

Paris, le 18 février 2016

---

**Décision du Défenseur des droits MLD-2016-057**

---

**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 ;

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

Le Défenseur des droits :

- Constate que le licenciement pour faute grave de Mme X constitue une mesure de rétorsion fondée sur sa dénonciation des faits de discrimination et sanctionnée par la nullité, au sens des articles L.1132-3 et L.1132-4 du code du travail ;
- Constate que l'Y a manqué à son obligation de sécurité de résultat prévue par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail, ce qui a nécessairement causé un préjudice à Mme X ;
- Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON

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

1. Le 29 mai 2013, par l'intermédiaire d'un sénateur, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative à des faits de discrimination à raison du sexe dont aurait été victime Madame X.

**I. FAITS ET PROCÉDURE :**

2. Le 16 octobre 1995, Mme X est embauchée par l'Y, association de groupements d'achats privés régie par la loi locale de 1908, en qualité d'adjoint de services économiques, dans le cadre d'un contrat initiative emploi à durée déterminée. Ce contrat est transformé en CDI à compter du 16 octobre 1996.
3. Mme X estime avoir subi un harcèlement moral à compter de sa dénonciation de faits de corruption au sein de l'association.
4. En 2009, le président de l'Y, M. A, lui aurait indiqué qu'une personne allait être embauchée pour développer l'association, car certains salariés ne lui faisaient plus confiance.
5. Le 13 septembre 2010, M. B est embauché par l'Y, en qualité de cadre acheteur. Il devient le responsable hiérarchique de Mme X.
6. La réclamante fait valoir que ce poste correspondait à une partie de ses fonctions (suivi des différents marchés, des appels d'offres, etc.).
7. Dès 2010, elle dénonce la mise à l'écart dont elle estime faire l'objet auprès de l'employeur depuis le recrutement de M. B. En 2011, elle sollicite une prime exceptionnelle en faisant valoir qu'elle a constitué un véritable « support » pour M. B depuis son recrutement.
8. En 2012, les relations avec l'employeur se dégradent et, par courriel du 3 septembre 2012 adressé à la direction, elle dénonce les faits de discrimination à raison du sexe qu'elle estime subir par rapport à M. B, notamment en termes de rémunération, de temps de travail et de mutuelle.
9. Par courriel du 4 septembre 2012, elle alerte directement le nouveau président de l'association, M. C et dénonce l'inaction de la direction depuis 2010. Elle produit un certificat médical attestant une dégradation de son état de santé, en 2012, en lien avec sa situation professionnelle.
10. Le 11 septembre 2012, elle décide de porter au sein de l'association une blouse taguée « *STOP ! Victime de discrimination sous plusieurs formes à l'Y* » et de placarder des affiches d'une teneur similaire. Elle commence également à dénoncer « *les comportements voyous* » qui auraient eu lieu au sein de l'Y<sup>1</sup>.
11. Le 28 septembre 2012, elle est convoquée à un entretien préalable qui a lieu le 9 octobre 2012.
12. Le 10 octobre 2012, elle sollicite une visite médicale auprès du médecin du travail qu'elle n'aurait jamais vu depuis son embauche et ce, malgré plusieurs demandes de sa part.
13. Par lettre recommandée du 12 octobre 2012, son licenciement pour faute grave lui est notifié.
14. Mme X a saisi le Conseil de prud'hommes de D aux fins notamment de voir prononcée la nullité de son licenciement pour discrimination à raison du sexe.

---

<sup>1</sup> Cf. courriel du 4 septembre 2012

15. Au vu des éléments communiqués par Mme X au soutien de sa réclamation, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, sollicité, par courrier du 12 juin 2014, l'Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
16. En réponse, l'Y a communiqué les pièces et conclusions des deux parties rédigées dans le cadre du litige prud'homal ainsi que certains éléments complémentaires relatifs notamment au poste de cadre acheteur.
17. L'instruction du Défenseur des droits a été suspendue dans l'attente du délibéré du Conseil de prud'hommes de D.
18. Par jugement de départage en date du 31 mars 2015, le Conseil de prud'hommes a condamné l'Y à payer une somme de 1200 euros de dommages et intérêts à Mme X pour défaut de visite médicale périodique mais l'a déboutée de ses autres demandes, notamment celles au titre de la discrimination.
19. Mme X ayant interjeté appel devant la Cour d'appel de Z, le Défenseur des droits a poursuivi son enquête et, après analyse des éléments de réponse communiqués par l'Y, a décidé de lui adresser, par courrier du 2 octobre 2015, une note récapitulative lui présentant son analyse juridique du dossier.
20. Il convient de souligner que cette note visait à permettre à l'Y de communiquer tout élément ou document utile sur les manquements de l'employeur à ses obligations en matière de lutte contre les discriminations susceptibles d'être relevés par le Défenseur des droits.
21. Par courrier du 29 octobre 2015, l'Y y a répondu, en contestant notamment la poursuite de l'enquête du Défenseur des droits après le jugement de départage rendu par le Conseil de prud'hommes. L'Y se prévaut de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 pour indiquer « À l'égard de Mme X, il vous appartient de respecter l'indépendance de l'autorité judiciaire tout comme l'Y et, en aucun cas, de remettre en cause directement ou indirectement le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de D (...) À la lecture attentive de la loi organique 2011-333 du 29 mars 2011 et sauf avis contraire de votre part, le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle de quelque nature que ce soit, ne peut à notre avis proposer une analyse, même au conditionnel qui prendrait le contre-pied total de la décision de justice déjà rendue ».
22. À cet égard, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 500 du code de procédure civile qui prévoient qu'« A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai », le jugement de départage rendu par le Conseil de prud'hommes de D n'est pas définitif.
23. Concernant plus particulièrement la portée de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 qui prévoit dans son alinéa 1<sup>er</sup> que « Le Défenseur des droits ne peut pas remettre en cause une décision juridictionnelle », la Cour d'appel de PARIS est venue préciser que « la prohibition de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 33 de la loi organique (...) n'a pour effet que de priver le Défenseur des droits de la possibilité d'exercer une voie de recours contre une décision juridictionnelle, en lieu et place des parties, et non pas de le priver, y compris pour la première fois en cause d'appel, de la faculté de présenter des observations qui, portées à la connaissance des parties, ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations et que le juge est (...) en capacité d'apprécier la valeur probante des pièces produits qui ont été soumises au débat contradictoire » (CA PARIS, 11 septembre 2014, n°12/02280).

24. Il convient également de préciser que lorsqu'il présente des observations en justice au titre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333, le Défenseur des droits n'agit pas en tant que partie au procès mais comme un « expert », un « sachant » ou encore un « observateur ». En effet, les Cours suprêmes de l'ordre judiciaire<sup>2</sup> et de l'ordre administratif<sup>3</sup> ont reconnu à la Haute autorité de lutte contre les discriminations – et *a fortiori* au Défenseur des droits qui a repris ses missions<sup>4</sup> – le statut d'*amicus curiae* ou « ami de la cour ».
25. En conséquence, la poursuite de l'enquête et l'intervention du Défenseur des droits, dans le cadre de la procédure d'appel en cours, sont parfaitement légitimes et, contrairement à ce que soutient l'Y, le Défenseur des droits peut donc présenter ses observations devant la Cour d'appel de Z, y compris si elles s'opposent au jugement de départage rendu par le Conseil de prud'hommes de D.
26. À titre liminaire, le Défenseur des droits souhaite également répondre à la critique de l'Y, formulée dans son courrier du 29 octobre 2015, concernant la saisine du Défenseur des droits pour des faits de discrimination à raison du sexe et de la poursuite de son enquête au regard notamment de l'existence d'une mesure de rétorsion à l'encontre de Mme X.
27. En premier lieu, le Défenseur des droits souligne que les observations formulées devant la Cour d'appel de Z résultent des éléments qu'il a pu recueillir dans le cadre de son enquête et constituent un avis qu'il soumet à la juridiction.
28. En l'espèce, l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe ne semble pas pouvoir être établie au regard du projet de contrat de travail communiqué par l'Y qui permet de constater qu'une femme devait initialement être recrutée au poste de cadre acheteur, Mme F, avec une rémunération de base similaire à celle de M. B.
29. Néanmoins et conformément aux dispositions de l'article L.1134-1 du code du travail qui laisse au juge le soin d'apprécier les éléments qui lui sont soumis et d'ordonner, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles, le Défenseur des droits souhaite laisser à la Cour d'appel le soin d'apprécier le caractère probant de ce projet de contrat de travail, compte tenu du fait qu'il s'agit d'un document non signé et que celui communiqué au Défenseur des droits était incomplet<sup>5</sup>.
30. Dans le même sens, le Défenseur des droits laisse également le soin à la Cour d'appel d'apprécier si le montant supérieur de la prime d'ancienneté et de la majoration spécifique accordé à M. B, par rapport à Mme F, est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
31. En second lieu et comme il sera précisé dans la première partie de la présente décision, le Défenseur des droits souligne que même si l'existence d'une discrimination n'est pas retenue en l'espèce, cela ne permet pas de considérer que Mme X a dénoncé de mauvaise foi les faits qu'elle estimait subir.

