

Paris, le 28 juin 2016

---

**Décision du Défenseur des droits MLD-2016-181**

---

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 Madame X relative à des faits de discrimination à raison de son handicap ;

Constate que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire fondé sur son handicap au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, ayant eu pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer son état de santé et de compromettre son avenir professionnel ;

Constate que le non-renouvellement du contrat de travail de Madame X s'inscrit dans le cadre de ce harcèlement et s'analyse en une mesure de rétorsion faisant suite à la dénonciation des faits ;

Constate qu'en ne présentant pas Madame X à la visite médicale d'embauche, la société Y a manqué à son obligation de sécurité de résultat prévue par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail ;

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

Jacques TOUBON

**Présentation d'observations devant le Conseil de prud'hommes compétent dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le 16 juin 2015, le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire du délégué territoriale du Rhône, d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination à raison de son handicap.

**I. FAITS ET PROCÉDURE :**

2. Par décision du 25 juillet 2011, la Maison Départementale des Personnes Handicapées du Rhône reconnaît la qualité de travailleur handicapé à Madame X pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2011 au 30 avril 2016.
3. Par douze contrats de travail à durée déterminée successifs couvrant la période du 8 novembre 2013 au 2 juillet 2015, Mme X est recrutée par la société Y, en qualité d'employée commerciale, pour remplacements de salariés ou accroissement temporaire d'activité. Elle est affectée au magasin de XXXX.
4. Le dernier contrat de travail est conclu pour la période du 3 novembre 2014 au 2 juillet 2015, afin de pourvoir au remplacement d'une salariée en congé parental, Mme Z.
5. Mme X estime avoir subi un harcèlement moral, depuis décembre 2014, de la part du nouveau directeur du magasin, Monsieur A, qui aurait formulé à son encontre de nombreux reproches, en lien avec son handicap.
6. Elle allègue également que les préconisations du médecin du travail relatives à l'octroi d'un siège ergonomique et formulées dans un avis du 17 février 2015 n'ont pas été respectées.
7. À compter du 28 mai 2015, Mme X est arrêtée pour « *souffrance au travail* », et ce jusqu'au 2 juillet 2015, date du terme de son contrat de travail.
8. Par courrier du 12 juin 2015, elle alerte la direction régionale des difficultés rencontrées.
9. Par courrier du 22 juin 2015, la direction opérationnelle Rhône-Alpes lui répond qu'elle porte à leur connaissance « *des allégations graves à l'encontre du directeur du magasin (...) sans apporter de dates précises quant aux situations décrites ni de témoignage corroborant [sa] version des faits* ».
10. Le contrat de travail de Mme X n'est pas renouvelé alors que, selon la réclamante, la salariée qu'elle remplaçait, Mme Z, a prolongé son congé parental jusqu'au 23 avril 2016.
11. Au vu des éléments communiqués par la réclamante, 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 28 juillet 2015, la direction opérationnelle Rhône-Alpes de la société Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués et solliciter la communication d'un certain nombre de pièces. La société y a répondu par courrier du 23 septembre 2015.
12. Après analyse des éléments de réponse de la société Y, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier du 8 décembre 2015, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier, en l'invitant à présenter tout élément et document utile. Par courrier du 8 janvier 2016, la société a présenté des explications

complémentaires et un certain nombre de pièces qui ont été analysées par le Défenseur des droits.

13. Enfin, par courrier du 31 mars 2016, le Défenseur des droits a interrogé la société Y sur l'absence de visite médicale d'embauche relevée au cours de son enquête et lui a demandé de fournir tout document concernant la date de retour de Mme Z au sein de l'entreprise. Par courrier du 20 avril 2016, la société a confirmé que Mme X n'avait pas fait l'objet d'une visite médicale avant son embauche et a indiqué que Mme Z avait prolongé son congé parental, sans communiquer de document.

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

### **➤ *Sur l'absence de visite médicale avant l'embauche de Mme X :***

14. L'article R.4624-10 du code du travail prévoit que « *Le salarié bénéficie d'un examen médical avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai par le médecin du travail* ».
15. L'examen d'embauche a pour finalité de s'assurer que le salarié est médicalement apte au poste de travail auquel l'employeur envisage de l'affecter et, le cas échéant, de proposer les adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes.
16. La Cour de cassation précise que l'organisation de la visite médicale d'embauche ressort de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur et la carence ou le retard dans l'organisation de celle-ci cause nécessairement au salarié un préjudice (*Cass. soc., 5 octobre 2010, n° 09-40913 ; Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-11709*).
17. L'article R.4624-18 4° du code du travail précise que, concernant les salariés qui bénéficient d'une surveillance médicale renforcée et notamment les travailleurs handicapés, la visite médicale doit être réalisée avant l'embauche.
18. Constitue ainsi un manquement à son obligation de sécurité de résultat, le fait « *de n'avoir demandé au médecin du travail ses suggestions pour aménager le poste de travail que six mois après le commencement d'exécution du contrat alors que l'employeur est tenu de faire passer une visite médicale avant l'embauche d'un travailleur handicapé* » (*Cass. soc., 25 janvier 2012, n°09-72671*).
19. En l'espèce, les éléments de l'enquête menée par le Défenseur des droits laissent apparaître que la société Y avait connaissance de la qualité de travailleur handicapé de Mme X au moment de son embauche et qu'elle ne s'est pourtant pas conformée à son obligation de lui faire passer une visite médicale avant son recrutement.
20. Cela aurait pourtant permis au médecin du travail de se prononcer sur la nécessité d'aménager son poste de travail dès sa prise de poste au lieu d'attendre le 17 février 2015, soit trois mois après son embauche, ce qui a eu pour effet de retarder l'aménagement de son poste de travail.
21. Dès lors, le Défenseur des droits constate que la société Y a ainsi manqué à son obligation de sécurité de résultat prévu par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail et a nécessairement causé un préjudice à Mme X en ne prenant pas en compte sa qualité de travailleur handicapé et en retardant l'aménagement de son poste de travail.

### **➤ *Sur l'existence d'un harcèlement discriminatoire fondé sur le handicap de Mme X :***

22. L'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination prévoit 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<sup>er</sup> 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 handicap* ».
23. L'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précise que « *La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa - notamment le handicap - subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».
24. Cet article transpose en droit interne l'article 253 de 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 qui dispose : « *Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup> - dont le handicap - 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* ».
25. Au vu de ces dispositions, le Défenseur des droits considère que tout agissement subi par un salarié et lié à un critère de discrimination prohibé constitue un harcèlement discriminatoire lorsqu'il a pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.
26. Dans un avis n°15-23 en date du 28 octobre 2015, émis à l'occasion du projet de loi n°661 portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, le Défenseur des droits a ainsi proposé de préciser les termes de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 afin d'introduire la notion de harcèlement discriminatoire<sup>1</sup>.
27. S'agissant du régime de la preuve, l'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 prévoit que le salarié doit présenter des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination et qu'il incombe à l'employeur de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Cet article est le pendant de l'article L.1134-1 du code du travail relatif au principe de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination.
28. Le Défenseur des droits rappelle qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière civile, le harcèlement ne suppose pas d'établir la preuve d'une quelconque intention (*Cass. soc., 10 novembre 2009, n°08-41497*) et que les faits de harcèlement et de discrimination doivent être appréciés de manière globale (*Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603 ; 29 juin 2011, n°10-15792*).
29. En l'espèce, Mme X explique qu'antérieurement à sa visite médicale d'embauche et face au besoin d'aménager son poste de travail, elle a pris contact avec Mme B, chargée de la Mission handicap de la direction opérationnelle Rhône-Alpes. Monsieur A lui aurait alors vivement reproché cette initiative en lui déclarant « *Je ne vous pardonnerai pas, vous avez voulu passer au-dessus de moi, qui est-ce qui commande ici, c'est moi, qui est-ce qui vous paie, c'est moi, il m'a dit que j'étais en CDD et que je n'avais droit à rien ici* ». Mme X a dénoncé ces propos par courrier du 12 juin 2015 à la direction de la société.

---

<sup>1</sup> Pages 3 et 4 de l'Avis

30. Elle indique également que les faits de harcèlement se seraient aggravés après l'aménagement de poste préconisé par le médecin du travail. Dans son courrier du 12 juin 2015, elle précise : « *Le mercredi 27 mai (...) M. A me reçoit dans son bureau et il me dit qu'il met fin à mon CDD et que de toute façon il ne me reprendra plus jamais même s'il a besoin de quelqu'un, il a continué à me faire des reproches parce que j'avais appelé le siège social et que je n'aurais jamais dû faire ça ! Je lui ai demandé où était mon siège que j'attends depuis longtemps et dont j'ai besoin, il m'a répondu que si le siège était là, il servirait à quelqu'un d'autre* ».
31. Afin de confirmer ses déclarations, Mme X produit l'attestation de Monsieur C, responsable adjoint zone marché de la société au moment des faits, datée du 27 septembre 2015, qui déclare avoir distinctement entendu M. A s'adresser à elle en ces termes : « *Vous vous êtes permis de passer par-dessus moi, en appelant la DRH, vous n'avez aucun droit ici (...). Ce n'est parce que vous êtes handicapée que vous pouvez vous permettre de faire ce que vous voulez ! (...)* ».
32. En outre, dans un courriel du 16 juin 2015, Monsieur D, délégué du personnel et délégué syndical CFTC, a indiqué au délégué du Défenseur des droits qui l'avait interrogé, que « *Mme X qui est une personne reconnue comme travailleur handicapé a eu le malheur de téléphoner à Mme B (...) M. A l'a pourrie en salle de pause devant les salariés avant de finir sa conversation dans son bureau en lui disant que même s'il recevait la chaise ergonomique, elle ne serait pas pour elle* ». Il indique ensuite qu'à la demande de Mme X, il a sollicité M. A qui lui a déclaré qu'il ne la « *reprendrait pas à la fin de son CDD (...) puisqu'elle a voulu passer au-dessus de moi, elle est grillée ici et même dans les autres magasins, j'ai déjà appelé les directeurs* ».
33. Enfin, les éléments communiqués par Mme X laissent apparaître une dégradation de son état de santé concomitante aux propos dénoncés puisqu'elle a été placée en arrêt de travail pour souffrance au travail dès le 28 mai 2015, soit le lendemain de l'altercation avec M. A dénoncée auprès de la direction.
34. Dans ses réponses, la société Y nie toute discrimination à l'encontre de Mme X et fait valoir que la réclamante a été embauchée en qualité de travailleur handicapé, grâce à l'aide du CAP EMPLOI du Rhône avec lequel collabore la société. Toutefois, les faits dénoncés se sont produits en 2014, après la nomination en tant que directeur de magasin de M. A.
35. La société Y produit également plusieurs attestations de salariés faisant état de l'absence de comportement discriminatoire de M. A à l'encontre de Mme X. Néanmoins, ces attestations ne permettent pas de justifier de manière objective les faits dénoncés et constatés par ailleurs, compte tenu du lien de subordination hiérarchique et d'intérêt économique les liant à l'entreprise.
36. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que les agissements de M. A à l'encontre de Mme X sont en lien avec sa qualité de travailleur handicapé et ont eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2007-496 du 27 mai 2008 et des dispositions précitées.

➤ **Sur l'absence de renouvellement du contrat de travail de Mme X :**

37. 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* ».

38. 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.
39. Comme en matière de harcèlement moral, le salarié qui relate des faits de discrimination ne peut voir son contrat de travail rompu pour ce motif, sauf à démontrer qu'il était de mauvaise foi.
40. 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*).
41. En l'absence de preuve de la mauvaise foi du salarié par l'employeur, la sanction est la nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.
42. En l'espèce, les éléments recueillis au cours de l'enquête du Défenseur des droits laissent apparaître que la dénonciation par Mme X des agissements qu'elle estimait subir par M. A semble avoir été prise en compte dans la décision de l'employeur de ne pas renouveler son contrat de travail à durée déterminée.
43. En effet, le courrier du 12 juin 2015 de Mme X, le courriel de M. D du 16 juin 2015 et l'attestation de M. C du 27 septembre 2015 précités permettent de constater que M. A lui a reproché d'avoir dénoncé les difficultés qu'elle rencontrait dans l'aménagement de son poste de travail et lui a indiqué qu'il ne renouvellerait pas son contrat de travail.
44. Ces éléments sont confirmés par une pétition « à l'encontre de M. A » de plus de 40 clients du magasin de XXXX en date du 14 juin 2015 : « M. A, directeur, lui a annoncé qu'il n'y aura pas de renouvellement du CDD ni maintenant ni jamais selon ses propres propos. Suite à cela, nous trouvons déplorable de nous priver d'une caissière rapide et agréable, ce qui était un plaisir de passer à sa caisse. Sur ce fait, nous soutenons Mme X, nous réfutons les dires du directeur prétextant que Mme X était incompétente et que nous, la clientèle, s'était plainte de cette dernière, ce qui est totalement faux ».
45. Dans ses réponses, la société Y fait valoir que la décision de ne pas renouveler le contrat de Mme X est fondée sur ses compétences professionnelles et, plus particulièrement, sur son attitude très familière avec certains clients.
46. La société conteste la prise en compte par le Défenseur des droits de la pétition produite par la réclamante. En réponse, elle produit un certain nombre d'attestations de salariés, plus à mêmes selon elle, d'évaluer les compétences professionnelles de la réclamante.
47. Néanmoins, outre les liens de subordination et d'intérêt économique de ces salariés avec la société, le Défenseur des droits souligne qu'aucun élément matériellement vérifiable tel que des évaluations professionnelles ou des lettres d'avertissement concomitantes aux faits reprochés à Mme X ne vient corroborer les déclarations de la société.
48. Le Défenseur des droits relève également que la société Y avait renouvelé à douze reprises sa collaboration avec Mme X dans le cadre de contrats à durée déterminée au poste d'hôtesse de caisse, ce qui tend à démontrer qu'elle était satisfaite de la qualité de son travail.

49. D'ailleurs, le courrier du 22 juin 2015 par lequel la direction opérationnelle Rhône-Alpes annonce à Mme X la fin de leur collaboration ne fait aucune référence à ses compétences professionnelles. Les termes de cette lettre laissent au contraire apparaître que la décision de ne pas renouveler son contrat est en lien avec sa dénonciation des faits : *« Vous portez à notre connaissance des allégations graves à l'encontre du directeur du magasin de XXXX, Monsieur A, mais ce, sans apporter de dates précises quant aux situations décrites ni de témoignages corroborant votre version des faits (...). Lors de la conclusion de votre contrat de travail à durée déterminée, une date de fin au 2 juillet 2015 a été indiquée correspondant au retour supposé de la salariée remplacée. La poursuite éventuelle d'une relation de travail de façon durable et permanente est possible en fonction des besoins de l'entreprise et de l'entente réciproque entre un employeur et un collaborateur. Il semble, à travers la lecture de vos courriers, qu'aucune de ces deux conditions ne soient réunies. Nous vous souhaitons donc bonne continuation dans votre vie professionnelle ».*
50. Par ailleurs, le fait que deux représentants du personnel, M. D et Mme E attestent en faveur de la société que le non-renouvellement du contrat de travail de Mme X n'est pas en lien avec son handicap ne constitue pas un élément objectif suffisant. En effet, dans son courriel du 16 juin 2015 précité, M. D relate les propos de M. A portant directement atteinte à la qualité de travailleur handicapé de Mme X, tout en considérant que cela ne constitue pas *« une discrimination pure et simple »* puisque M. A faisait également subir des brimades à d'autres salariés de l'entreprise.
51. Enfin, le Défenseur des droits relève que la salariée que remplaçait en dernier lieu Mme X avait décidé de prolonger son congé parental, de sorte que le poste qu'elle occupait était toujours disponible au sein de l'entreprise au 2 juillet 2015.
52. Dès lors, le Défenseur des droits considère que l'absence de renouvellement du contrat de travail de Mme X par la société Y n'est pas fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination mais s'inscrit dans le contexte des faits de harcèlement relevés plus haut et dénoncés par Mme X auprès de la direction.
53. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Madame X n'a pas fait l'objet de visite médicale avant son embauche au sein de la société Y, en dépit de sa qualité de travailleur handicapé dont avait connaissance la société, ce qui caractérise un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat prévue par la loi et ce qui a nécessairement causé un préjudice à la salariée au sens de la jurisprudence ;
  - Constate que Madame X a subi des agissements en lien avec son handicap de la part de M. A, susceptibles d'être qualifiés de harcèlement discriminatoire au sens des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2007-496 du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination ;
  - Constate que le non-renouvellement du contrat de travail de Mme X au sein de la société Y s'inscrit dans le cadre des agissements qu'elle a subis et dénoncés auprès de la direction de la société et est ainsi susceptible d'être qualifié de mesure de rétorsion sanctionnée par la nullité au sens des articles L.1132-3 et L.1132-4 du code du travail.
54. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Conseil de prud'hommes compétent et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON