

Paris, le 21 juin 2016

---

**Décision du Défenseur des droits n°MLD 2016-171**

---

**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 par Monsieur X d'une réclamation relative aux difficultés qu'il a rencontrées dans le cadre de son emploi et qu'il estime discriminatoires car en lien avec son orientation sexuelle ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de XXXX.

Jacques TOUBON

**Observations devant la Cour d'appel de XXXX**

-

**Présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le 4 février 2014, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative aux difficultés qu'il a rencontrées dans le cadre de son emploi et qu'il estime discriminatoires car en lien avec son orientation sexuelle.
2. Par jugement du 17 septembre 2013, Monsieur X est débouté par le Conseil de prud'hommes de XXXX de ses demandes relatives à la réparation de la discrimination dont il s'estime victime et à la reconnaissance de la nullité de la rupture de son contrat de travail, aux motifs qu'il ne présente pas d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination et que ce n'est pas l'employeur qui a pris l'initiative de rompre son contrat de travail.
3. Monsieur X a interjeté appel de ce jugement.

**RAPPEL DES FAITS :**

4. Le 10 mai 2004, Monsieur X a été embauché par la société Y sous contrat à durée indéterminée en qualité de chargé d'affaires au sein du département Corporative Finance du pôle banque de financement et d'investissement (CIB). Embauché en qualité d'« Associate », il est devenu « Vice-president » le 1<sup>er</sup> mars 2006 et « Director », soit responsable d'affaires, le 1<sup>er</sup> février 2009, poste qu'il a occupé en dernier lieu.
5. Il indique que son orientation sexuelle étant peu à peu connue de son entourage professionnel, des questions lui auraient été posées par ses collègues et ses supérieurs hiérarchiques. La plupart auraient eu ensuite à son encontre des propos et des comportements humiliants, dégradants et offensants.
6. Pour le démontrer, Monsieur X produit, en premier lieu, des courriels échangés sur la messagerie professionnelle de la société Y par les cadres du CIB. Ils montrent que ses collègues ont connaissance de son homosexualité et qu'ils y font référence à des fins de moqueries.
7. En second lieu, il produit plusieurs attestations d'autres collègues, comme celle de Madame Z, responsable d'affaires/Director au sein du CIB, qui témoigne qu'il « *est venu [lui] parler début 2011 car il était très bouleversé de ce qui se passait autour de lui dans son équipe. À l'époque Monsieur X [...] m'a dit que l'un des analystes [...] était allé le voir pour l'informer du fait que Monsieur A (un collègue de l'équipe de Monsieur X pendant plusieurs années) l'avait interrogé et voulait avoir la confirmation de l'homosexualité de Monsieur X* ».
8. Il indique que cette déconsidération de sa personne, en raison de son orientation sexuelle, explique la différence de traitement dont il s'estime victime en terme de rémunération par rapport aux autres salariés « responsables d'affaires/Directors ».
9. Enfin, Monsieur X explique que son orientation sexuelle a également motivé le sort particulier réservé à son contrat de travail, rompu dans le cadre d'un plan de départs volontaires qu'il dit, dans ces conditions, avoir été contraint d'accepter.

10. Il montre que la discrimination dont il s'estime victime et, dans ce contexte, la rupture de son contrat de travail, ont dégradé son état de santé. La médecine du travail a relevé, le 6 avril 2012, qu'il est sujet à un fort stress et fait l'objet d'un suivi médical suite « *aux décisions prises par la hiérarchie* ».

11. Par courriel du 19 avril 2012, Monsieur X s'est porté candidat pour adhérer au plan de départs volontaires, ce qu'il a formellement confirmé par un courrier en date du 25 juin 2012. Entre temps, le 19 juin 2012, le médecin du travail précise sur son dossier médical « *conflit de travail majeur → plan de départs* ».
12. Par courrier du 26 juin 2012, une lettre manuscrite confirmant son souhait de départ volontaire ainsi que la signature d'une convention de rupture de son contrat de travail lui sont demandées.
13. Le 13 juillet 2012, Monsieur X se voit notifier la rupture de son contrat de travail et il indique, par un courrier recommandé en date du 16 juillet 2012 qu'il n'entend pas bénéficier du congé de reclassement.
14. Par courriel du 18 juillet 2012, Madame B, Gestionnaire des ressources humaines au sein du CIB, lui répond qu'elle attend le retour de la « *convention de rupture d'un commun accord* » avant de réaliser les formalités permettant le versement des indemnités de départ.
15. Par courriels du 19 juillet 2012, Monsieur X conteste cette procédure supplémentaire au motif qu'elle n'est pas prévue par le plan de départs volontaires. Dans un courrier recommandé daté du lendemain, il dénonce des « pressions » de la part de la société Y.
16. Par courriel du 22 octobre 2012, l'Inspection du travail rappelle à la société Y que l'article L. 1237-11 du code du travail relatif à la rupture conventionnelle du contrat de travail est un mode de rupture formellement interdit dans le cadre d'un plan de départs volontaires et que seule une lettre de rupture du contrat de travail est nécessaire pour y mettre fin.
17. Néanmoins, entre-temps, le 19 octobre 2012, Monsieur X a renvoyé à la société Y la convention de rupture datée du 28 septembre 2012. Il précise alors : « *Je suis très en colère et blessé par le traitement exécrationnel que vous m'avez infligé dans les dernières années et notamment 2012* ».

**ENQUETE :**

18. Au vu des éléments présentés par Monsieur X, le Défenseur des droits a demandé un certain nombre de pièces et d'explications à la société Y qui a donné suite à cette demande, sans toutefois produire le dossier personnel de Monsieur C, son principal comparant.
19. Sur la base des éléments qu'elle a produits, le Défenseur des droits a ensuite adressé à la société Y une note récapitulant son analyse du dossier et lui a offert de formuler des observations complémentaires. Elle a en effet pour objet d'inviter le mis en cause à apporter des justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne statue.
20. De plus, le Défenseur des droits a fait droit à la demande de rencontre des conseils de la société Y pour présenter les éléments de réponse apportés à la note récapitulative. Il les a entendus le 31 mai 2016. Dans le courrier de réponse, la société Y conteste l'existence de toute discrimination au préjudice de Monsieur X que ce soit tant dans à l'égard de ses conditions de travail, de sa rémunération, que de la rupture de son contrat de travail.
21. Le Défenseur des droits relève cependant que plusieurs éléments concordants montrent que Monsieur X a été victime d'un harcèlement discriminatoire motivé par son orientation sexuelle, lequel a abouti à sa marginalisation et a eu une incidence sur la façon dont sa rémunération a été décidée et l'a contraint à adhérer à un plan de départs volontaires.

## ANALYSE JURIDIQUE :

- **Sur le harcèlement discriminatoire en raison de l'orientation sexuelle :**

22. L'article L. 1132-1 du code du travail définit le principe de non-discrimination en vertu duquel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en raison de son orientation sexuelle.
23. Cet article renvoi, aux fins de définir la discrimination, 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, selon lequel une discrimination est constituée lorsqu'*« 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 »*, notamment en raison de son orientation sexuelle.
24. Mais cette disposition précise également que *« la discrimination inclut : [1°] tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa [dont l'orientation sexuelle] et tout agissement à connotation sexuelle, subis 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 »*.
25. En précisant ainsi la définition de la discrimination, le législateur a entendu sanctionner un ensemble de comportements à connotation sexuelle dans le cadre professionnel, quand ils portent atteinte à la dignité et créent une situation hostile ou offensante.
26. Pour la Cour de cassation, tel est le cas des propos sexistes, grivois ou obscènes, les insultes et les moqueries douteuses à caractère sexuel (Cass. soc., 20 mai 2015, pourvoi n° 14-13.537).
27. Enfin, l'article L. 1134-1 du code du travail, relatif au principe d'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination, dispose que *« lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée »*.
28. Il est constant que pour *« laisser supposer l'existence d'une discrimination »*, les *« éléments de faits »* devant être présentés par le salarié doivent être précis et concordants (Cass. soc., 3 avr. 2002, pourvoi n° 00-42.583 ; Cass. soc., 20 mai 2008, pourvoi n° 06-45.556).
29. Lorsque ces éléments de faits, qui doivent être appréciés dans leur globalité, constituent un faisceau d'indices laissant supposer l'existence d'une discrimination, l'employeur doit renverser cette présomption en démontrant que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée (Cass. soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n° 166).
30. En l'espèce, Monsieur X montre qu'il a été destinataire, directement ou en copie, de plusieurs courriels échangés sur la messagerie professionnelle de la société Y par les cadres du CIB. Il en ressort que ses collègues ont connaissance de son homosexualité et qu'ils y font référence, tant implicitement qu'expressément, à des fins de moqueries et d'humiliations.
31. À titre d'exemple, Monsieur X est destinataire, le 18 juin 2009, d'un courriel envoyé par Monsieur D, son supérieur hiérarchique, dans lequel il est écrit *« De quel sexe êtes-vous ? Êtes-vous une femme ou un homme ? Pour le savoir, regardez en bas ! [...] Mais pas en bas de l'e-mail, andouille »*.

32. Le 19 juin 2009, Monsieur D adresse un courriel à Monsieur A, un des collègues de Monsieur X - qui pour sa part est en copie -, comportant une photographie de 10 femmes très légèrement vêtues avec pour commentaire : « *elles sont 10, nous sommes 8* ». Or, ce courriel est adressé à 9 hommes, ce qui revient à en exclure un en raison de son orientation sexuelle. Il semble, au regard des courriels suivants, que ce soit Monsieur X.
33. De fait, le 9 février 2010, ce dernier est destinataire d'un courriel de Monsieur A lui souhaitant un « *joyeux anniversaire de la part de toute l'équipe ISS* ». Il comporte un montage photographique plaçant la photographie professionnelle de Monsieur X sur le visage d'un homme nu en caleçon, boulet au pied et accompagné d'une poupée gonflable. Toute l'équipe est en copie.
34. Enfin, un autre courriel adressé à Monsieur X par Monsieur D le 13 octobre 2010, montre qu'il se réfère à son orientation sexuelle dans le cadre d'échanges professionnels. Ce courriel comporte en effet ces deux seules phrases « *ta contribution sectorielle sera discutée au comité mandat. Avec ta "femme" tu pourras partager le travail et limiter ta participation à des thématiques sectorielles* ».
35. La connaissance de l'orientation sexuelle du réclamant par son supérieur hiérarchique et ses collègues est corroborée par les attestations produites par Monsieur X, comme celle précitée de Madame Z, responsable d'affaires/Director au sein du CIB (voir para. 7).
36. Interrogée par le Défenseur des droits sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ainsi alléguée par Monsieur X, la société Y fait valoir, à l'instar du jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de PARIS le XX XX XX, qu'elle « *n'est pas étayée par des éléments de fait laissant présumer l'existence d'un manquement de l'employeur* ».
37. Pourtant, force est de constater que les courriels précités, étayés par plusieurs témoignages, sont des éléments de faits précis et concordants qui laissent présumer l'existence d'un harcèlement discriminatoire au préjudice de Monsieur X en raison de son orientation sexuelle.
38. Dans ses courriers de réponse à l'instruction, la société Y en relativise la portée, bien qu'elle en reconnaisse le caractère « *grivois* » et « *déplacé* » de ces courriels. Elle fait valoir qu'ils ne démontrent en rien que l'équipe de Monsieur X et, spécialement son supérieur hiérarchique, Monsieur D, avaient connaissance de son homosexualité et qu'ils s'en moquent. Il s'agirait de « *plaisanteries* », auxquelles Monsieur X aurait également participé. La société Y présente le témoignage de Monsieur D pour le démontrer.
39. Toutefois, le Défenseur des droits ne saurait en retenir la pertinence dès lors que la société Y ne produit pas des courriels de Monsieur X rédigeant ou même participant à des échanges à connotation sexuelle et échoue à démontrer qu'ils ne le visent pas.
40. De fait, si elle indique, s'agissant du courriel de Monsieur D en date du 19 juin 2009 dans lequel il écrit à propos de femmes légèrement vêtues « *elles sont 10, nous sommes 8* », qu'il ne vise pas à exclure Monsieur X dès lors qu'il s'exclut du décompte des hommes en tant qu'expéditeur, sa formule « *nous sommes 8* » le contredit.
41. De même, rien ne peut établir que Monsieur D visait, dans son courriel du 13 octobre 2010, Madame Z en indiquant à Monsieur X qu'il pourra « *partager le travail avec sa "femme"* », comme l'affirme la société Y. Ce peut être également un analyste travaillant avec Monsieur X. De fait, Madame Z, si elle peut être ponctuellement associée à des transactions, travaille sur

des marchés différents que ce dernier, à savoir les marchés pharmaceutiques (consumer Healthcare).

42. Enfin, il ne peut être soutenu que le courriel en date du 9 février 2010, souhaitant à Monsieur X, un « *joyeux anniversaire de la part de toute l'équipe ISS* », ne le vise pas personnellement et qu'il s'agit d'une simple plaisanterie, en toute "camaraderie".
43. Pour cause, le montage photographique qu'il comporte avec la photographie professionnelle de Monsieur X sur le corps d'un homme nu agrippant un jouet sexuel représentant une femme, est sans contestation possible à caractère sexuel et dégradant, le boulet que cet homme porte au pied étant au moins un symbole d'entrave.
44. Aussi, le Défenseur des droits observe que le contenu des courriels en cause vise l'orientation sexuelle de Monsieur X et qu'il crée un environnement hostile, offensant et humiliant, et ce d'autant plus qu'ils sont adressés à toute son équipe ou rédigés par son supérieur hiérarchique.
45. La société Y fait valoir que Monsieur X « *n'a pas réagi à la suite de l'envoi [des] 4 courriels [litigieux] afin d'exprimer sa désapprobation* » et qu'« *il ne produit comme seules pièces quatre mails qui ne démontrent en rien un acte d'hostilité* ». Pour elle, « *les 4 emails échangés sur le ton de la plaisanterie ne sauraient accréditer les allégations de Monsieur X au regard de son parcours professionnel en constante évolution et des liens professionnels et amicaux entretenus avec Monsieur D* ».
46. Toutefois, il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction que, quand bien même Monsieur D était un « *référant* » pour Monsieur X et qu'une « *relation professionnelle de qualité* » s'est construite entre eux, il n'en reste pas moins que le premier a toléré, si ce n'est encouragé, des communications grivoises et sexistes au sein de son équipe qui ont heurtées le second.
47. Il faut relever que les courriels en cause ont cessés après le changement d'affectation de Monsieur D le 31 décembre 2010 et que la société Y ne saurait minorer, à l'aune de son attestation, le ressenti de Monsieur X quant à leur contenu dégradant et offensant.
48. Il convient également de rappeler que les propos et les remarques homophobes sont de nature à faire présumer l'existence d'un harcèlement au détriment de la personne qu'ils visent, *a fortiori* lorsqu'ils sont réitérés (CA Paris, 2 juillet 2013, RG n° 11/05571 ; Circulaire CRIM n° 2012-15 du 7 août 2012). En outre, les propos sexistes, grivois ou obscènes, les insultes et les moqueries douteuses à caractère sexuel ont pour effet de porter atteinte à la dignité en créant un environnement hostile, dégradant, humiliant et offensant et qu'ils caractérisent en cela une situation de harcèlement, quand bien même le salarié qui les impose à un ou plusieurs collègues méconnaît la portée de ses actes (Cass. crim., 11 novembre 2015, pourvoi n° 14-85.591).
49. Le Défenseur des droits relève qu'il faut ajouter à ces éléments, ceux révélant des conditions de travail qui confortent les hommes hétérosexuels dans des postures sexistes et, partant, l'existence un climat de travail hostile aux salariés homosexuels.
50. Monsieur X montre en effet que la société Y rembourse, au titre des frais « restaurant – employés », les consommations dans un club de strip-tease des Champs-Élysées et qu'il est arrivé qu'elle loue des services de strip-tease à l'occasion de pots de départ.

51. De plus, Monsieur X produit, en plus des courriels précités, d'autres échanges entre les cadres du CIB montrant qu'ils se confortent dans des stéréotypes masculins et des postures sexistes <sup>1</sup>.
52. Enfin, Madame E, atteste que « dans le cadre de [s]es fonctions de déléguée du personnel au siège social de la société Y», elle a rencontré plusieurs salariés qui lui ont fait part « de propos dénigrant les homosexuels, de remarques déplacées et homophobes ». Elle ajoute que « le fait de ne pas être dans la norme, d'être homosexuel à la société Y pouvait et peut encore se révéler très pénalisant, entraîner une mise à l'écart de l'intéressé ».
53. A cet égard, la société Y indique qu'elle souhaite « s'inscrire en faux » contre les « accusations » de Monsieur X qui viseraient « à jeter le discrédit sur la Banque et sur ses collaborateurs ». Elle insiste sur le fait qu'elle « mène une politique active de lutte contre toute forme de discrimination intégrée dans tous les processus au niveau des ressources humaines ».
54. Mais, quand bien même le Défenseur des droits prend acte du fait que la situation de Monsieur X n'a « pas valeur de contre-exemple de [ses] valeurs éthiques », comme le lui demande la société Y, il rappelle que l'engagement des entreprises dans la lutte contre les discriminations et la promotion de la diversité n'est pas exclusif des discriminations commises à l'encontre de leurs salariés et qu'il ne les contrebalance en aucun cas (CA Paris, 6 juill. 2007, RG n° 06/07900, *Juris-data* n° 2007-339914). En outre, il semble que la majorité des engagements pris par la société Y dans ce domaine sont postérieurs à la naissance du contentieux l'opposant à Monsieur X <sup>2</sup>.
55. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que Monsieur X a été victime d'un harcèlement discriminatoire motivé par son orientation sexuelle.

- **Sur la différence de traitement en matière de rémunération dans le contexte de harcèlement discriminatoire :**

56. L'article L. 1132-1 du code du travail précise, au titre de la définition du principe de non-discrimination, qu'aucun salarié ne peut 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, [...] notamment en matière de rémunération au sens de l'article L. 3221-3 [...] » en raison de son orientation sexuelle.
57. Pour déterminer l'existence d'une différence de traitement en matière de rémunération et, le cas échéant, sa motivation par un critère de discrimination illicite, il y a lieu de procéder à une comparaison en deux temps.
58. En premier lieu, il convient de comparer la situation du salarié qui allègue une différence de traitement avec celle des salariés placés dans une situation comparable, c'est-à-dire avec des salariés de la même entreprise, embauchés et promus à des niveaux de qualification et de

---

<sup>1</sup> Il en est ainsi d'un courriel de Monsieur A en date du 15 mai 2009, dont l'objet est « double rubber » (« double préservatif »), restituant un message pornographique laissé par une prostituée à un collaborateur de la banque ; du courriel de Monsieur A en date du 10 février 2010, faisant circuler un article intitulé « Sexe : les français les mieux membrés de l'Union » ; des échanges de courriels entre Monsieur F et Monsieur A en date du 24 juin 2011, dans lequel l'un réclame à l'autre une photographie d'une « jolie femme » et le récit de la soirée prétendument passée avec elle.

<sup>2</sup> Le harcèlement discriminatoire dont Monsieur X est victime à raison de son orientation sexuelle a débuté à compter du 1<sup>er</sup> février 2009, date à laquelle il a été promu directeur/responsable d'affaire et le mois de juillet 2012, date de la rupture de son contrat de travail.



rémunération similaires et occupant les mêmes fonctions (voir, notamment, Cass. soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-12.295 ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362).

59. En second lieu, il convient de comparer les situations individuelles des salariés en cause pour établir ce qui les distingue. S'il apparaît qu'aucun élément objectif ne peut justifier la différence de traitement constatée, tandis que celui qui la subit présente une caractéristique personnelle particulière, telle que son orientation sexuelle, ce traitement défavorable doit être présumé discriminatoire en application de l'article L. 1134-1 du code du travail (voir, notamment, Cass. soc., 22 octobre 2014, préc.).

➤ **Sur la rémunération fixe :**

60. La société Y explique que « *le niveau de rémunération de Monsieur X est parfaitement cohérent avec celui de ses pairs* », en visant spécifiquement Madame G, Messieurs H, I et C, promus au poste de responsable d'affaires/Director au sein du CIB, le 1<sup>er</sup> février 2009 en même temps que Monsieur X. Elle ajoute qu'il a « *multiplié par plus de 5 sa rémunération* » entre 2004 et 2011.

61. Pour la société Y, « *des différences de niveau de rémunération à un instant t s'expliquent notamment par le fait que le niveau de rémunération lors de l'embauche n'est pas le même selon le profil du collaborateur* ». Elle rappelle en effet à bon droit que « *le département CF [CIB] compte des salariés de profils très variés, venant d'écoles de commerce, d'écoles d'ingénieur, etc.* » et qu'il « *tient compte également de l'expérience antérieure* ».

62. Enfin, elle insiste spécialement sur le fait que la situation de Monsieur X n'est pas comparable à celle de Monsieur C.

63. Pour ce faire, elle a fait valoir, dans un premier temps, que ce dernier « *avait été identifié par ses responsables comme ayant une capacité de progression significative qui s'est traduite d'abord par sa promotion en tant (i) que Responsable d'une équipe puis par (ii) sa promotion au poste de Manager Director* ». Elle poursuit en soutenant que « *la Banque transmet les organigrammes de 2011 et 2012 qui positionnent Monsieur C comme Responsable de l'équipe Capital Goods, Paper et Packaging. La promotion de Monsieur C en 2013 comme Manager Director atteste, si besoin est encore, d'un potentiel d'évolution supérieur à Monsieur X qui s'est traduit par des écarts de rémunération parfaitement justifiés* ».

64. Le Défenseur des droits n'a toutefois pas retenu cet argument pour justifier un écart de rémunération puisqu'il est fondé sur la situation de Monsieur C qui est postérieure au départ de Monsieur X de la société Y.

65. La période sur laquelle il convient d'établir une comparaison s'étend du 1<sup>er</sup> février 2009, date de promotion des cadres du CIB au poste de responsable d'affaires/Director, à la fin de l'année 2011, date d'évaluation de l'activité des salariés en vue de déterminer leur rémunération. C'est aussi la période au cours de laquelle Monsieur X indique qu'il a été marginalisé en raison de son orientation sexuelle.

66. La société Y a donc fait valoir, dans un second temps, que Monsieur C a été « *promu* » au rang de « *Responsable de l'équipe Capital Goods* », le 1<sup>er</sup> janvier 2011, après le départ de Monsieur D, dès lors que les nouveaux supérieurs hiérarchiques, Messieurs J et K, étaient basés à l'étranger.

67. Toutefois, la société Y explique que cette promotion à un grade qui n'est pas visé dans le guide de carrière, est d'avantage pratique que formelle. Aussi, si elle ne peut pas produire d'avenant au contrat de travail de Monsieur C pour l'acter, elle présente qu'il signe avec le titre de « Head » le 4 février 2011 et un organigramme en date du 21 juillet 2011, sur lequel ce titre est indiqué.
68. Pour le Défenseur des droits, cette démonstration n'est pas suffisante pour étayer l'absence de comparabilité des postes de Messieurs C et X, au moins entre le 1<sup>er</sup> février 2009 et le 21 juillet 2011, soit l'essentiel de la période de comparaison.
69. De plus, le Défenseur des droits relève qu'il existe une contradiction dans le fait que cette « promotion implicite » ou « auto-promotion » soit présentée par la société Y comme un élément permettant de différencier les postes occupés par Messieurs X et C à compter de 2011, alors que, selon le rapport d'activités de ce dernier, devenir « Head » de l'équipe ISS était une de ses perspectives pour l'année 2012, soit hors de la période de comparaison.
70. Or, sur cette période allant du 1<sup>er</sup> février 2009 au 31 décembre 2011, il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction que Monsieur C est le comparant le plus pertinent pour apprécier l'existence d'une différence de traitement au préjudice de Monsieur X.
71. En effet, tous deux ont été promus au grade de « Director » le 1<sup>er</sup> février 2009 et ils ont depuis cette date exercé les fonctions de « Responsable d'affaires Corporate » affecté au secteur de l'« industrie et des services associés » (« ISS »). Ils géraient à ce titre le même budget et avaient des objectifs similaires, comme en atteste le document « *Budget de l'équipe ISS et plan stratégique* » établi par leurs supérieurs hiérarchiques communs.
72. A cette identité de fonctions s'ajoute une similarité des parcours professionnels puisque Monsieur C a été embauché par la société Y le 16 octobre 2006, quand Monsieur X a été embauché un peu plus d'un an avant, le 10 mai 2004.
73. Le Défenseur des droits prend acte du fait que Monsieur C, à la différence de Monsieur X, est diplômé d'une grande école française et de Stanford et qu'il a exercé 6 ans dans un cabinet d'avocats international de renom (Cleary Gottlieb). Il relève que c'est ce qui justifie la différence entre les salaires d'embauche de Monsieur X (65 000 euros annuels bruts) et Monsieur C (90 000 euros annuels bruts).
74. Toutefois, le Défenseur des droits relève également, qu'en 2006, année d'embauche de Monsieur C, Monsieur X avait un salaire annuel brut de 85.744, 10 euros, très proche et occupait le même poste de « Vice-Président ». En outre, si lors de leur promotion en 2009, un écart de 10 000 euros existait entre leurs rémunérations (92 120 euros pour Monsieur X contre 102 113 euros pour Monsieur C), elle était compensée par une prime de spécialité qui a été versée à Monsieur X à hauteur de 10 000 euros de plus que celle attribuée à Monsieur C.
75. Il ressort de l'analyse des éléments transmis par la société Y que cette compensation a cessé sans justification en 2011. Monsieur X accuse un retard de 20 250 euros sur son salaire annuel de base (94 810 euros) par rapport à celui de Monsieur C (115 700 euros), soit un écart de 21,36 %.
76. Le Défenseur des droits relève donc que la société Y ne justifie pas par des éléments objectifs la différence de rémunération fixe existant entre Monsieur C et Monsieur X.

➤ **Sur la rémunération variable :**

77. La société Y fait valoir que les sommes versées au titre du bonus sont une gratification bénévole.
78. Le Défenseur des droits rappelle toutefois que le caractère discrétionnaire du versement de cette part de rémunération trouve une limite dans le principe de non-discrimination puisqu'il ne serait être arbitrairement réduit ou supprimé pour un motif discriminatoire. Il en résulte qu'il incombe à l'employeur de démontrer que les gratifications bénévoles qu'il octroie reposent sur des motifs objectifs, étrangers à la discrimination alléguée, en application de l'article L. 1134-1 (Cass. soc., 20 avr. 2005, pourvoi n° 03-42.721).
79. En l'espèce, Monsieur X présente plusieurs éléments pour montrer que la part variable de sa rémunération a diminué sans justification depuis 2009 et qu'elle lui a même été supprimée en 2012. Il indique en effet qu'il percevait en 2009, une rémunération variable supérieure à la moyenne des quatre responsables d'affaires/ 'Directors' auxquels il se compare soit Madame G, Messieurs H, I et C. Mais il montre aussi qu'elle devient inférieure à celle-ci de 16, 8 % en 2010, de moins 25,7 % en 2011, pour enfin être réduite à 0 en 2012, au titre de son activité pour l'année 2011.
80. Or, Monsieur X montre, premièrement, en s'appuyant sur un extrait du site intranet de la société Y qu'elle doit être « *fondée sur les résultats effectivement dégagés par l'entité, le métier et le Groupe au cours de l'exercice* ». Son montant est ensuite individuellement fixé en fonction « *du niveau d'atteinte ou de dépassement des objectifs fixés ; des pratiques du marché professionnel dans lequel l'activité est exercée ; et de la fraction de résultat que l'entreprise affecte chaque année à la rémunération variable des collaborateurs* ».
81. Deuxièmement, Monsieur X montre que Monsieur C s'est vu attribuer en 2011, pour l'année 2010, une rémunération variable plus importante que la sienne (285 000 euros pour Monsieur C – contre 178 000 euros pour Monsieur X) en dépit de résultats plus faibles.
82. Enfin, troisièmement, Monsieur X indique qu'il a interrogé ses supérieurs hiérarchiques, Messieurs J et K, sur les motifs de la suppression de son bonus au titre de l'année 2011. Ces derniers l'auraient justifié d'une part, par le fait qu'« *au moment de la prise de décision du comité de rémunération personne n'[a] défendu [s]on travail ni [s]es résultats*» et d'autre part, par le fait que le bonus est attribué de manière « *discrétionnaire* », « *en fonction du potentiel du collaborateur* ».
83. Cet argument est corroboré par une note de la Direction des ressources humaines du CIB qui rappelle que, les « *allocations individuelles des rémunérations variables* » de 2012, au titre de l'activité de l'année 2011, « *ont été nécessairement beaucoup plus sélectives qu'avant, privilégiant les meilleurs performeurs dans chaque équipe. Ceci signifie que pour des niveaux de performance similaires comparés aux années précédentes, les employés pourraient voir leurs rémunérations baissées significativement, pas parce qu'il y a eu un changement majeur dans leur niveau de performance mais parce que le besoin d'une sélectivité renforcée a laissé peu d'argent pour la plupart des membres des équipes, exception faite pour quelques employés exceptionnels avec les atouts clés d'un point de vue du marché* ».
84. Dans son premier courrier de réponse au Défenseur des droits, la société Y se fonde sur cette note pour expliquer que « *Monsieur X a subi les méfaits de la crise et de la politique restrictive de la Banque dans le versement des bonus* ».

85. Le Défenseur des droits relève toutefois que cette explication ne saurait justifier la suppression du bonus attribué en 2012 au seul préjudice de Monsieur X, dès lors que ce n'est pas le cas des autres responsables d'affaires/Director du CIB, et spécialement de ceux travaillant au sein de son équipe ISS. Il existe donc une contradiction à se prévaloir d'une justification devant toucher la collectivité des responsables d'affaires/Director pour expliquer la suppression du bonus au seul détriment de Monsieur X.
86. Le Défenseur des droits observe que cette contradiction se retrouve dans la façon dont les règles d'attribution du bonus ont été appliquées à Monsieur X. Elles visent un seul critère individuel qu'est le « *niveau d'atteinte ou de dépassement des objectifs fixés* », et deux critères par définition collectifs, puisqu'il s'agit des « *pratiques du marché professionnel dans lequel l'activité est exercée* » et de « *la fraction de résultat que l'entreprise affecte chaque année à la rémunération variable des collaborateurs* ».
87. S'agissant du critère individuel d'attribution du bonus, soit le « *niveau d'atteinte ou de dépassement des objectifs fixés* », le Défenseur des droits relève que Monsieur X a rempli 90 % de ses objectifs sur l'année 2011. Il est indiqué à titre liminaire sur son entretien annuel d'évaluation : « *en 2011, Monsieur X a contribué considérablement à l'ISS/Capital Goods, principalement en se concentrant sur le secteur du conditionnement et en démontrant disponibilité et motivation pour travailler efficacement avec de nombreuses équipes de la banque* ». Par comparaison, en 2010, Monsieur X avait rempli ses objectifs à hauteur de 75 %, ce qui lui avait permis d'obtenir un bonus de 178000 euros.
88. De plus, le rapport d'activité de Monsieur X pour l'année 2011 montre qu'il a réalisé deux transactions générant 3 millions d'euros de revenus et qu'il a travaillé en équipe sur sept dossiers générant au moins 7.2 millions d'euros.
89. Par comparaison, le rapport d'activité de Monsieur C pour l'année 2011 ne fait pas état de transactions réalisées et montre qu'il a travaillé un dossier générant 650 000 euros de revenus. De plus, les taux d'objectifs qu'il a atteint en 2010 et 2011 sont inférieurs à ceux de Monsieur X puisqu'ils sont respectivement de 60 % et de 80 %.
90. Il en résulte que le critère individuel du « *niveau d'atteinte ou de dépassement des objectifs fixés* » et de « *la contribution du collaborateur aux profits générés* » ne semble pas avoir été pris en considération lorsque la suppression du bonus de Monsieur X a été décidée.
91. Pour l'expliquer, la société Y, fait valoir, dans son second courrier de réponse à l'instruction, que « *pour la détermination des bonus en 2012, au titre de l'année 2011, l'année 2011 ayant été particulièrement difficile pour le secteur Corporate Finance, les principaux critères retenus [...] pour déterminer le montant des bonus ont été les capacités d'origination des collaborateurs et leur potentiel* ».
92. Elle poursuit en expliquant que « *le pourcentage d'objectifs indiqué sur les évaluations n'est en aucun cas un élément déterminant dans la fixation du montant du bonus. Il convient en effet de préciser que le pourcentage d'objectif qui est sur une échelle de 0 à 150 % a été mis en place à compter de 2010. Cet outil a été source de confusion pour les managers qui ont eu du mal à appréhender les modalités de fixation de l'atteinte des objectifs. Cet élément n'a donc pas été pris en considération lors de l'examen des rémunérations pour fixer le montant du bonus discrétionnaire* ».
93. Or, en avançant de telles justifications, la société Y écarte les éléments objectifs sur le fondement desquels elle peut apprécier l'activité de ses salariés, c'est-à-dire, le taux

d'objectifs atteints, pour les remplacer par des éléments dont elle fait une appréciation subjective, soit l'« origination » - c'est-à-dire le fait de réaliser des marchés par soi-même - et le potentiel.

94. De fait, la société Y affirme que « *c'est à tort que Monsieur X croit pouvoir se prévaloir de ses rapports d'activité pour 2010 et 2011 et des revenus générés à hauteur de plusieurs millions d'euros pour justifier l'octroi d'un bonus, qui devrait être supérieur à celui de Monsieur C* ». Selon elle, « *il s'appuie pour faire état des revenus générés qui ne reflètent en réalité pas sa contribution personnelle. Comme l'explique Monsieur L, responsable de Corporate Finance, Monsieur X a eu un rôle ponctuel, voire parfois marginal dans les projets dont il fait état* ». Enfin, la société Y conclut, en faisant valoir, que si Monsieur C a « *effectivement généré des revenus moins importants [...], il a eu à chaque fois un rôle déterminant dans la conclusion des transactions* ».
95. Le Défenseur des droits relève toutefois que ces arguments entrent en contradiction avec les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction.
96. L'« activity report » ou rapport d'activité de Monsieur C pour l'année 2011 montre seulement dans la partie « origination », qu'il n'a pas réussi à conclure un contrat avec le groupe S et que c'est ensuite ce dernier qui est revenu vers la société Y pour envisager une transaction pour l'année 2012.
97. Par comparaison, il est fait état, dans le rapport d'activité de Monsieur X pour l'année 2011, de deux transactions clôturées pour lesquelles il est indiqué qu'il a apporté des « *support[s] dans l'origination* » « *en fournissant régulièrement des connaissances sectorielles / du marché et éléments de valorisation* », une « *implication quotidienne dans l'exécution du dossier* ».
98. Enfin, pour le Défenseur des droits, la société Y ne peut pas écarter le taux d'objectifs remplis par les salariés au prétexte d'un changement d'échelle source de confusion. De fait, il reste une appréciation sur une échelle de valeur, pour des objectifs identiques, appréciés par le même supérieur hiérarchique.
99. Il en résulte que la société Y ne justifie pas avoir pris en considération des éléments objectifs pour apprécier le critère individuel d'attribution du bonus.
100. S'agissant ensuite des critères collectifs d'attribution du bonus, ceux des « *pratiques du marché professionnel dans lequel l'activité est exercée* » et de la « *la fraction de résultat que l'entreprise affecte chaque année à la rémunération variable des collaborateurs* », le Défenseur des droits observe qu'ils ne sauraient d'avantage justifier cette suppression dès lors que Monsieur X exerce son activité sur le même marché que Monsieur C, celui de l'industrie et des services associés (ISS). Or, « *les pratiques* » de ce marché n'ont pas fait obstacle à ce que ce dernier se voit attribuer un bonus de 150 000 euros.
101. Enfin, le Défenseur des droits observe que la distorsion existant entre la suppression du bonus de Monsieur X, par comparaison à celui des autres responsables d'affaires/Directors de l'équipe ISS du CIB qui auraient perçu en moyenne un bonus de 132 000 euros, ne saurait pas non plus être justifiée par le fait qu'il ne récompense que les « *meilleurs performeurs* », « *des employés exceptionnels avec des atouts clés d'un point de vu du marché* », comme indiqué dans la note du 2 mars 2012.
102. De fait, cela reviendrait à considérer que tous les responsables d'affaires/Directors sont « *meilleurs performeurs* » à l'exception de Monsieur X.

103. Le Défenseur des droits relève enfin le caractère particulièrement subjectif et arbitraire du critère opposé à Monsieur X de « la potentialité future » pour justifier la suppression de son bonus, quand ses règles d'attribution reposent sur l'appréciation des résultats de l'année passée.

104. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits constate que la société Y ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, des éléments objectifs sur lesquels elle se fonde pour justifier la différence de traitement subie par Monsieur X tant au regard de sa rémunération variable.

• **Sur la nullité de la rupture du contrat de travail intervenue dans un contexte de harcèlement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle :**

105. Aux termes du principe de non-discrimination prévu par l'article L. 1132-1 du code du travail aucune personne ne peut être exclue de la relation de travail en raison de son orientation sexuelle.

106. Lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi propose des départs volontaires, la rupture négociée du contrat de travail est une rupture amiable qui intervient sur le fondement de l'article 1134 du Code civil.

107. Comme toute convention, cette rupture amiable du contrat de travail est valable, en application de l'article 1109 du code civil, que si le consentement des parties est exempt de toute notion de dol, violence ou erreur (Cass., soc., 14 juin 2006, pourvoi n° 04-45.775).

108. Le comportement de l'employeur peut en lui-même être de nature à vicier le consentement du salarié (Cass. soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.623), en l'entachant notamment du vice de violence, puisqu'aux termes de l'article 1112 du code civil, « *il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ».

109. En principe, l'article 1113 du code civil prévoit que le vice du consentement entraîne la nullité de la rupture amiable du contrat de travail qui peut être requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 14 juin 2006, préc.). Toutefois, les actes discriminatoires étant spécifiquement sanctionnés par la nullité au sens de l'article L.1132-4 du code du travail, le Défenseur des droits considère que lorsque le vice du consentement procède d'une discrimination, il doit emporter les effets d'un licenciement nul.

110. Enfin, pour établir le caractère discriminatoire de la rupture d'un contrat de travail il est possible de se référer, en plus des éléments de faits présentés par le salarié qui s'estime victime d'une discrimination, à leur chronologie et à leur caractère vexatoire. Ces éléments font partie du faisceau d'indices permettant d'établir une présomption de discrimination que l'employeur doit renverser en démontrant le caractère objectif de ses décisions, conformément à l'article L. 1134-1 du code du travail (Cass. soc., 6 nov. 2013, pourvoi n° 12-22.270).

➤ ***Sur le vice du consentement lors de l'adhésion au plan de départs volontaires :***

111. En l'espèce, le 2 mars 2012, Monsieur X a été informé par ses supérieurs hiérarchiques qu'il ne se verrait pas attribuer de bonus au titre de son activité sur l'année 2011.

112. Le 6 mars 2012, la société Y a ouvert un plan de départs volontaires au sein du CIB dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, auquel Monsieur X a proposé d'adhérer par un courriel en date du 19 avril 2012, puis par un courrier formel en date du 25 juin 2012.
113. Le 13 juillet 2012, il se voit notifier la rupture de son contrat de travail au titre de l'acceptation par la société Y de son offre de départ volontaire. Suivant la procédure, il lui fait savoir par un courrier recommandé du 16 juillet 2012 qu'il n'entend pas bénéficier du congé de reclassement.
114. Interrogée par les services du Défenseur des droits sur les conditions dans lesquelles Monsieur X a émis un consentement libre et éclairé à la rupture amiable de son contrat de travail dans le cadre du plan de départs volontaires, la société Y explique que « [s]es échanges [avec] Monsieur X démontrent sans contestation possible, qu'il n'a jamais été contraint de se porter volontaire au plan de départs ».
115. Au soutien de cette affirmation, elle fait valoir que Monsieur X « a manifesté de manière claire et non-équivoque son souhait de quitter la Banque », qu'il l'a « réitéré sans aucune réserve [...] après avoir reçu l'avis favorable émis par l'Espace Emploi-Accompagnement concernant son projet de création d'entreprise [...] » et enfin, que sa volonté est « également sans équivoque lorsqu'on se réfère à son dossier de candidature, il fait état de son consentement sur plus de 10 pages d'explications sur ses motivations, son rôle dans son projet, sa structure juridique envisagée, [...] ».
116. Le Défenseur des droits observe toutefois que ces arguments entrent en contradiction avec la chronologie des faits et les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction.
117. Il est n'est en effet pas démontré, à ce stade de l'instruction, que Monsieur X a été privé de sa rémunération variable, le 2 mars 2012, pour des motifs objectifs. Or, quatre jours plus tard, le 6 mars 2012, la société Y a ouvert un plan de départs volontaires ayant notamment pour objet de supprimer des postes de cadre au sein du CIB.
118. Monsieur X indique qu'il a sollicité un rendez-vous avec ses supérieurs hiérarchiques, le lendemain de l'ouverture de ce plan de départs, le 7 mars 2012, afin d'obtenir des explications sur la suppression de son bonus. Il lui aurait été répondu qu'« au moment de la prise de décision du comité de rémunération personne n'[a] défendu [s]on travail ni [s]es résultats»
119. Dans un courriel qu'il leur adresse le 30 mars 2012, ainsi qu'à Madame B, Responsable des ressources humaines, Monsieur X dresse un « compte rendu [de leurs] discussions du mois de mars ». Il y rappelle le caractère injustifié de la suppression de son bonus et la différence de traitement qu'il subit par rapport aux autres Responsables d'affaires/Directors.
120. Monsieur X conclut en écrivant « à votre initiative, nous avons eu un deuxième rendez-vous le 30 mars 2012, pendant lequel vous m'avez confirmé qu'il avait été décidé de maintenir ma rémunération variable relative à 2011 égale à zéro. Je ne vous cache pas que je ressens un sentiment de très forte injustice, notamment dû à la dévalorisation de mon travail ainsi que mon engagement personnel qui ne sont pas reconnus par la société Y. Je tiens aussi à vous rappeler que cette situation très désagréable dans laquelle je me trouve actuellement (pour des raisons que je ne comprends toujours pas) est en train de me créer beaucoup de stress et d'anxiété avec un impact conséquent sur ma santé ».
121. C'est dans ce contexte, 13 jours plus tard, le 19 avril 2012, que Monsieur X se « porte candidat au plan de départ volontaire ».

122. Le 19 juin 2012, le médecin du travail a confirmé son diagnostic d'un fort stress professionnel et note à titre additionnel « *conflit de travail majeur → plan de départ* ».

123. Par un courrier en date du 25 juin 2012, Monsieur X a confirmé formellement son départ et il a été dispensé d'activité, à l'initiative du CIB, à compter du 29 juin suivant.

124. Enfin, dès le 5 juillet 2012, la mutation de Monsieur M au sein de l'équipe « industrie et des services associés » (« *Industrial and support services* » - ISS) du CIB est annoncée et il apparaît qu'il reprend, en qualité de « Managing Director », le portefeuille de Monsieur X (Biens industriels et automobile).

125. Force est donc de constater que la suppression injustifiée du bonus et la marginalisation de Monsieur X, en raison de son orientation sexuelle, sont des contraintes qui se sont exercées sur lui lorsqu'il a adhéré au plan de départs volontaires. Elles ont pu être de nature à lui inspirer une crainte, tenant à une dégradation continue de sa relation de travail, venant vicier son consentement.

126. Le Défenseur des droits observe que deux éléments de fait étayaient l'existence de ce vice du consentement.

127. Il s'agit, premièrement, du constat dressé par le Comité d'entreprise sur le fait que le plan de départs volontaires n'a pas atteint l'objectif de départs fixé, spécialement au sein du CIB. Cet élément vient corroborer le fait qu'il aurait été demandé aux managers « d'inviter » des collaborateurs à partir, comme l'allègue Monsieur X.

128. Deuxièmement, le Défenseur des droits observe que Monsieur X fait le lien entre les pressions qu'il estime avoir subies pour adhérer au plan et le harcèlement discriminatoire dont il s'estime victime dans les courriers qu'il a adressé à la société Y postérieurement à la rupture de son contrat de travail.

129. De plus, Monsieur X a dénoncé dans 9 courriels qu'il a adressé à la société Y et dans un courrier les pressions qui s'exercent sur lui pour qu'il consente à la rupture de son contrat de travail. Dans un courrier recommandé en date du 20 juillet 2012, il écrit à la Direction des ressources humaines du CIB : « *Je vous écris suite à nos échanges d'emails du 18 et 19 juillet 2012, votre pression est devenue insupportable et je suis à bout. Je refuse d'être réduit à un zéro et à un silence forcé [...]* » « *[l]es pressions que nous avons subies [les employés], et j'en ai subies, nous ont poussé à ne voir plus que cette solution possible : partir. Mais vous nous en demandez encore et encore plus, comme si c'était nous qui avons décidé de partir* ». De même, dans le courrier recommandé qu'il lui adresse le 19 octobre 2012, Monsieur X écrit « *[...] je suis très en colère et blessé par le traitement exécrable que vous m'avez infligé dans les dernières années et notamment 2012 [...]* ».

130. Par conséquent, le Défenseur des droits considère que l'adhésion de Monsieur X au plan de départs volontaires ne procède pas d'un consentement libre et éclairé compte tenu des circonstances de harcèlement discriminatoire dans lesquelles il l'a émis.

➤ ***Sur le caractère vexatoire de la convention de rupture du contrat de travail imposée au surplus :***

131. Il ressort des éléments produits par Monsieur X que la société Y a souhaité imposer à Monsieur X une procédure surabondante de rupture conventionnelle de son contrat de travail, pourtant rompu depuis le 13 juillet 2012 par l'acceptation de son offre de départ volontaire.



132. De fait, si elle fait valoir que « *la lettre-convention signée par les bénéficiaires du plan de départ volontaire n'est pas une rupture conventionnelle* », il n'en reste pas moins que les formalités auxquelles elle lui a demandé de procéder ont pu l'induire en erreur et s'analysent comme une volonté de « confirmer » un consentement qu'elle savait vicié.
133. De fait, la société Y lui a indiqué, dans un courrier daté du 26 septembre 2012 qu'« *un plan de départs volontaires suppose nécessairement la signature d'une convention de rupture par les deux parties. L'article L.1233-3 du code du travail renvoie ainsi aux dispositions de l'article L. 1237-11 qui prévoit expressément que la rupture d'un commun accord du contrat de travail résulte "d'une convention signée par les parties au contrat"*».
134. Il convient cependant de rappeler que, la rupture conventionnelle du contrat de travail dans les formes de l'article L. 1237-11 n'est possible que pour formaliser un départ dans le cadre d'un plan non rattaché à un plan de sauvegarde de l'emploi. Dans le cas contraire, la rupture du contrat de travail est une rupture amiable de droit commun, fondée sur l'article 1134 du code civil.
135. Le Défenseur des droits relève par conséquent, que contrairement à l'affirmation de la société Y, un écrit supplémentaire n'est pas une « *exigence incontournable* ». L'acceptation par l'employeur de l'offre de départ du salarié suffit à rompre le contrat de travail de ce dernier.
136. C'est d'ailleurs ce qui a été indiqué à Monsieur X par la société Y, dans un courrier daté du 5 juillet 2012 et notifié le 13 juillet 2012. Elle y écrit :  
« *Par courrier en date du 19 avril 2012, vous avez demandé à quitter l'entreprise à votre initiative. Après avoir obtenu l'avis de l'Espace Emploi Accompagnement de CIB, l'entreprise vous a donné, par courrier en date du 6 juin 2012, un accord de départ définitif. Par courrier du 25 juin 2012, vous avez confirmé votre demande de départ volontaire. En conséquence, considérant que votre demande répond aux conditions mentionnées dans le Plan de départs volontaires, nous vous confirmons notre accord pour la rupture de votre contrat de travail [...]. La présente, par notre acquiescement, vaut rupture d'un commun accord* ».
137. Il y a donc une contradiction dans le fait pour, la société Y, de notifier la rupture de son contrat de travail le 13 juillet 2012 par une lettre « *valant rupture d'un commun accord* » et d'exiger ensuite la signature d'une seconde convention de rupture du contrat de travail.
138. Pour la justifier, la société Y écrit que le plan de départs volontaire « *soumis au CCE, précise, page 35 paragraphe d), que la procédure de rupture ... "prendra la forme d'une rupture d'un commun accord du contrat de travail pour motif économique" donc le principe est annoncé. Puis il ajoute page 36 : "avec l'accord du collaborateur, des conventions de rupture pourront être adressées prévoyant les départs de préavis et de congé de reclassement aménagés aux contraintes organisationnelles établies dans le calendrier ci-dessus" : donc la convention permettait d'arrêter les modalités propres à chaque salariés* ».
139. Le Défenseur des droits relève cependant que, dès lors que « *la rupture d'un commun accord du contrat de travail pour motif économique* » est intervenue, soit, en l'espèce, par le courrier notifié le 13 juillet 2012, le fait d'avoir recours à une « convention de rupture » est une simple faculté lorsque le salarié effectue son préavis et souhaite bénéficier d'un congé de reclassement. Or, en l'espèce, Monsieur X a été à la fois dispensé de préavis et a renoncé aux mesures de reclassement.

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

- Constate que Monsieur X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire fondé sur son orientation sexuelle, en violation des articles L. 1132-1 du Code du travail et de 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 ;
- Constate que ce harcèlement discriminatoire a eu pour incidence une baisse de sa rémunération fixe et variable, non justifiée par des éléments objectifs et étrangers à cette discrimination, en violation de l'article L. 1132-1 du Code du travail ;
- Constate également que ce harcèlement discriminatoire est une contrainte viciant son consentement lorsqu'il a adhéré au plan de départs volontaires, en violation des articles L. 1132-1 du code du travail et 1109 du code civil, et que la société Y, qui ne pouvait l'ignorer, lui a imposé une procédure de rupture conventionnelle de son contrat de travail aux fins de confirmer son consentement dans des conditions vexatoires ;
- Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de XXXX et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

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

Jacques TOUBON