

Paris, le 19 décembre 2016

Décision du Défenseur des droits MLD/2016-327

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 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;

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 origine,

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de V compétente.

Jacques TOUBON

**Observations devant la Cour d'appel de V dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333
du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, d'une réclamation relative à des faits de discrimination à raison de son origine qu'elle aurait subis au sein du magasin Y situé à Z.

I. FAITS :

2. Le 9 septembre 2002, Madame X est recrutée en qualité de vendeuse au sein du magasin de chaussures Y de Z.
3. Au mois de mai 2005 jusqu'au 13 novembre 2006, elle est en congé maternité.
4. À son retour, elle constate un changement d'équipe au sein du magasin et aurait fait l'objet, à compter de cette date, d'une mise à l'écart de la part de ses collègues de travail, Mesdames A, B et C.
5. Les faits se seraient par la suite aggravés et elle aurait fait l'objet de propos injurieux à caractère racial et d'actes humiliants et dégradants (enfermement dans les toilettes, lancer de chaussures dans son dos).
6. Plus particulièrement, Mme C, la plus virulente à son égard, l'aurait insultée devant les clients du magasin en ces termes : « *sale arabe, sale bico, talibane* », en lui disant qu'elle n'avait pas d'éducation et « *qu'en engageant une arabe, cela ne pouvait apporter que des problèmes (...). Ce n'était pas la première fois et cela n'a pas été la dernière (...). Elle m'a déjà dit : "Dans un sens, c'est bien qu'une arabe soit dans le magasin comme ça elle servira ces arabes". Elle appelait même la galerie "Beyrouth" ».*
7. Elle déclare également que Mme B l'aurait enfermée, à deux ou trois reprises, dans la réserve au moment des pauses déjeuners.
8. Elle explique avoir dénoncé ce comportement auprès de sa responsable, Mme D, laquelle n'aurait pas agi et aurait fini par prendre parti contre elle.
9. Elle précise que cette dernière l'aurait même violentée, le 17 février 2007¹, alors qu'elle demandait des explications sur le prix d'une paire de chaussures, en déclarant devant les clients « *Dégage de mon magasin* ».
10. Le 22 février 2007, Madame X adresse un courrier à Mme E, responsable ressources humaines de la société Y située à XXXX, dans lequel elle dénonce les faits qu'elle subit depuis son retour de congé maternité, et plus particulièrement, les injures à caractère racial dont elle fait l'objet de la part de Mesdames C et D. Elle sollicite l'intervention de son employeur pour faire cesser les faits.
11. En l'absence de réponse, elle adresse un nouveau courrier à Mme E, le 11 mars 2007, intitulé « harcèlement moral », dans lequel elle dénonce également le comportement de Mme B à son égard, produit plusieurs attestations confirmant ses déclarations et sollicite de nouveau l'intervention de son employeur, en vain.
12. À compter du 20 mars 2007, elle est placée en arrêt maladie.

¹ Courrier de Mme X du 22/02/2007 à E, RRH de la société Y située à XXXX.

13. Par courrier du 28 mars 2007, M. F, chef du personnel de la société Y située à XXXX, lui notifie un avertissement pour « *des faits s'étant produits au magasin le 17 février 2007 vers 12 heures* », soit le même jour que l'altercation avec Mme D dénoncée par la réclamante.
14. Les faits suivants lui sont reprochés : « *Mme D, responsable du magasin, vous a fait part de l'entretien qu'elle avait eu avec le vigile du magasin G (à la demande de ce dernier) concernant les rumeurs que vous faisiez courir sur son couple. Vous vous êtes alors emportée et avez commencé à crier dans le magasin. À plusieurs reprises, Mme D vous a demandé de vous calmer et d'aller en réserve. Comme vous refusiez, Mme D a décidé d'aller en réserve. Vous l'avez alors suivie et avez tiré le rideau. Vous vous êtes montrée extrêmement irrespectueuse et véhémement allant même jusqu'à agripper et bousculer Mme D pour l'empêcher de sortir de la réserve* ».
15. Toutefois, elle produit une attestation de M. H, agent de sécurité du magasin G, dans laquelle ce dernier dénonce le fait d'avoir été mêlé à cette affaire, indique avoir constaté que Mme D avait un conflit avec Madame X et cherchait à porter atteinte à l'intégrité morale de cette dernière. Il précise que Mesdames D et B l'auraient sollicité, le 8 mars 2007, pour effectuer une attestation contre Madame X qu'il a refusé de signer.
16. Le 29 mars 2007, la réclamante adresse un nouveau courrier à Mme E et M. I, directeur de réseau de la société Y.
17. Par courrier du 2 avril 2007, elle conteste auprès de M. F l'avertissement qui lui a été notifié et l'alerte sur les faits de « harcèlement moral » qu'elle subit de la part de Mesdames D, C et B.
18. Par avis du 19 octobre 2007, le médecin du travail la déclare définitivement inapte à son poste et à tout autre poste dans l'entreprise en indiquant : « *dépression sévère, il est dangereux de la reclasser dans l'entreprise* ».
19. Par lettre recommandée du 16 novembre 2007, M. F lui notifie son licenciement pour impossibilité de reclassement suite au prononcé de son inaptitude.

