

Paris, le 29 octobre 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-270

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 pénal, et notamment les articles 225-1 et 225-2 ;

Saisi pour avis par le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Z, à la suite de plaintes déposées pour harcèlement moral, discrimination à raison de la grossesse et entrave à la représentation du personnel,

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal correctionnel de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant le Tribunal correctionnel de Z présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Par courrier du 27 août 2013, Mme P, substitut du Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Z, a saisi le Défenseur des droits aux fins que lui soit apporté un avis juridique à la suite de plaintes déposées pour harcèlement moral, discrimination à raison de la grossesse et entrave à la représentation du personnel au sein de la société Y.
2. Le Défenseur des droits s'est attaché à apporter son analyse juridique du dossier sur les deux plaintes de Mesdames X et W, en date des 26 juin et 15 novembre 2012, qui concernaient des faits de discrimination à raison de la grossesse.
3. Par décision MLD/2015-028 en date du 9 février 2015, le Défenseur des droits a transmis son avis au Procureur de la République, dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
4. Invité par ce dernier, par courrier en date du 10 août 2015, à se présenter, le 22 janvier 2016, devant le Tribunal correctionnel de Z pour y être entendu, le Défenseur des droits formule les observations suivantes devant cette juridiction.

I. CADRE JURIDIQUE APPLICABLE :

5. La procédure soumise au Défenseur des droits présente la particularité de concerner des faits qui sont susceptibles de revêtir deux qualifications juridiques distinctes : celle du harcèlement moral et celle de la discrimination.
6. L'article 222-33-2 du code pénal dispose : « *Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende* ».
7. Les articles 225-1 et 225-2 du code pénal définissent, quant à eux, le principe de non-discrimination.
8. L'article 225-1, dans son alinéa 1^{er}, dispose : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».
9. Selon l'article 225-2 3° : « *La discrimination définie aux [articles 225-1 et 225-1-1](#), commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : (...) 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne (...)* ».
10. En vertu du principe de légalité des délits et des peines et du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale défini à l'article 111-4 du code pénal, la notion de « harcèlement

discriminatoire » - harcèlement moral fondé sur un critère prohibé - ne saurait être admise en matière pénale¹.

11. L'une des qualifications précitées devra donc être choisie en cas de poursuites pénales.
12. De jurisprudence constante, les faits doivent être réprimés sous leur plus haute expression pénale, c'est-à-dire sous la qualification pénale passible des peines les plus sévères. En ce sens, la qualification de discrimination devrait être retenue.
13. Néanmoins, la qualification de harcèlement moral permet de constater la dégradation des conditions de travail de la victime, l'atteinte portée à ses droits et à sa dignité, l'altération de son état de santé et la compromission de son avenir professionnel, tandis que la qualification de discrimination ne permet en principe d'appréhender que les refus d'embauche, les sanctions ou le licenciement dont a fait l'objet un salarié, conformément à l'article 225-2 3° du code pénal.
14. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation est venue préciser que les décisions de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié, sans présenter nécessairement un caractère de sanction, peuvent constituer, si elles sont infondées, une mesure discriminatoire et revêtir le caractère d'une sanction au sens de l'article 225-2 3° du code pénal (*Cass. crim.*, 28 avril 2009, n°07-82.901).
15. Dès lors, le champ d'application de l'infraction de discrimination se trouve élargi et permet d'appréhender les décisions de l'employeur, fondées sur un critère de discrimination et impactant les conditions de travail du salarié.
16. En ce sens, la qualification de discrimination devrait également être privilégiée à celle de harcèlement moral.
17. La discrimination prohibée par les dispositions précitées du code pénal est prouvée dès lors que les éléments constitutifs du délit sont caractérisés à savoir d'une part, l'élément matériel - c'est-à-dire la différence de traitement fondée sur un critère prohibé - et, d'autre part, l'élément intentionnel - c'est-à-dire la conscience de l'auteur de se livrer à des agissements discriminatoires.
18. Concernant ce dernier élément constitutif, il convient de souligner que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que « *sans renverser la charge de la preuve* » applicable en matière pénale, il appartient à l'employeur d'établir la pleine justification de sa décision et l'absence de tout lien avec le critère de discrimination prohibé (*Cass. crim.*, 23 novembre 2004, n°03-84.393 et *Cass. crim.*, 15 janvier 2008, n°07-82.380).
19. Dès lors, l'insuffisance, l'incohérence ou le caractère peu pertinent des justifications apportées par l'employeur mis en cause pour expliquer un traitement différencié manifestement discriminatoire permettront de conforter l'élément intentionnel de l'infraction.

II. FAITS ET PROCÉDURE :

➤ Sur le délit de discrimination concernant Mme X :

¹ Contrairement à ce que prévoient certaines directives européennes et 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 matière civile

20. Mme X est recrutée par la société Y, le 10 janvier 2010, dans le cadre d'un CDI, en qualité de webdesigner. Elle est rattachée au service informatique dirigé par Mme A.
21. Les éléments de la procédure permettent de constater qu'un mois avant la fin de son congé maternité, le 14 février 2012, Mme X sollicite auprès de Monsieur B, Président de la société Y SAS, un aménagement de son temps de travail – réduction de sa pause déjeuner de 2 heures à 1 heure et travail le samedi matin – qui lui permettrait de ne pas travailler le mercredi afin de garder son enfant.
22. Par courrier du 2 mars 2012, Monsieur B refuse sa demande et lui annonce qu'« *en raison du départ d'un webdesigner dont le poste sera vacant, les impératifs liés à l'organisation de l'entreprise me contraignent à vous demander d'effectuer quatre heures supplémentaires par semaine dès votre retour et ce jusqu'au recrutement d'un nouveau graphiste* ».
23. Lors de son audition par les services de police², Monsieur B reconnaît avoir été contraint, par courrier du 16 avril 2012, de demander à plusieurs collaborateurs – et notamment à M. C, webmaster – d'effectuer des heures supplémentaires.
24. Lors de leurs auditions par les services de police, les collègues de Mme X affectés au service informatique – M. C et M. D, référenceur service informatique – ont déclaré qu'ils n'avaient pas effectué d'heures supplémentaires pendant la période concernée, ni même qu'une telle demande leur avait été faite³.
25. Dès lors, seule Mme X s'est vue imposer des heures supplémentaires à son retour de congé maternité.
26. Lors de leurs auditions par les services de police, Mme A, M. E, Responsable ressources humaines, et M. F, Responsable marketing⁴, n'ont pas apporté d'explications sur ce traitement différencié. De même, Monsieur B n'a pas justifié cette mesure⁵.
27. Les éléments de la procédure permettent également de constater qu'à son retour de congé maternité, Mme X n'a pas retrouvé le poste de webdesigner qu'elle occupait avant son départ.
28. En effet, elle a été affectée au service des stages de pilotages dirigé par M. G. Ce changement de fonctions s'est accompagné d'un changement de bureau et Mme X n'a pas disposé du matériel nécessaire à l'exercice de ses fonctions, ce qui est confirmé par un courrier électronique du 17 avril 2012 de Mme A et par les déclarations de cette dernière auprès des services de police⁶.
29. Lors de son audition, Monsieur B a expliqué que ces tâches constituaient déjà 80% du travail de Mme X. Toutefois, ces déclarations entrent en contradiction avec le changement de service de Mme X confirmé par Monsieur B.
30. S'agissant du matériel mis à sa disposition à son retour, Monsieur B a reconnu qu'elle s'était vue attribuer des versions informatiques d'évaluations en indiquant qu'elles étaient suffisantes pour mener à bien ses missions. Toutefois, ces éléments entrent en

² PV d'audition de Monsieur B du 26 mars 2013 (p. 3)

³ PV d'auditions du 28/11/2012 de Messieurs C et D (pages 2)

⁴ PV d'auditions du 16/01/2013 de Monsieur B (p.2) et M. F (p.2), PV d'audition du 29/11/2012 de M. E (p.2)

⁵ PV d'audition de Monsieur B du 26 mars 2013

⁶ Courriel du 17 avril 2012 : « *Bien sûr, c'est toi qui gère mais sans illustrator on est d'accord que tu ne peux faire la modif* » et PV d'audition du 16/01/2013 de Monsieur B (p.3)

contradiction avec ses précédentes déclarations car si Mme X effectuait déjà à 80% ses nouvelles missions, elle aurait dû retrouver un matériel informatique similaire.

31. L'analyse de la procédure permet également de constater que le retour de congé maternité de Mme X s'est effectué dans un contexte particulièrement hostile puisque Messieurs F et G semblent avoir été chargés par Monsieur B de la surveiller (surveillance de ses temps d'allaitement par M. F et surveillance accrue de son travail par rapport à ses collègues de la part de M. G).
32. Lors de leurs auditions, Mme A a admis la possibilité d'une telle surveillance⁷ et M. F n'a pas nié avoir été chargé de surveiller ses temps d'allaitement⁸. Les services de police ont également pu constater, par comparaison d'écritures, que le post-it retrouvé sur le bureau de Mme X faisant état d'une surveillance à la demande de Monsieur B avait bien été écrit par M. G.
33. Mme A a par ailleurs confirmé la volonté de Monsieur B de pousser Mme X à la faute à son retour de congé maternité dans la perspective de se séparer d'elle. Lors de son audition, M. Sébastien H a également déclaré : « *B lui en voulait à cause de sa maternité, il a dit dès qu'elle rentre, je la mets à la porte* »⁹.
34. Enfin, plusieurs témoins entendus ont confirmé que la dégradation des conditions de travail de Mme X était en lien avec son retour de congé maternité (Messieurs H, K¹⁰ et L¹¹).
35. Dès lors, l'élément matériel du délit de discrimination apparaît caractérisé au regard :
 - du traitement différencié dont Mme X a fait l'objet à son retour de congé maternité par rapport à ses collègues de travail concernant l'imposition d'heures supplémentaires ;
 - des témoignages concordants des différentes personnes entendues au cours de la procédure s'agissant de la surveillance, du changement de service et du retrait de matériel dont elle a fait l'objet à son retour de congé maternité, confortés par certains éléments matériels (post-it de M. G, courriel du 17 avril 2012 de Mme A).
36. L'insuffisance, l'incohérence ou le caractère peu pertinent des justifications apportées par Monsieur B ne permettent pas de justifier ses décisions prises à l'encontre de Mme X et leur absence de lien avec sa grossesse et son sexe¹². Dès lors, l'élément intentionnel du délit de discrimination apparaît caractérisé.
37. En conséquence, les éléments de la procédure permettent de constater que Mme X a fait l'objet, dans le cadre de son retour de congé maternité, de décisions de la part de Monsieur B, susceptibles d'être analysées comme des décisions affectant sa carrière et sa rémunération et, par conséquent, comme des mesures discriminatoires en lien avec son sexe et sa grossesse au sens des articles 225-1 et 225-2 3° du code pénal.
38. En ce sens, le délit de discrimination pourrait être retenu concernant Mme X.

⁷ PV d'audition du 16/01/2013 de Monsieur B (p.3)

⁸ PV d'audition du 16/01/2013 de M. F (p.2) : « *je lui avais simplement dit de respecter le temps qui lui était imparti mais à titre personnel je n'y accordais pas d'importance* »

⁹ PV d'audition du 13/11/2012 (p.2)

¹⁰ PV d'audition du 16/02/2013 de M. K : « *Je sais juste que ses problèmes ont commencé le jour où elle est tombée enceinte et qu'il a été question du congé maternité* »

¹¹ PV d'audition de M. L du 04/03/2013 : « *je sais qu'il y a eu conflit depuis l'annonce de la maternité* »

¹² Conformément à la jurisprudence précitée (Cass. crim., 23 novembre 2004, n°03-84.393 et 15 janvier 2008, n°07-82.380)

➤ **Sur le délit de discrimination concernant Mme W :**

39. Mme W est recrutée par la société Y, le 9 juillet 2007, dans le cadre d'un CDI, en qualité d'opératrice spécialiste. Elle est affectée au service stages de pilotages dirigé à l'époque par M. M.
40. En septembre 2007, elle annonce sa grossesse à son employeur.
41. Dans le cadre de son audition par les services de police, M. L a reconnu que Monsieur B avait souhaité se séparer de Mme W après l'annonce de sa grossesse et que suite à son intervention, ce dernier est finalement revenu sur sa décision¹³.
42. Les éléments de la procédure permettent de constater que postérieurement à son retour de congé maternité, le 23 mars 2009, Mme W s'est vue notifier un avertissement pour manquement à une note de service interdisant l'usage du téléphone portable au sein de l'entreprise.
43. Or, Mme W avait informé son employeur des problèmes de santé que rencontrait son enfant et qui nécessitaient qu'elle reste joignable sur son lieu de travail.
44. Surtout, il ressort de la procédure que Mme W a été sanctionnée alors qu'elle n'avait pas fait directement usage de son téléphone portable mais l'avait laissé sonner devant Monsieur B.
45. Lors de son audition, Monsieur B n'a pas apporté d'explications sur cette sanction mais a confirmé qu'il souhaitait que toute communication, même d'ordre personnel, passe par lui-même ou par une ligne professionnelle.
46. Les éléments de la procédure permettent également de constater qu'à son retour de congé maternité, le bureau de Mme W a été déplacé à côté de celui de Monsieur B dans le but de la surveiller¹⁴ et que son accès internet a été limité à la demande de ce dernier, ce qui a été confirmé par Mme A.
47. Lors de son audition, Monsieur B a nié toute surveillance de Mme W à son retour de congé maternité mais a confirmé que le service stages de pilotages et le bureau de Mme W avaient effectivement été déplacés à côté du sien.
48. Il ressort également des éléments de l'enquête que fin 2009, Mme W s'est vue retirer sa prime d'assiduité pour avoir refusé de travailler un samedi alors qu'il s'agissait pourtant d'un appel à volontaires.
49. Lors de son audition, Monsieur B a confirmé le recours à des appels volontaires mais a déclaré ne pas se souvenir du retrait de la prime de Mme W.
50. En avril 2010, suite à une conversation téléphonique de Mme W avec un client de l'entreprise jugée inappropriée par Monsieur B, ce dernier l'aurait menacée en ces termes en la pointant du doigt : « *Stéphanie, si tu parles encore comme ça à un client, je te mets une balle* ».

¹³ PV d'audition de M. L du 04/03/2013 : « à la confirmation de son [contrat], peu de temps après elle a annoncé sa grossesse, B a souhaité que l'on s'en sépare. J'ai plaidé la cause de Mme W pour ne pas qu'elle soit licenciée. Elle est restée dans l'entreprise »

¹⁴ PV d'audition de Mme N du 26/11/2012 : « B nous a fait revenir en nous disant qu'il voulait garder "un œil" sur nous et notamment sur Mme W qui avait l'obligation de rester à vue lui tournant le dos »

51. Ces propos ont été confirmés par Mesdames N¹⁵ et P¹⁶, témoins de la scène.
52. Messieurs R et K, anciens salariés de la société¹⁷, ainsi que M. L¹⁸ et M. S, Chef des ventes adjoint¹⁹, ont confirmé lors de leurs auditions que Monsieur B tenait ce genre de propos.
53. Lors de son audition, Monsieur B a nié les faits.
54. Enfin, plusieurs témoins entendus ont confirmé que la dégradation des conditions de travail de Mme W était en lien avec l'annonce de sa grossesse et son retour de congé maternité (Mme N²⁰, Messieurs R et H²¹).
55. Dès lors, l'élément matériel du délit de discrimination apparaît caractérisé au regard :
- des témoignages concordants des différentes personnes entendues au cours de la procédure s'agissant de l'avertissement, de la surveillance, du changement de bureau, du retrait de matériel et des propos de Monsieur B dont elle a fait l'objet à son retour de congé maternité ;
 - du traitement différencié dont elle a fait l'objet à son retour de congé maternité par rapport à ses collègues de travail concernant le retrait de sa prime d'assiduité.
56. L'insuffisance, l'incohérence ou le caractère peu pertinent des justifications apportées par Monsieur B ne permettent pas de justifier ses décisions prises à l'encontre de Mme W et leur absence de lien avec sa grossesse et son sexe²². Dès lors, l'élément intentionnel du délit de discrimination apparaît caractérisé.
57. En conséquence, les éléments de la procédure permettent de constater que Mme W a fait l'objet, après l'annonce de sa grossesse et à son retour de congé maternité, de décisions de la part de Monsieur B, susceptibles d'être analysées comme des décisions affectant sa carrière et sa rémunération et, par conséquent, comme des mesures discriminatoires en lien avec son sexe et sa grossesse au sens des articles 225-1 et 225-2 3° du code pénal.
58. En ce sens, le délit de discrimination pourrait également être retenu concernant Mme W.
59. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Tribunal correctionnel de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON

¹⁵ PV d'audition de Mme N du 26/11/2012 (p.3)

¹⁶ PV d'audition de Mme P du 29/12/2011 (p.2)

¹⁷ PV d'audition du 23/11/2012 de M. R : « Il dit souvent "je vais te mettre une balle" » ; PV d'audition du 16/02/2013 de M. K : « ce sont tout à fait des propos qui sont sortis de la bouche de Monsieur B car il s'agit de sa façon de parler avec le "petit" personnel »

¹⁸ PV d'audition du 04/03/2013 de M. L (p.2)

¹⁹ PV d'audition du 15/01/2013 : « "je te mets une balle", oui pour lui, c'est un avertissement, une sanction à venir »

²⁰ PV d'audition de Mme N du 26/11/2012 : « Mme W a eu le tort selon Monsieur B de tomber enceinte peu de temps après son embauche définitive selon lui je cite "elle lui a fait à l'envers". Il ne cachait pas que seul l'état de grossesse justifiait son attitude envers elle »

²¹ PV d'audition du 13/11/2012 : « J'ai pu voir que les faits de harcèlement ont été effectués sur Mme W, elle pleurait. Monsieur B lui disait "tu fous rien", il disait aux autres "elle n'est pas dans le moule de la société"».

²² Conformément à la jurisprudence précitée (Cass. crim., 23 novembre 2004, n°03-84.393 et 15 janvier 2008, n°07-82.380)