conséquent, et par application de l'article L.1132-4 du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation, son licenciement pour impossibilité de reclassement encourt la nullité.

➤ **Les conséquences indemnitaires :**

135. Lorsque la rupture du contrat de travail est annulée et que le salarié ne demande pas sa réintégration, ce dernier a droit à l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice de préavis et aux congés payés afférents²⁶, ainsi qu'à une indemnité « *réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement* » conformément à l'article L.1134-5 alinéa 3 du code du travail, et au moins égale à celle prévue à l'article L.1235-3 du code du travail soit une indemnité au moins égale à 6 mois de salaire.
136. Si le salarié demande sa réintégration, l'employeur est en principe condamné à lui verser le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre la rupture du contrat et sa réintégration dans l'entreprise, déduction faite des éventuels revenus de remplacement.
137. Toutefois, depuis 2006, la Cour de cassation développe une jurisprudence selon laquelle, lorsque la rupture porte atteinte aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis au salarié, les éventuels revenus de remplacement perçus par ce dernier ne sont pas déduits du montant de la condamnation de l'employeur²⁷.
138. La Cour de cassation l'a rappelé, dans un arrêt du 29 janvier 2020, s'agissant d'un licenciement discriminatoire en lien avec l'état de grossesse d'une salariée. La Cour a

²⁵ Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-44.082 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994, Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-16.515, 20 juin 2013, n°10-20.507, Cass. soc., 18 mars 2014, n° 13-11.174

²⁶ Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.265

²⁷ Cass. Soc., 2 février 2006, n°03-47.481 ; Cass. Soc., 25 novembre 2015, n°14-20.527 ; Cass. Soc., 9 juillet 2014, n°13-16.434, n°13-16.805 ; Cass. Soc., 21 novembre 2018, n°17-11.122

considéré qu'une telle discrimination constituait une violation du principe d'égalité entre les femmes et les hommes garanti par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, justifiant ainsi que les revenus de remplacement ne soient pas déduits de la condamnation de l'employeur²⁸.

139. Dans la continuité de cette jurisprudence, le Défenseur des droits rappelle que l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 assure « *l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Dès lors, le Défenseur des droits considère qu'une rupture du contrat de travail discriminatoire en raison de l'origine et de la religion constitue une atteinte aux droits fondamentaux constitutionnellement garantis au salarié.
140. Similairement, s'agissant de la discrimination fondée sur le handicap, le Défenseur des droits considère qu'elle caractérise une atteinte au droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. La Cour de cassation en a jugé ainsi, dans un arrêt du 29 mai 2013, s'agissant d'une discrimination liée à l'état de santé²⁹.
141. Par conséquent, le Défenseur des droits est d'avis qu'en cas de demande de réintégration, les éventuels revenus de remplacement perçus par Monsieur X ne soient pas déduits du montant de la condamnation de la société K.
142. Au vu de ce qui précède, et après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, le Défenseur des droits considère que :
- Monsieur X a été victime d'un environnement professionnel constitutif d'un harcèlement discriminatoire en raison de l'origine, de la religion et du handicap ;
 - La société K a manqué à son obligation de sécurité ainsi qu'à son obligation de maintien dans l'emploi de Monsieur X, salarié handicapé.
143. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du conseil de prud'hommes de V et souhaite soumettre à l'appréciation de la juridiction de jugement.

Jacques TOUBON

²⁸ Cass. Soc., 29 janvier 2020, n°18-21862

²⁹ Cass. Soc., 29 mai 2013, n°11-28.734