II. PROCÉDURE MISE EN ŒUVRE PAR LE DÉFENSEUR DES DROITS :

20. Informé du dépôt d'une plainte pénale par Madame X portant sur les mêmes faits, le Défenseur des droits a sollicité et obtenu, conformément à l'article 23 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, l'autorisation d'instruire ce dossier de la part du Procureur de la République de XXXX compétent.
21. Au vu des éléments présentés par la réclamante, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 susvisée, sollicité, par courrier du 28 février 2014, le responsable du magasin Y situé à Z, M. F de la société Y située à XXXX, ainsi que le groupe J auquel appartiennent les deux sociétés, afin de recueillir leurs explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
22. Malgré plusieurs relances et l'envoi, par courrier du 9 février 2015, d'une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier, aucun élément de réponse n'a été communiqué au Défenseur des droits sur les faits de discrimination allégués.
23. Maître K, avocat du cabinet L, a indiqué que les sociétés CY et Y situées à Z et XXXX avaient respectivement cessé leur activité les 20 juin 2008 et 1^{er} mars 2014 et qu'il n'était, de ce fait, plus en contact avec leurs correspondants.

24. De son côté, le groupe J a indiqué qu'elle était représentée par le cabinet L et a confirmé les informations communiquées par ce dernier.
25. Toutefois, des éléments recueillis par les services du Défenseur des droits, il ressort que le magasin de Z constituait l'établissement secondaire de la société Y située à XXXX et que l'extrait K BIS de cette société - immatriculée au registre du commerce et des sociétés sous le numéro xxx xxx xxx - à jour au 9 mars 2015, laisse apparaître qu'elle constitue l'établissement secondaire de la société Y située à S. Cette adresse correspond également à celle de la société J SERVICES.
26. Au vu de ces éléments, par courrier du 20 mars 2015, le Défenseur des droits a adressé une note récapitulative au siège de la société Y situé à S. Cette dernière n'y a pas répondu.
27. Informé de l'engagement d'une procédure prud'homale, le Défenseur des droits a, par deux décisions MLD/2015-122 du 5 mai 2015 et MLD/2016-234 du 13 septembre 2016, souhaité présenter ses observations sur le fond du dossier devant le Conseil de prud'hommes de Z compétent.
28. Par jugement du 1^{er} octobre 2015, le Conseil de prud'hommes de Z a considéré que les faits de discrimination étaient caractérisés mais a constaté la prescription de l'action prud'homale.
29. Madame X a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de V.

III. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

30. Il convient d'analyser successivement les faits de harcèlement dénoncés par Madame X (A), le manquement supposé de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat (B) puis le licenciement de Madame X (C).

A. Sur les faits de harcèlement dénoncés :

31. Aux termes de 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, telle que définie à l'article 1^{er} 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 origine* ».
32. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 définit la discrimination comme « *la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race (...) 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* ».
33. Le même article précise « *La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa 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* ».
34. Cet article transpose notamment en droit interne l'article 2§3 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique qui prévoit : « *Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} 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* ».

35. Le Défenseur des droits rappelle ainsi régulièrement qu'un harcèlement peut être constitutif d'une discrimination et dans plusieurs affaires où il a présenté des observations, les juridictions ont retenu cette analyse².
36. L'article L. 1134-1 du code du travail pose le principe d'aménagement de la charge de la preuve selon lequel lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il revient à la partie défenderesse, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer que ses décisions reposent sur des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée.
37. À cet égard, il convient de préciser que le salarié peut présenter, pour laisser présumer la discrimination qu'il allègue, tout document écrit faisant notamment état de ses résultats ou de ses appréciations professionnelles. De plus, la Cour de cassation a rappelé que la chronologie des faits est aussi un des éléments du faisceau d'indices (*Cass. soc., 6 nov. 2013, n°12-22270*) qu'il faut apprécier dans sa globalité (*Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792 ; Cass. soc., 9 déc. 2014, n°13-22212 ; Cass. soc., 6 oct. 2015, n°14-18406*).
38. Enfin, l'article L.1132-4 du code du travail prévoit que toute mesure discriminatoire doit être sanctionnée par la nullité.
39. En l'espèce, au soutien de ses déclarations, Madame X produit plusieurs attestations de clients du magasin et de salariés de la galerie marchande où elle travaillait, la plupart d'entre eux ayant confirmé leurs déclarations devant les services de police de Z.
40. Ainsi, Mme M, cliente du magasin, déclare avoir constaté, le 17 février 2007, « *une tension palpable entre Melle X et les autres employées de ce magasin* ». Elle précise : « *Melle X était traitée "comme un chien" et j'ai même entendu des insultes à son attention, à savoir : "connasse, salope, sale arabe, etc."* »³.
41. Mme N, hôtesse de caisse d'un magasin de Z situé en face du magasin Y, déclare avoir constaté à plusieurs reprises de fortes tensions au sein du magasin et avoir été témoin d'insultes d'une employée du magasin Y « *blonde avec des tresses* » à l'encontre de Madame X : « *Concernant les insultes, il y avait "crasseuse", et (...) "vous êtes toutes des singes vous les arabes"* »⁴.
42. Mme O, cliente du magasin, atteste avoir été témoin à la période des soldes, début janvier 2007, de disputes entre les vendeuses du magasin Y et de l'attitude des vendeuses à l'encontre de Madame X : « *ce qui me révoltait ce sont surtout les mots qu'elles employaient à son égard (propos raciaux tels que : sale arabe, corbeau, sorcière, sale fille, "retourne dans ton pays", etc.)* »⁵.
43. Mme P, cliente du magasin, déclare également avoir été témoin de tels propos, début janvier 2007 : « *J'ai surpris une conversation assez traumatisante et inacceptable, entre plusieurs vendeuses. Deux des trois vendeuses tenaient des propos racistes envers l'une des vendeuses de son prénom X (nom sur le badge), j'étais profondément choquée que je n'ai pu m'empêcher de me mêler à cette altercation en expliquant que ces propos étaient punis par la loi. J'étais hors de moi car d'origine maghrébine, je me suis sentie concernée par ses insultes. Je me suis aussitôt rendue auprès de cette vendeuse (X) (...) elle m'a répondu que cette dispute était juste un échantillon de ce qu'elle vivait tous les jours* »⁶.

² Cf. Décision MLD-2013-263 du 30 décembre 2013 et jugement CPH Montpellier, 26 juin 2015, n°13/00529 ; Décision MLD-2014-105 du 31 juillet 2014 et CA Rennes, 10 décembre 2014, n°14/00134 ; Décision MLD-2015-64 du 29 janvier 2016 et CA Toulouse, n°14/00360

³ PV d'audition du 24 avril 2008

⁴ PV d'audition du 28 avril 2008 et attestation du 20 mars 2007

⁵ PV d'audition du 30 avril 2008 et attestation du 2 août 2007

⁶ PV d'audition du 29 avril 2008 et attestation du 17 avril 2008

44. Enfin, Mme R, également cliente du magasin, atteste avoir été témoin, le 7 février 2007, d'une scène concernant Madame X : « J'ai assisté à une conversation qui m'a choquée entre deux vendeuses. La porte de la réserve était ouverte, on pouvait voir et entendre ce qui se passait à l'intérieur et là une vendeuse qui parlait à une autre vendeuse lui a dit : "ouvre lui la porte des toilettes", l'autre lui a répondu : "tu es sûre ?", et elle lui a dit : "Elle a eu son compte" »⁷.
45. Par ailleurs, Madame X produit plusieurs certificats médicaux permettant de constater une dégradation de son état de santé en lien avec sa situation professionnelle qui s'est poursuivie après son départ de la société Y. Du 20 mars 2007 au 28 février 2010, elle a ainsi été placée sans interruption en arrêt maladie, et depuis le 1^{er} mars 2010, elle bénéficie d'une pension d'invalidité de catégorie 2 (réduction des 2/3 au moins de sa capacité de travail ou de gain).
46. Les éléments présentés par la réclamante permettent ainsi de supposer qu'elle a fait l'objet d'agissements liés à son origine, ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.
47. Conformément aux dispositions de l'article L.1134-1 du code du travail, il appartenait à l'employeur d'apporter la preuve que les faits ne sont pas constitutifs d'un harcèlement discriminatoire.
48. Interrogés à plusieurs reprises par le Défenseur des droits, les sociétés concernées et le groupe auquel elles appartiennent n'ont apporté aucun élément permettant de justifier les faits dénoncés.
49. Dès lors, le Défenseur des droits considère que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire à raison de son origine au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} 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.
50. C'est également ce qu'a retenu et souligné le Conseil de prud'hommes de Z, dans son jugement du 1^{er} octobre 2015.

B. Sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur :

51. En vertu des articles L.4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur est tenu, en matière de harcèlement moral, d'une obligation de sécurité de résultat en vertu de laquelle il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés.
52. De jurisprudence constante, « L'employeur manque à cette obligation, lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements » (Cass. soc., 3 février 2010, n°08-44019).
53. Cette obligation signifie que la responsabilité de l'employeur, dès lors que des faits de harcèlement sont constatés, peut être engagée (Cass. soc., 19 octobre 2011, n°09-68272).
54. C'est également ce qu'a retenu la Cour d'appel de RENNES dans l'affaire précitée dans laquelle le Défenseur des droits avait présenté ses observations⁸.
55. En l'espèce, les éléments recueillis permettent de constater que la société CY située à Z et la société Y située à XXXX ont été informées, dès le mois de février 2007, par Madame X, des agissements de harcèlement dénoncés.

⁷ Attestation du 7 février 2007

⁸ CA RENNES, 10 décembre 2014, n°14/00134 après Décision MLD/2014-105 du Défenseur des droits

56. Pourtant, aucune mesure visant à protéger la santé et la sécurité de la réclamante ne semble avoir été prise par les sociétés pour faire cesser les faits.
57. Au contraire, Madame X s'est vue notifier un avertissement pour des faits en partie remis en cause par le témoignage de M. H, agent de sécurité du magasin G.
58. Or, en vertu de son obligation de sécurité de résultat, lorsqu'il est alerté sur une situation de harcèlement, l'employeur doit faire cesser les faits en prenant toute mesure conservatoire permettant de protéger la santé et la sécurité des salariés concernés, en procédant à une enquête interne approfondie au cours de laquelle doivent être entendus l'ensemble des protagonistes et collègues de travail cités par les salariés concernés.
59. Lorsque les faits sont établis, il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la victime (changement d'affectation, mesure conservatoire à l'égard de l'auteur, etc.) et prononcer une sanction disciplinaire à l'égard de l'auteur des faits.
60. Interrogées à plusieurs reprises par le Défenseur des droits, les sociétés n'ont apporté aucun élément permettant de constater qu'elles auraient satisfait à leur obligation.
61. Dès lors, le Défenseur des droits considère que la survenance des faits de harcèlement précédemment constatés ainsi que l'absence de mesure prise par l'employeur pour y mettre fin et protéger la santé et la sécurité de Madame X, constitue un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat prévue par la loi.

C. Sur le licenciement de Madame X :

62. La Cour de cassation est venue préciser qu'encourait la nullité, le licenciement d'une salariée pour impossibilité de reclassement suite au prononcé de son inaptitude physique, lorsque la cause de cette inaptitude est la conséquence d'un harcèlement moral (*Cass. soc., 27 novembre 2013, n°12-201301*).
63. Le Défenseur des droits considère que la même solution doit être retenue lorsque la cause de l'inaptitude est la conséquence d'un harcèlement discriminatoire.
64. En effet, l'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité – comme en matière de harcèlement moral – tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
65. En l'espèce, peu de temps après les faits dénoncés et jusqu'au prononcé de son inaptitude définitive, le 19 octobre 2007, Madame X a été placée en arrêt de travail pour maladie.
66. Les éléments qu'elle produit permettent de constater que la dégradation de son état de santé est en lien avec sa situation professionnelle au sein de la société Y.
67. Dès lors, le Défenseur des droits considère que la cause de son inaptitude est la conséquence du harcèlement discriminatoire qu'elle a subi au sein de la société Y et que son licenciement encourt ainsi la nullité, par application de l'article L.1132-4 du code du travail.
68. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
 - Constate que Madame X a subi un harcèlement discriminatoire à raison de son origine au sein de la société Y, au sens des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er}

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 l'employeur a manqué à son obligation de sécurité de résultat prévue par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail ;
- Constate que le licenciement de Madame X s'inscrit dans le cadre du harcèlement discriminatoire qu'elle a subi et encourt la nullité par application de l'article L.1132-4 du code du travail.

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

Jacques TOUBON