## **II. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :**

32. Il convient d'analyser les faits, d'une part, sous l'angle de l'existence d'une mesure de rétorsion à l'encontre de Mme X (A) et, d'autre part, sous l'angle du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat prévue par la loi (B).

### **A. Sur l'existence d'une mesure de rétorsion :**

---

<sup>2</sup> Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-40628

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, 11 avril 2012, n°322326, *Gisti*

<sup>4</sup> Article 44 de la loi organique n°2011-333

<sup>5</sup> Page 2 manquante

33. Les articles L.1132-1 et suivants du code du travail définissent le principe général de non-discrimination. Aux termes de l'article L.1132-3, « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L.1132-1 et L.1132-2 ou pour les avoir relatés* ».
34. Sont ainsi prohibées les mesures de rétorsion fondées sur la dénonciation, par un salarié, de faits de discrimination dont il s'estime victime dans le cadre de son activité professionnelle.
35. Comme en matière de harcèlement moral, le salarié qui relate des faits de discrimination ne peut être licencié pour ce motif, sauf à démontrer qu'il était de mauvaise foi.
36. La jurisprudence est particulièrement stricte s'agissant de l'appréciation de la mauvaise foi du salarié. La Cour de cassation a ainsi considéré, à propos de la dénonciation de faits de harcèlement moral, que la mauvaise foi ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis (Cass, soc., 10 mars 2009, n°07-44092). Elle doit résulter de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce (Cass, soc., 7 février 2012, n°10-18035). Deux arrêts récents confirment cette analyse (Cass. soc., 10 juin 2015, n°13-25554 et n°14-13318).
37. La Chambre sociale a également validé l'analyse d'une cour d'appel ayant déclaré nul un licenciement après avoir relevé « *qu'il résultait précisément des termes de la lettre de licenciement que le licenciement était, notamment, consécutif au fait que le salarié avait remis en cause les avenants à son contrat de travail (...) en invoquant une discrimination aggravée d'extorsion* ». Il convient de souligner que dans cette affaire, l'employeur justifiait le licenciement pour faute grave du salarié par un manquement à son obligation de loyauté et un exercice abusif de sa liberté d'expression (Cass. soc., 10 octobre 2012, n°11-24379).
38. Dès lors, seule la mauvaise foi du salarié, entendue comme la connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce et dont la preuve incombe à l'employeur, peut justifier son licenciement pour avoir dénoncé des faits de discrimination. L'exercice abusif de la liberté d'expression ne suffit pas à justifier la rupture du contrat de travail, même si ce grief est énoncé dans la lettre de licenciement par l'employeur.
39. En l'absence de preuve de la mauvaise foi du salarié, la sanction est la nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.
40. En l'espèce, des éléments recueillis au cours de l'enquête du Défenseur des droits, il ressort que le licenciement pour faute grave de Mme X par l'Y est en lien avec sa dénonciation des faits de discrimination.
41. En effet, la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige indique : « *Suite à un désaccord entre vous et l'Y concernant l'application de la mutuelle, que vous considérez comme "injuste et discriminatoire" à votre égard, et malgré nos recherches de solution à cette question en proposant un contrat collectif, votre comportement a pris une tournure inacceptable et hautement répréhensible à plusieurs égards. Votre attitude, les mails à l'égard de votre responsable et de moi-même sont outrageants et diffamatoires* ». « *Le port d'une blouse taguée et l'affichage insultant pour l'association* » lui est notamment reprochée, renvoyant ainsi directement à sa dénonciation des faits de discrimination.
42. Les éléments de réponse communiqués par l'Y ne démontrent pas que Mme X a dénoncé de mauvaise foi les faits de discrimination qu'elle estimait subir au sein de l'association.
43. L'usage abusif de la liberté d'expression invoqué par l'employeur ne suffit pas à caractériser la mauvaise foi du salarié, conformément à la jurisprudence précitée.

44. De même, la seule circonstance que les faits de discrimination dénoncés ne sont pas établis ne suffit pas à établir la mauvaise foi de Mme X.
45. Dès lors et contrairement à ce qu'invoque l'Y dans son courrier du 29 octobre 2015, l'existence d'une mesure de rétorsion peut être caractérisée même si les faits invoqués par le salarié ne peuvent être établis, dès lors que ce dernier ne les a pas dénoncés de mauvaise foi.
46. Afin d'apprécier le bien-fondé du licenciement de Mme X, le Conseil de prud'hommes de D aurait ainsi dû rechercher si la réclamante avait dénoncé de mauvaise foi les faits de discrimination qu'elle estimait subir au sien de l'Y et non, comme il l'a fait, vérifier si la réalité de ces faits était établie<sup>6</sup>.
47. L'Y ne saurait reprocher au Défenseur des droits d'avoir été saisi pour des faits de discrimination à raison du sexe et de se prononcer par la suite sur l'existence d'une mesure de rétorsion faisant suite à la dénonciation de ces faits.
48. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que le licenciement pour faute grave de Mme X constitue une mesure de rétorsion fondée sur sa dénonciation des faits de discrimination et sanctionnée par la nullité, au sens des articles L.1132-3 et L.1132-4 du code du travail, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'elle a dénoncé de mauvaise foi les faits de discrimination qu'elle estimait subir.

#### **B. Sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat :**

49. En vertu des articles L.4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en vertu de laquelle il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés.
50. L'absence de visite médicale d'embauche et de suivi du salarié par le médecin du travail constitue un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité de ses salariés, et cause nécessairement un préjudice au salarié concerné (*Cass. soc., 5 octobre 2010, n°09-40913 ; Cass. soc., 11 juillet 2012, n°11-11709*).
51. En l'espèce, il ressort des éléments recueillis que Mme X n'a pas fait l'objet de visite médicale d'embauche, malgré plusieurs sollicitations, et que sa demande de rencontre avec le médecin du travail faite auprès de l'employeur, par courriel du 10 octobre 2012, est restée vaine.
52. Dans son jugement du 31 mars 2015, le Conseil de prud'hommes de D relève qu'« *il n'est pas contesté que l'employeur n'a pas répondu à son obligation de soumettre la salariée à un examen médical périodique par le médecin du travail* » et le condamne à indemniser Mme X du préjudice subi.
53. Contrairement à ce qu'indique l'Y dans son courrier du 29 octobre 2015, le Défenseur des droits peut utilement relever l'appréciation faite par le juge départiteur sans que « *cela revienne très directement à tenter de sanctionner deux fois les mêmes faits* », dès lors que le Défenseur des droits ne constitue pas une juridiction mais une autorité constitutionnelle indépendante ayant qualité d'*amicus curiae* auprès des juridictions saisies. Ses observations sont de droit, conformément à l'article 33 de la loi organique n°2011-333, et ne lient pas la juridiction saisie.
54. Dès lors, le Défenseur des droits considère que le défaut de visite médicale d'embauche et de suivi de Mme X par le médecin du travail, malgré ses demandes successives,

---

<sup>6</sup> Page 6 du jugement de départage

caractérisent un manquement de l'Y à son obligation de sécurité de résultat prévue par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail, ce qui lui a nécessairement causé un préjudice.

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

- Constate que le licenciement pour faute grave de Mme X constitue une mesure de rétorsion fondée sur sa dénonciation des faits de discrimination et sanctionnée par la nullité, au sens des articles L.1132-3 et L.1132-4 du code du travail ;
- Constate que l'Y a manqué à son obligation de sécurité de résultat prévue par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail, ce qui a nécessairement causé un préjudice à Mme X.

56. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON