

Paris, le 30 août 2016

Décision du Défenseur des droits n° MLD-2016-214

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 ;

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 le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Madame X, relative à un harcèlement moral et à son licenciement qu'elle estime discriminatoires en raison de son origine,

Décide de présenter ses observations devant la formation de départage du Conseil de prud'hommes de XXXX.

Jacques TOUBON

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

SAISINE & ENQUÊTE :

1. Le 28 mai 2015, le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de son délégué territorial de l'ESSONNE (91), d'une réclamation de Madame X relative à des faits de harcèlement puis à un licenciement qu'elle estime discriminatoires en raison de son origine et/ou de son état de santé.
2. Au vu des éléments communiqués par la réclamante, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
3. Il a ainsi sollicité de la société Y mise en cause, par courrier du 25 novembre 2015, ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
4. La société Y y a répondu par courrier du 17 décembre 2015.
5. Au regard des éléments ainsi rassemblés, le Défenseur des droits a adressé à la société mise en cause, le 14 juin 2016, une note récapitulant les éléments de fait et de droit qui permettraient de retenir l'existence d'une discrimination à l'encontre de Madame X.
6. La société y a répondu par courrier du 13 juillet 2016.

RAPPEL DES FAITS :

7. A compter du 7 février 2012, Madame X est recrutée en qualité de conseiller acheteur par la société E, devenue la société Y, qui accompagne les professionnels dans leurs recherches de fournisseurs ou de prestataires.
8. Le 1^{er} novembre 2012, elle est promue responsable de développement secteur BTP et placée sous la subordination de Madame Z, nouvellement recrutée en qualité de responsable plateau.
9. Madame X indique avoir subi un harcèlement discriminatoire de la part de Madame Z, en lien avec son origine, qui se caractérise par une mise à l'écart et la tenue de propos racistes devant la réclamante et ses subordonnés.
10. Elle indique avoir dénoncé cette situation, à l'oral, à Monsieur A, son directeur, en vain.
11. Le 19 décembre 2013, elle dénonce le harcèlement discriminatoire dont elle s'estime victime par courriel à Madame Z, en mettant Monsieur A en copie.
12. Le 28 janvier 2014, elle est informée par son médecin traitant de la récurrence de son cancer du sein. Elle indique en avoir fait part à Monsieur A, à l'oral.
13. Le 30 janvier 2014, elle est mise à pied et contrainte de quitter son lieu de travail immédiatement. Un courrier recommandé du 31 janvier 2014 confirme la décision de son employeur.

14. Le 17 février 2014, elle est licenciée pour faute grave en raison d'insubordination et d'injures à l'égard de Madame Z, dans un contexte d'insuffisance professionnelle caractérisée par des résultats insatisfaisants en termes de chiffre d'affaires et de management.
15. Madame X a saisi le Conseil de prud'hommes de XXXX. À la suite de l'audience de jugement du 26 février 2015, les conseillers prud'homaux se sont déclarés en partage de voix. La date de l'audience de départage est fixée au 15 septembre 2016.

CADRE & ANALYSE JURIDIQUES :

➤ **S'agissant du harcèlement discriminatoire :**

16. Selon le principe général de non-discrimination prévu par l'article L.1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison notamment de son origine ou de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race.
17. Cet article fait référence à 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 qui précise, dans son article 1, que la discrimination inclut « *tout agissement subi par une personne sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue une discrimination* ».
18. En droit communautaire, 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 prévoit, dans son article 2, que :
« *le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1er 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. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres* ».
19. Il en résulte que tout agissement subi par une personne ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant et lié à l'un des critères prévus par l'article L.1132-1 du code du travail, tel que l'origine ou l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race, constitue une discrimination.
20. Ainsi, plusieurs Cours d'appel ont retenu, dans des affaires pour lesquelles le Défenseur des droits était intervenu, la qualification de harcèlement discriminatoire, notamment au visa de la loi du 27 mai 2008¹.

¹ Voir Décision du Défenseur des droits n° MLD-2014-105 du 31 juillet 2014 et Arrêt de la Cour d'appel de RENNES, 10 décembre 2014, 14/00134; Décision du Défenseur des droits n°MLD-2015-64 du 23 mars 2015 et Arrêt de la Cour d'appel de TOULOUSE, 29 janvier 2016, 14/00360 ; Décision du Défenseur des droits n°MLD-2015-44 du 26 mars 2015 et Arrêt de la Cour d'appel de DOUAI, 29 janvier 2016, n°15/00506. Voir également l'Avis n°15-23 du Défenseur des droits en date du 28 octobre 2015 relatif au projet de loi n°661 portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle.

21. Il convient de souligner que l'article L.1132-4 du code du travail prévoit que tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul.
22. Par ailleurs, l'article L. 1134-1 dudit code définit un principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».
23. En l'espèce, Madame X soutient avoir fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en lien avec son origine de la part de Madame Z, sa supérieure hiérarchique.
24. Elle verse à ce titre trois attestations d'anciennes collègues.
25. Ainsi, Madame B, en poste jusqu'en août 2013, atteste « *avoir été présente pendant les réunions managériales au cours desquelles Mme Z s'est adressée à Mlle X de manière humiliante afin de l'isoler (...). J'atteste également avoir été témoin des propos racistes de Mme Z 'c'est bientôt ramadan, on n'aura plus de voleurs', 'vous faites bien l'arabe de service', 'même les esclaves ont droit à un jour de repos' et ceci de manière régulière* ».
26. Les propos racistes et la différence de traitement subis par la réclamante sont confirmés par Madame C, qui atteste : « *Madame Z a tenu des propos racistes tel que 'même les esclaves ont droit à un jour de repos' ou alors 'mon petit bougnoul'... toujours assimilés aux noirs et aux magrébins, pour ma part ces blagues m'ont beaucoup touchée d'autant plus que cela était au quotidien. Egalement on pouvait voir une différence de traitement envers plusieurs personnes tel que Mlle X, en effet cette dernière était mise à l'écart par Madame Z qui l'isolait et lui faisait des réflexions dévalorisantes* ».
27. Madame D, en poste du 24 septembre 2013 au 19 décembre 2013, décrit également « *avoir été témoin, à plusieurs reprises, de comportements harcelatoires de Madame Z envers Madame X. Lors de réunions, Madame Z essayait de me monter contre Mme X, me demandant fermement de ne plus faire appel à Mme X, malgré qu'elle était ma manager. Mme Z avait ouvertement des propos très péjoratifs envers Mme X, toute l'équipe pouvait l'entendre et tout le monde avait bien compris qu'il était peu recommandé d'avouer sa sympathie pour Mme X si on tenait à son poste* ».
28. Madame X fournit également un échange de courriels qu'elle a eu avec Madame Z le 19 décembre 2013, dans lequel elle dénonce le traitement défavorable dont elle estime faire l'objet.
29. Ainsi, Madame X écrit tout d'abord à sa responsable : « *vous ne me traitez pas comme les autres managers* », ce à quoi Madame Z répond « *je vous ai toujours considéré de la même manière que vos collègues et ne sait à quoi vous faites allusion. Vos débordement verbaux de notre dernière entrevue, bien qu'inacceptables, ne m'empêchent pas de travailler de façon professionnelle avec vous. Je vous invite à faire de même* ». En retour, Madame X écrit « *Excusez-moi Madame Z vous osez parler de mes débordements verbaux. Il s'agit là d'un mensonge ! Vous savez très bien ce que vous avez fait et je ne permettrais pas qu'en plus vous essayez encore de me salir. Vous avez à mon égard des attitudes discriminantes et allez jusqu'à me critiquer auprès des membres de mon équipe* ». La réponse de Madame Z est cinglante : « *accuser son responsable de racisme et le menacer de porter plainte contre lui est*

effectivement plus qu'un débordement, mais certainement une faute dont nous pourrions nous entretenir avec la RRH ».

30. Il ressort de cet échange que la dénonciation, par la réclamante, de la différence de traitement qu'elle estime subir, donne lieu à une menace de sanction par sa supérieure hiérarchique.
31. Enfin, la réclamante communique un courrier qui lui a été adressé par l'inspection du travail le 5 août 2014, qui indique avoir fait un contrôle dans les entreprises E, Y et F et avoir constaté « *un fort turn-over des salariés de ces entreprises* », ce qui dénote, en général, un contexte ou des conditions de travail peu agréables.
32. L'ensemble de ces éléments étant de nature à laisser supposer que la réclamante a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire, il incombe à la société mise en cause d'apporter la preuve que la situation dénoncée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
33. Interrogée par le Défenseur des droits, la société mise en cause fait valoir que « *Madame X a adopté un comportement totalement déplacé à l'égard de sa supérieure hiérarchique, Madame Z, en la prenant à partie personnellement et en faisant montre d'insubordination* ».
34. Dans son courrier au Défenseur des droits, Monsieur A affirme que « *le 29 janvier 2014, Madame X n'a pas hésité à agresser gratuitement sa responsable (...) en lui lançant à haute voix et en plein 'open-space' vivement demain après-midi qu'il n'y ait plus cette puanteur* ».
35. La société fournit à ce titre deux attestations de salariés.
36. La première émane de Madame G qui certifie, dans une attestation en date du 30 octobre 2014, que « *le 29 janvier dernier, elle [Madame X] a tenu en ma présence, et ce, par pure provocation, les propos suivants en passant devant le bureau de Mme Z : vivement cet après-midi que cette puanteur disparaisse* ».
37. La réclamante conteste fermement avoir tenu de tels propos, ainsi que tous les faits rapportés dans cette attestation, étant donné l'inimitié qu'entretenirait Madame G à son égard. Il ressort en effet du dossier que Madame G a fait l'objet d'un avertissement de la part de Monsieur A en octobre 2013 après avoir tenu des propos « *inadmissibles* » à l'encontre de la réclamante.
38. La seconde attestation est produite par Monsieur H. Le Défenseur des droits souligne que son attestation, datée du 30 octobre 2014 comme celle de Madame G, relate exactement les mêmes faits et les mêmes propos que ceux rapportés par cette dernière, sans préciser la date des faits.
39. Eu égard à la date de rédaction de ces attestations, à leur similarité, et au conflit opposant Madame G à la réclamante, le Défenseur des droits s'interroge sur la force probante de ces deux attestations.
40. En tout état de cause, le Défenseur des droits a indiqué à la société mise en cause, dans sa note récapitulative envoyée le 14 juin 2016, que celle-ci ne contestait pas l'existence de propos racistes proférés par Madame Z à l'égard de la réclamante.

41. En réponse, la société Y fournit six nouvelles attestations de salariés affirmant que tous les salariés de la société disposent du même traitement, en absence de toute discrimination, dans un contexte de travail très multiculturel.
 42. Le Défenseur des droits constate que ces attestations ne permettent pas de démontrer l'absence de conflit entre Madame Z et Madame X ni l'absence de propos racistes proférés par Madame Z à l'encontre de la réclamante.
 43. Enfin, le Défenseur des droits a relevé dès sa note du 14 juin 2016 que l'employeur avait été informé à plusieurs reprises des propos racistes et de la différence de traitement subis par la réclamante - ainsi, Madame B précise dans son attestation que « *plusieurs personnes dont moi-même avons alerté la direction (Monsieur A) des agissements de Mme Z* » - mais qu'il n'a donné aucune suite à ces signalements.
 44. De même, il apparaît qu'à compter de la dénonciation écrite, par la réclamante, du harcèlement qu'elle estimait subir- les nombreuses dénonciations orales rapportées par la salariée ne pouvant être prouvées – son employeur n'a réalisé aucune enquête ni entrepris aucune démarche visant à rechercher la vérité et, le cas échéant, à protéger la santé morale de ses salariés.
 45. Ces constatations ne sont pas contestées par la société mise en cause dans son courrier au Défenseur des droits du 13 juillet 2016.
 46. Or, il convient de rappeler qu'en vertu des articles L.4121-1 à L.4121-5 du code du travail, l'employeur est tenu, à l'égard de chaque salarié, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour lui assurer sa sécurité et protéger sa santé.
 47. La Cour de cassation a précisé qu'au titre de l'obligation de sécurité de résultat pesant sur lui, l'employeur est tenu de prendre des mesures de prévention suffisantes dès lors qu'un risque professionnel est identifié. Le seul fait de ne pas prendre de telles mesures constitue un manquement à son obligation de sécurité de résultat causant nécessairement un préjudice au salarié concerné, donnant lieu au versement de dommages et intérêts, même si le risque en question ne s'est pas réalisé².
 48. Au regard de ces éléments, le Défenseur des droits considère que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire en lien avec son origine au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, et que son employeur n'a pas rempli son obligation de sécurité de résultat consistant à protéger la santé de ses salariés en violation des articles L.4121-1 à L.4121-5 du code du travail.
- **S'agissant du licenciement comme mesure de rétorsion :**
49. 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* ».
 50. Il convient de rappeler que l'article L.1132-4 dudit code sanctionne par la nullité tout acte contraire aux dispositions précitées.

² Cass. Soc. 30 novembre 2010, n°08-70390 ; Cass. Soc. 06 octobre 2010, n°08-45609.

51. 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.
52. 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.
53. Dans un arrêt du 10 octobre 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation a déclaré nul un licenciement, qui était « *consécutif au fait que le salarié avait remis en cause les avenants à son contrat de travail (...) en invoquant une discrimination aggravée d'extorsion* »³. 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.
54. Plus récemment, la haute Cour a annulé un licenciement, jugeant que « *l'engagement de la procédure de licenciement avait coïncidé avec la dénonciation par le salarié auprès de la direction de la discrimination à raison de son âge dont il était victime, qu'il en résultait qu'il était la suite de la relation par le salarié des actes de discrimination* »⁴.
55. 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 établis⁵. Elle doit résulter de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce⁶. Deux arrêts récents confirment cette analyse⁷.
56. 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.
57. 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.
58. En l'espèce, la lettre de licenciement de Madame X fait état de son insubordination et d'injures à l'égard de Madame Z.
59. Plus précisément, il est reproché à la réclamante, outre les propos du 29 janvier 2014 qu'elle aurait proférés dans un espace à aires ouvertes et relatés par les attestations de Madame G et Monsieur H – vus plus haut - d'avoir dit à Madame Z « *sale raciste* » lors d'une réunion du 10 décembre 2013.
60. Dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits a souligné que les propos prêtés à la réclamante le 10 décembre 2013 ne sont corroborés par aucune pièce. Dans ses courriers au Défenseur des droits des 17 décembre 2015 et 13 juillet 2016, la société mise en cause ne revient pas sur ces propos et n'apporte aucun élément qui permettrait d'en établir la véracité.
61. Dans la lettre de licenciement de Madame X, il lui est également reproché un chiffre d'affaires jugé insatisfaisant.

³ Cass, Soc. 10 octobre 2012, n°11-24379

⁴ Cass, soc, 25 septembre 2013, n°12-17569

⁵ Cass, soc., 10 mars 2009, n°07-44092

⁶ Cass, soc., 7 février 2012, n°10-18035

⁷ Cass. soc., 10 juin 2015, n°13-25554 et n°14-13318

62. A ce titre, la société mise en cause fournit divers tableaux dont il ressort effectivement que le chiffre d'affaire de la réclamante a diminué dans les derniers mois de sa collaboration.
63. Toutefois, il apparaît que ce grief n'a jamais été, soulevé au préalable, et qu'il ne saurait justifier ni une faute grave ni une mise à pied conservatoire. .
64. Suite à sa mise à pied soudaine, elle n'a plus eu accès à son ordinateur. Elle ne dispose donc pas de moyens pour se défendre sur ce point.
65. Or, les attestations fournies par la réclamante font état de sa mise à l'écart et du fait que Madame Z lui fournissait des fichiers clients inexploitable, ce que la société mise en cause n'a pas contesté devant le Défenseur des droits.
66. Enfin, il est reproché à la réclamante une mauvaise qualité de management : *« Force est de constater que nous avons eu l'occasion de recruter plusieurs collaborateurs pour votre équipe, et qu'à maintes reprises vous n'avez pas su remplir ce rôle d'animatrice d'équipe puisque la plupart d'entre eux ont décidé de quitter l'entreprise en se plaignant de votre management. Le dernier exemple est celui de notre collaboration avec Madame L. Le 19 décembre 2013, alors que vous étiez encore une fois en train de remettre en cause l'autorité de votre supérieure, vous avez décidé d'envoyer un mail à cette dernière en lui disant « Sachez que Madame L a été affectée par vos comportements préjudiciables » (...). Cette affaire s'est soldée par un mail de Madame D dès le lendemain matin qui nous informait de sa décision de rompre son contrat de travail ».*
67. Or, Madame L certifie *« que Madame X a toujours eu un bon management et a toujours fait preuve de professionnalisme. Je n'ai certainement pas quitté l'entreprise à cause de Mme X et encore moins à cause du mail 'Sachez que Madame L a été affectée par vos comportements préjudiciables' ».*
68. Il en résulte que le grief tiré de la mauvaise qualité du management de Madame X ne semble pas fondé.
69. Le Défenseur des droits souligne que dans son courrier du 13 juillet 2016, la société Y ne conteste aucune des constatations de sa note récapitulative du 14 juin 2016 et n'apporte aucun élément complémentaire de nature à démontrer le sérieux des griefs retenus à l'encontre de la réclamante.
70. Ainsi, la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe en vertu de l'article L. 1134-1 du code du travail, que le licenciement de Madame X est justifié par des éléments objectifs étrangers à sa dénonciation, de bonne foi, de la discrimination qu'elle estimait subir.
71. Dès lors, le Défenseur des droits considère qu'il résulte de la concomitance entre la dénonciation, par la réclamante, du harcèlement discriminatoire dont elle estimait faire l'objet, et le déclenchement d'une procédure de licenciement qui apparaît infondée à son encontre, que cette procédure constitue en réalité une mesure de rétorsion pour avoir dénoncé, de bonne foi, le harcèlement discriminatoire.
72. Il en résulte que le licenciement de Madame X encourt la nullité, par application de l'article L.1132-4 du code du travail.
73. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- considère que l'enquête permet de conclure que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire en lien avec son origine au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 et que son employeur n'a pas rempli son obligation de sécurité de résultat consistant à protéger la santé de ses salariés en violation des articles L.4121-1 à L.4121-5 du code du travail ;
 - considère que l'enquête permet de conclure que le licenciement de Madame X constitue en réalité une mesure de rétorsion pour avoir dénoncé, de bonne foi, le harcèlement discriminatoire qu'elle estimait subir.
74. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Conseil de prud'hommes de XXXX et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON