

Paris, le 12 mai 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-123

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 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de 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 ;

Vu le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à des faits de discrimination,

Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z.

Jacques TOUBON

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

I. SAISINE ET ENQUÊTE :

1. Le 21 janvier 2013, le Défenseur des droits a été saisi par M. X d'une réclamation relative à des faits de discrimination à raison de son handicap.
2. Au vu des éléments présentés par le réclamant, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, sollicité, par courrier du 19 décembre 2013, la société Y mise en cause afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces. La société y a répondu par courrier du 28 janvier 2014.
3. Après analyse des éléments de réponse de la société, le Défenseur des droits lui a adressé, par courrier du 14 février 2014, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination à raison du handicap et l'a invitée à présenter tout élément et document utile. La société a apporté ses explications par courrier du 18 mars 2014.
4. Au vu des éléments recueillis au cours de l'enquête, le Défenseur des droits a considéré qu'il existait en réalité une présomption de discrimination à raison des activités syndicales du réclamant et a adressé une nouvelle note récapitulative en demandant à la société Y de présenter ses observations. Cette dernière y a répondu, par courrier du 9 avril 2015, en communiquant des éléments complémentaires.

II. CADRE JURIDIQUE :

5. Les mesures discriminatoires prises à l'égard des salariés au motif de leurs activités syndicales sont sanctionnées par deux types de dispositions : les textes d'ordre général interdisant les discriminations et les textes spécifiques visant les seules discriminations syndicales.
6. S'agissant des dispositions générales d'interdiction des discriminations, l'article L.1132-1 du code du travail dispose : « *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, notamment en matière de rémunération (...), en raison de (...) ses activités syndicales* ».
7. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précise que « *tout agissement subi par une personne sur le fondement d'un critère prohibé 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* »¹.
8. L'objet de cette loi était de compléter la transposition de textes communautaires, notamment en ce qui concerne l'assimilation du harcèlement fondé sur un motif prohibé à une discrimination. En effet, la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dans son article 2, prévoit :

« 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

¹ Il est à noter que si le critère des activités syndicales n'est pas visé par la loi du 27 mai 2008, l'article L.1132-1 du code du travail, qui la consacre, vise, quant à lui, ce critère

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 ».

9. Par l'effet combiné de ces dispositions, les agissements d'un employeur qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'un salarié ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, constituent un harcèlement discriminatoire dès lors qu'ils sont fondés sur un critère de discrimination tel que les activités syndicales.
10. Récemment, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations, le Conseil de prud'hommes de MONTPELLIER a retenu cette analyse concernant un harcèlement fondé sur les activités syndicales du salarié concerné (*CPH MONTPELLIER, 3 novembre 2014, n°F13/01185 après Décision MLD/2014-38 du Défenseur des droits*).
11. S'agissant des dispositions spécifiques à la discrimination syndicale, l'article L.2141-5 du code du travail dispose : « *il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment (...) de conduite et de répartition du travail (...), de rémunération (...), de mesures de discipline et de rupture de contrat de travail (...)* ».
12. L'article L.2141-8 précise que « *les dispositions des articles L.2141-5 à L.2141-7 sont d'ordre public. Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts* ».
13. Il convient de souligner que l'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
14. S'agissant du régime probatoire, l'article L.1134-1 définit, quant à lui, le principe de l'aménagement de la charge de la preuve. En vertu de ce principe, le salarié doit présenter des éléments de faits 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.
15. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale (*Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067*). Récemment, elle a considéré qu'au nombre de ces éléments, pouvait figurer un rapport établi par un inspecteur du travail (*Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-27261*).

III. ANALYSE JURIDIQUE :

➤ Sur les éléments de fait présentés par M. X :

16. En l'espèce, M. X est embauché, en 1992, dans le cadre d'un CDD puis d'un CDI, par la société Y - fournisseur leader d'ascenseurs, d'escaliers mécaniques et des services afférents - en qualité d'opérateur télésurveillance. Depuis 2000, il occupe le poste de téléacteur senior.
17. Par avis du 2 mars 2007, le médecin du travail préconise qu'il puisse se déplacer régulièrement aux toilettes pour raison médicale. Postérieurement à cet avis, il rencontre des difficultés avec son employeur concernant ses temps de pause².
18. Le 17 mai 2007, il est victime d'un accident du travail (chute avec luxation du coccyx).
19. En septembre 2007, il est élu suppléant de la délégation unique du personnel et membre du CHSCT.

² Déclaration d'accident du travail du 04/06/2007 faisant état d'un « harcèlement » de la part de son chef d'exploitation

20. En mars 2008, le médecin du travail préconise un siège ergonomique adapté et intervient auprès de l'employeur concernant un incident relatif à ses temps de pause³.
21. À la même période et en sa qualité de membre du CHSCT, il participe à la désignation d'un expert qui conclura à l'existence de risques psychosociaux au sein de l'entreprise.
22. Après plusieurs mois d'absence pour maladie, le 7 septembre 2009, il reprend ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique puis se voit reconnaître la qualité de travailleur handicapé.
23. Il rencontre de nouvelles difficultés avec son employeur concernant l'exercice de ses mandats⁴, leur compatibilité avec son mi-temps thérapeutique⁵, le paiement d'heures de délégation, le décompte de ses absences⁶ et la suppression de 5 jours de congés payés⁷.
24. Le médecin du travail renouvelle, à plusieurs reprises, ses précédentes recommandations⁸, qu'il maintient lors de sa reprise à temps plein au mois de juillet 2010. Le médecin recommande également qu'un téléphone sans fil lui soit fourni afin de lui permettre de se lever plus fréquemment sans interrompre son activité professionnelle⁹. Les difficultés relatives à ses temps de pause perdurent néanmoins¹⁰.
25. Le réclamant fait valoir, à plusieurs reprises, que ces difficultés concernant l'aménagement de son poste sont en lien avec les faits de harcèlement et discrimination qu'il estime subir à raison de ses activités syndicales¹¹.
26. Il invoque également une stagnation de sa rémunération depuis ses mandats¹². Ses bulletins de paie¹³ confirment qu'à compter de 2008, il se voit attribuer des augmentations de salaire moins importantes voire minimales (+8,5 euros en 2009 et +9,5 euros en 2010).
27. Début 2011, une procédure de licenciement est engagée à son encontre. Lors de la consultation du comité d'entreprise, il fait valoir que la société cherche à se séparer de lui en raison de son rôle actif de représentant du personnel¹⁴. Le CE émet un avis défavorable à son licenciement.
28. La société sollicite auprès de l'inspection du travail l'autorisation de le licencier pour faute grave. Il lui est reproché d'avoir, le 21 novembre 2010, chargé dans son véhicule un meuble de bureau - un classeur de type « range documents » - usagé appartenant à l'entreprise, sans accord préalable de sa hiérarchie.

³ Avis du 14/03/2008 et courriel du 28/03/2008

⁴ Courriel du 9/10/2009 de Mme W, représentante du personnel, concernant un incident survenu la veille relatif à l'intervention de M. X en tant que membre du CHSCT dans une procédure de danger grave et imminent ; page 5 du compte-rendu d'entretien annuel 2011 dans lequel il demande à l'employeur de ne pas « mélanger » l'exercice de ses mandats et son implication sur le plan professionnel

⁵ Échanges de courriels de janvier 2010 concernant une demande d'aménagement d'horaire refusée par l'employeur

⁶ Courriels des 28/10/2009, 24/08/2010 - invoque une discrimination - et 24/12/2010 ; ordonnance de référé du 16 avril 2010 du CPH de Z condamnant la société à un rappel de salaire pour la journée du 14/12/2009

⁷ Courrier du 2/10/2009 à l'inspection du travail, courriel du 28/10/2009 à l'employeur, échanges de courriels de 2011, courrier du 11/10/2012 par lequel l'inspection du travail intervient auprès de l'employeur

⁸ Avis du 28/08/2009, avis et courrier à l'employeur du 20/07/2010, avis du 20/11/2011, courrier du 23/01/2012

⁹ Courrier du médecin du travail du 20 février 2010

¹⁰ Échanges avec l'employeur sur le dépassement de ses temps de pause, courriel au médecin du travail, entretiens mensuels d'août et novembre 2010, de septembre 2011 et de mars 2012

¹¹ Courriel à l'employeur du 24/08/2010, courriel à la DIRECCTE du 20/07/2011, courriel au médecin du travail du 02/04/2012, courrier à l'inspecteur du travail du 19 juin 2012

¹² Entretien mensuel du 7 juin 2008, courrier au PDG du 16 juillet 2008, entretien mensuel du 31 août 2011, courriel du 25 août 2012 à M. A, entretien mensuel du 30 août 2012

¹³ Des mois de décembre des années 2001 à 2012

¹⁴ Page 5 du PV de la réunion du CE

29. Par décision du 11 avril 2011, l'inspecteur refuse cette autorisation, considérant que les faits qui lui sont reprochés ne peuvent être considérés comme fautifs et qu'il existe un lien entre la demande de l'employeur et l'exercice de ses mandats¹⁵.
30. Les certificats médicaux produits par le réclamant laissent apparaître, à compter de cette période, une dégradation de son état de santé en lien avec son activité professionnelle.
31. Les 17 avril et 14 mai 2012, il se voit notifier deux avertissements pour des faits identiques – le traitement d'un appel d'usager bloqué dans une cabine d'ascenseur – en méconnaissance de la règle *non bis in idem* en vertu de laquelle l'employeur ne peut sanctionner deux fois un salarié pour les mêmes faits (*Cass. soc., 16 mai 2000, n°98-42039*). Ces avertissements coïncident avec la fin de son statut protecteur en tant que représentant du personnel¹⁶.
32. Parallèlement, un nouveau logiciel « ICCS » mis en place par la société aurait compromis l'aménagement de son poste de travail¹⁷ et son téléphone sans fil aurait été supprimé par l'employeur, obligeant le médecin du travail à rappeler la préconisation le 26 octobre 2012.
33. Fin 2012, une nouvelle procédure disciplinaire est engagée à son encontre et par lettre recommandée du 4 janvier 2013, son licenciement pour insuffisance professionnelle lui est notifié pour « *la non-atteinte continue de vos objectifs de productivité* » sauf en février 2012, « *la non-gestion d'une personne bloquée qui avait fait l'objet d'un avertissement le 17 avril 2012* » et des « *dépassements de temps de pause en novembre dernier, ainsi qu'au cours des deux premiers trimestres 2012* ». Des faits datant de sa période de protection lui sont donc reprochés et l'employeur méconnaît une nouvelle fois la règle *non bis in idem*.
34. Le réclamant conteste son licenciement¹⁸ en expliquant que la non-réalisation de ses objectifs est liée au fait qu'il travaille en horaires décalés (soirs, week-end et jours fériés), à une baisse de productivité générale et à l'absence d'aménagement de son poste de travail depuis l'installation du nouveau logiciel¹⁹. Concernant la non-gestion d'une personne bloquée, il rappelle qu'il a déjà été sanctionné et concernant les dépassements de ses temps de pause, il précise les avoir régularisés par mails auprès de ses supérieurs²⁰ et souligne qu'il était en arrêt maladie en janvier et avril 2012.
35. Lors de son entretien préalable, le directeur de la société, M. A, aurait admis qu'il ne pouvait pas lui reprocher de ne pas remplir des objectifs non atteints par la moyenne de ses collègues²¹. Le réclamant produit l'attestation d'un salarié indiquant qu'il n'était pas le seul collaborateur à ne pas atteindre l'objectif d'une moyenne de 24 appels par heure depuis l'installation du nouveau logiciel.
36. Ces éléments de fait, pris dans leur ensemble, laissent supposer que le rôle actif de M. X, en sa qualité de représentant du personnel et plus particulièrement de membre du CHSCT, n'est pas étranger aux décisions prises par l'employeur en matière de conduite et de répartition du travail, de rémunération, de mesures de discipline et de rupture de contrat de travail, au sens de l'article L.2141-5 du code du travail.

¹⁵ « *Considérant qu'il ressort de l'enquête que M. X exerce ses mandats de manière active ; Considérant notamment que M. X a, en tant que membre du CHSCT, participé à la désignation par cette institution d'un expert dans le cadre de la prévention des risques psychosociaux (...)* ».

¹⁶ Fin des mandats en septembre 2011 puis protection de 6 mois jusqu'en mars 2012

¹⁷ Lors de son entretien mensuel du 30/08/2012, il souligne que « *la gestion sur ICCS est trop longue et trop dure* »

¹⁸ Courrier de contestation du 21 janvier 2013

¹⁹ « *Je suis assis sur un coussin ergonomique me rehaussant de 10cm et mes jambes coïncent sous le bureau (...)* De plus, j'avais un casque sans fil (...) qui faisait des décrochages automatiques ce qui me permettait de travailler debout»

²⁰ Courriels à ses supérieurs hiérarchiques des 2 octobre, 20 et 21 novembre 2012

²¹ Cf. compte-rendu produit par le salarié

37. En effet, à compter de ses mandats, il a rencontré plusieurs difficultés avec son employeur concernant l'exercice de ses activités syndicales et l'aménagement de son poste de travail. Alors qu'il n'avait jamais fait l'objet de sanction, une procédure de licenciement est engagée à son encontre et rejetée par l'inspection du travail qui souligne un lien avec ses mandats.
38. Puis, à l'expiration de ses mandats, il se voit notifier deux avertissements pour les mêmes faits et une nouvelle procédure de licenciement est engagée à son encontre, ce qui laisse présumer que la société a attendu la fin de ses mandats pour décider de le licencier, sans avoir à solliciter l'autorisation de l'inspection du travail.
39. Il convient de souligner que le critère des activités syndicales n'est pas nécessairement lié à l'exercice effectif d'un mandat, la discrimination syndicale ne résultant pas de la seule atteinte portée aux conditions d'exercice du mandat (*Cass. soc., 17 octobre 2006, n°05-40393*). En ce sens, il peut notamment renvoyer aux mandats antérieurement exercés par les salariés (*Décision Défenseur des droits MLD/2014-141 du 24 octobre 2014*).
40. Surtout, lorsque les faits reprochés au salarié datent de la période de protection, l'employeur doit en principe solliciter l'autorisation de l'inspection du travail afin de contrôler l'absence de lien entre le mandat du salarié et la décision de le licencier (*Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-11933*), à plus forte raison lorsque l'inspection a déjà refusé une première demande de licenciement, comme c'était le cas en l'espèce. À défaut, l'existence d'une présomption de discrimination ne peut être exclue.
41. Les agissements relevés en l'espèce laissent donc présumer l'existence d'une discrimination à raison des activités syndicales de M. X, au sens des articles L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008. Au vu de ces éléments et conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail, il appartenait à la société Y de démontrer que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

➤ **Sur les éléments de réponse présentés par la société :**

42. Interrogée par le Défenseur des droits, la société a communiqué un courriel du médecin du travail du 19 mars 2014, dans lequel ce dernier certifie « *L'aménagement du poste de M. X nécessitait un siège ergonomique, un coussin adapté, ainsi qu'un casque téléphonique avec ou sans fil permettant de se mettre debout par intermittence, ce qui avait été réalisé au sein de Y* ».
43. En ce sens, il ne saurait être reproché à la société de ne pas avoir aménagé le poste de travail du réclamant.
44. Toutefois, il ressort des éléments recueillis - et notamment d'un courriel du médecin du travail du 28 mars 2008 - que le réclamant a rencontré des difficultés concernant ses temps de pause, en rapport avec la préconisation du médecin relative à ses déplacements aux toilettes. D'ailleurs, dans le courriel du 19 mars 2014, le médecin n'évoque pas cette préconisation.
45. Dans son dernier courrier du 9 avril 2015, la société fait valoir que la nécessité pour le réclamant de se déplacer aux toilettes préconisée par le médecin du travail, le 2 mars 2007, n'a pas été précisée lors de l'avis suivant du 28 mars. Toutefois, cette préconisation a bien été renouvelée en 2008 et 2010²², avec notamment un « rappel » dans l'avis du 6 juin 2008, d'ailleurs communiqué par l'employeur.

²² Avis des 14/03 et 06/06/2008, 31/05 et 20/07/2010

46. De même, la société indique que cette faculté accordée au salarié n'est pas en lien avec la gestion des pauses qui lui est reprochée. Par courriel du 29 septembre 2009, le supérieur hiérarchique du réclamant a pourtant rappelé : « *J'ai en ma possession la copie du mail du dr B [du 28/03/2008] qui a effectivement expliqué pourquoi X. a besoin de plus de temps de pause que d'autres TO pour des raisons de santé* ».
47. L'enquête du Défenseur des droits a permis de constater que ces difficultés relatives à l'aménagement du poste de travail du réclamant semblaient davantage s'inscrire dans le contexte des agissements liés à l'exercice de ses activités syndicales sur lesquels l'employeur a pu apporter ses explications dans son courrier du 9 avril 2015.
48. La société nie toute discrimination à l'encontre du réclamant. Elle précise que l'ordonnance de référé rendue par le CPH de Z ne l'a pas condamnée à payer des heures de délégation au salarié mais visait simplement à un rappel de salaire d'une journée. Elle ajoute que les griefs d'atteinte à l'exercice du mandat et d'entrave volontaire n'ont pas été retenus pour le Conseil. Néanmoins, ces griefs étaient formulés dans un cadre précis qui n'exclut pas l'existence d'une discrimination qui relève de la compétence de la formation de jugement.
49. Concernant la suppression des congés payés du réclamant, la société produit les échanges avec l'inspection du travail dans lesquels elle explique que le décompte des jours de congés s'effectue en jours ouvrés, ce qui a nécessairement des conséquences sur la situation des salariés à temps partiel, à l'instar du réclamant.
50. Toutefois, le Défenseur des droits rappelle que si les congés payés peuvent être décomptés en jours ouvrés, c'est à la condition que ce régime ne soit pas moins favorable pour le salarié que celui découlant du calcul en jours ouvrables prévu à l'article L.3141-3 du code du travail. En principe, lorsqu'un salarié à temps partiel ne travaille que sur 4 jours, il a droit à 25 jours ouvrés de congés.
51. Elle n'apporte aucun élément concernant la stagnation de la rémunération du réclamant à compter de l'exercice de ses mandats.
52. Concernant plus particulièrement le licenciement du réclamant, la société fait valoir que l'insuffisance professionnelle qui lui est reprochée a été fondée sur ses résultats qui restaient inférieurs à ceux de ses collègues.
53. Dans ses réponses, elle le compare à M. C, D, E et F. Elle indique que la moyenne des téléopérateurs depuis l'installation du logiciel « ICCS » est de 22 appels par heure, que M. E traitait en moyenne 27 appels, M. F 26 appels et M. C et D 21 appels. Elle reproche au réclamant de n'avoir traité que 20 appels par heure, soit un appel de moins seulement que M. C et D.
54. Elle fait valoir que l'un de ces salariés est représentant du personnel, ce qui ne saurait exclure toute discrimination à l'encontre de M. X qui a été particulièrement actif au sein de l'entreprise en tant que membre du CHSCT. Au surplus, chaque litige est individuel et l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés (*Cass. soc., 10 novembre 2009, n°07-42849*).
55. La société se concentre ensuite sur les mois d'octobre et novembre 2012, en soulignant que M. D a traité en moyenne 33 et 26 appels, M. E, 31 et 26 appels et M. CR, 28 et 26 appels. Elle omet toutefois de souligner que M. F a eu une moyenne de 21 appels en novembre 2012, soit 1 appel de plus que le réclamant.

56. Surtout, le suivi de l'activité 2012 de l'ensemble des téléopérateurs communiqué par la société permet de constater que M. C, D et F ont, en janvier, mai et décembre 2012, effectué une moins bonne performance que M. X, et que de nombreux salariés ont eu une productivité mensuelle inférieure à la moyenne. De plus, en février, mars et décembre 2012, le réclamant a eu une productivité mensuelle supérieure à la moyenne de 22 appels du centre. Une hausse de sa productivité avait d'ailleurs été saluée en février 2012.
57. Enfin, ses comptes rendus d'entretien mensuel permettent de relever que les reproches formulés sur sa productivité sont apparus en août 2012, postérieurement à la mise en place du nouveau logiciel pour lequel il avait indiqué rencontrer des difficultés²³.
58. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les faits reprochés à M. X pour justifier son licenciement – les dépassements de ses temps de pause, la non-atteinte de ses objectifs de productivité et l'incident relatif à une personne bloquée pour lequel il avait déjà fait l'objet de deux avertissements successifs - n'apparaissent pas objectivement justifiés.
59. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits constate que M. X a fait l'objet de mesures constitutives d'un harcèlement discriminatoire à raison de ses activités syndicales au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 et que son licenciement, qui s'inscrit dans ce contexte, encourt la nullité pour discrimination au sens de l'article L.1132-4 du code du travail.
60. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Conseil de prud'hommes de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON

²³ Entretien mensuel août 2012