

Paris, le 16 mars 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-107

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur Y relative à des faits de harcèlement et à son licenciement qu'il estime discriminatoires car en lien avec ses activités syndicales et son orientation sexuelle ;

Considérant que Monsieur Y a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en lien avec ses activités syndicales et son orientation sexuelle justifiant la résiliation judiciaire de son contrat de travail ayant les effets d'un licenciement nul ;

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

Jacques TOUBON

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

SAISINE & ENQUÊTE :

1. Le 3 juin 2016, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur Y relative à des faits de harcèlement et à son licenciement qu'il estime discriminatoires car en lien avec son activité syndicale et son orientation sexuelle.
2. Au vu des éléments communiqués par le réclamant, 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 A mise en cause, par courrier du 19 juillet 2016, ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
4. Par courrier du 6 septembre 2016, la société A communiquait les éléments demandés.
5. Au regard des éléments ainsi rassemblés, le Défenseur des droits a adressé à la société mise en cause, le 23 janvier 2017, une note récapitulant les éléments de fait et de droit qui permettraient de retenir l'existence d'une discrimination à l'encontre de Monsieur Y.
6. La société y a répondu par courriel du 21 février 2017.
7. C'est donc au regard des éléments de faits présentés par Monsieur Y et de l'absence d'éléments de preuve objectifs et étrangers à toute discrimination apportés par la société A que le Défenseur des droits constate que la discrimination est établie.

RAPPEL DES FAITS :

8. Monsieur Y est engagé en qualité d'employé administratif par la société A à compter du 1^{er} juin 2006.
9. En juin 2009, il est désigné secrétaire adjoint de la section syndicale X nouvellement créée au sein de la société. Monsieur B en est le représentant syndical et son épouse, Madame B, également salariée de la société, la trésorière.
10. A compter de cette date, Monsieur Y, Monsieur et Madame B connaissent une forte dégradation de leurs conditions de travail se traduisant par des menaces, pressions, actes d'intimidations et mises à l'écart.
11. Ils effectuent plusieurs déclarations de mains courantes à l'encontre de leur employeur.
12. Dès l'été 2009, Monsieur B est placé en arrêt de travail, arrêt qui sera reconnu comme accident du travail, puis déclaré inapte à tous postes pour danger immédiat par le médecin du travail et enfin licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement.
13. En août 2009, Madame B est licenciée ; son licenciement sera reconnu constitutif d'une discrimination par association en raison des activités syndicales de son mari par la Cour d'appel de C, dans un arrêt du 8 octobre 2013.

14. S'agissant de Monsieur Y, entre juin et août 2009, il effectue trois déclarations de main courante et informe l'inspection du travail des difficultés qu'il rencontre. Il souligne être victime de harcèlement, pressions, menaces et propos homophobes de la part du Directeur Général, Monsieur C, et de son fils Monsieur D, son chef de service.
15. Ainsi, il indique qu'à son retour d'arrêt pour maladie en août 2009, son bureau aurait été vidé, il se serait vu retirer certaines prérogatives, aurait été isolé de ses collègues et n'aurait plus été convoqué aux réunions des délégués du personnel.
16. Le réclamant dénonce avoir été physiquement et verbalement agressé par Monsieur C sur son lieu de travail le 4 septembre 2009. Après intervention des sapeurs-pompiers, il est conduit au centre hospitalier et bénéficie de 8 jours d'incapacité de travail. Il dénonce les faits par une déclaration de main courante puis saisit le Procureur de la République de E, le 25 septembre 2009.
17. Lors de l'enquête pénale, qui se soldera par un classement sans suite, plusieurs salariés ont témoigné avoir subi des pressions et avoir entendu la direction proférer des propos homophobes et défavorables à la présence de syndicats dans l'entreprise.
18. Monsieur Y est en arrêt de travail à compter de septembre 2009.
19. Par avis médicaux des 23 avril et 7 mai 2013, le médecin du travail le déclare inapte à tous postes dans l'entreprise.
20. Le 12 juillet 2013, son employeur sollicite l'autorisation de le licencier pour inaptitude et impossibilité de reclassement, demande à laquelle l'inspection du travail ne fait pas droit constatant qu'il existe « *un faisceau d'indices de discrimination à l'égard de Monsieur Y, [et qu'est] établi un lien entre le projet de licenciement et le mandat de délégué du personnel détenu par le salarié* ».
21. Le 20 décembre 2013, Monsieur Y saisit le conseil de prud'hommes de Z pour demander la résiliation judiciaire de son contrat. L'audience en bureau de jugement est prévue le 22 mars 2017.
22. A l'issue de la période de protection du réclamant, l'employeur décide de nouveau de le licencier après proposition de reclassement. Le 25 novembre 2014, la société A convoque le réclamant à un entretien préalable et le licencie pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 10 février 2015.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

I – S'agissant des mesures constitutives de harcèlement moral discriminatoire :

➤ En droit :

23. L'article L.1132-1 du code du travail prévoit, dans sa rédaction applicable au moment des faits, qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison notamment de son orientation sexuelle et/ou de ses activités syndicales.
24. L'article L.2141-5 du même code, spécifique à la discrimination syndicale, prévoit qu'il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de

rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.

25. L'article L.1132-1 susvisé renvoyait également 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 prévoit, dans son article 1er, que « **tout agissement [...] subi par une personne [sur le fondement d'un critère prohibé] 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** ».
26. En outre, 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* ».
27. A l'époque des faits, la loi du 27 mai 2008 visait comme critères prohibés l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion, les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation ou identité sexuelle, le sexe ou le lieu de résidence. L'article L.1132-1 qui la consacrait, visait bien, quant à lui, le critère des activités syndicales.
28. Ainsi, plusieurs Cours d'appel ont retenu, dans des affaires pour lesquelles le Défenseur des droits était intervenu, la qualification de harcèlement discriminatoire, notamment en lien avec les activités syndicales et au visa de la loi du 27 mai 2008¹.
29. 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.
30. 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* ».
31. En vertu de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, les faits de harcèlement et de discrimination doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603 ; 29 juin 2011, n°10-15792).

➤ En l'espèce :

32. En l'espèce, Monsieur Y présente de nombreux éléments de nature à laisser supposer l'existence d'un harcèlement moral en lien avec ses activités syndicales et/ou son orientation sexuelle.

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.

33. En effet, une multitude de pièces font état d'une dégradation des conditions de travail et de l'état de santé du réclamant à compter de la création de la section syndicale X dans l'entreprise, à laquelle il avait participé.
34. Le Défenseur des droits relève notamment que Monsieur Y a déposé quatre déclarations de main courante et une plainte pénale à l'encontre de la société Y, dans lesquelles il dénonce notamment des injures, violences et menaces. Bien que cette plainte ait été classée sans suite, les procès-verbaux d'auditions menées par les services de police corroborent les faits rapportés par le réclamant. Ces procès-verbaux corroborent également l'existence de menaces et pressions dont faisaient l'objet les salariés, et en particulier le réclamant.
35. Ainsi Monsieur C aurait menacé le réclamant par des propos tels que : « *je m'occupe de votre cas* », « *ne vous faites pas d'illusion dans votre avenir au sein de la société* ». Monsieur C aurait également indiqué au réclamant que « *s'il se retenait pas il m'en collerait une* » et aurait interrogé, lors d'une réunion, « *y-a-t-il des homosexuels parmi nous ?* ».
36. Il apparaît également que lorsque Madame F, responsable de l'Union syndicale X, a été entendue par les services de police, elle a déclaré que « *les mesures d'intimidation à l'encontre de notre syndicat ont été permanentes. Les faits démontrent que la famille C a mis ses menaces à exécution avec l'agression de Messieurs Y et B ainsi que le licenciement de Madame B* ».
37. Madame F raconte également que lors d'une manifestation organisée en soutien à Messieurs Y et B et à Madame B le 1^{er} octobre 2009, des camions de la société A venaient frôler les manifestants à vive allure afin de les intimider. Monsieur C lui-même, au volant d'une voiture, aurait foncé sur les manifestants, freiné au dernier moment, et serait sorti de voiture hors de lui, puis reparti pour s'arrêter à côté de la mère de Monsieur Y.
38. S'agissant de l'agression dont Monsieur Y indique avoir été victime dans son bureau le 4 septembre 2009, Madame F indique que « *nous étions ce jour-là en réunion avec la direction. Monsieur C a quitté à deux reprises la réunion (...) J'ai entendu des éclats de voix venant des bureaux. J'ai appris l'agression de la bouche de Monsieur C, il annonce en réunion que Monsieur Y se dit agressé* ».
39. Enfin, les services de police ayant auditionné Madame G soulignent ses déclarations contradictoires et sa grande émotivité avant de conclure que celle-ci était « *terrorisée à l'idée de devoir mettre en cause son employeur* ».
40. L'existence de propos homophobes et hostiles aux syndicats proférés par la direction de l'entreprise est confirmée par plusieurs salariés dans le cadre de l'enquête menée par les services de police à la suite des plaintes déposées par Monsieur Y, Monsieur et Madame B.
41. Ainsi, Madame B précise dans une déclaration de main courante que Monsieur C « *a eu des propos homophobes contre le délégué du personnel car lui aussi se plaint - Monsieur Y - et qu'il fera ce qu'il faut pour qu'il ne reste pas longtemps dans la société* ».
42. Lors de son audition du 15 juillet 2010, Madame F a informé les services de police que Monsieur « *C m'a dit lors d'un entretien qu'il ne voulait pas de syndicat au motif qu'il n'y en avait pas besoin dans son entreprise. Il m'a également indiqué que nous avons fait le mauvais choix sur les personnes* ».
43. Dans une audition du 31 août 2010, elle ajoute que « *les pressions au sein de l'entreprise A à l'encontre des employés ne cessent pas. Notre organisation est contactée régulièrement* ».

par des employés qui souhaiteraient être défendus mais qui n'osent se syndiquer par peur de représailles ».

44. Entendu lui-même par les services de police, Monsieur C indique être d'avis que la présence d'un syndicat dans son entreprise est inutile.
45. Monsieur Y fournit également un certain nombre d'attestations dont il ressort qu'il faisait l'objet de propos dénigrants et humiliants.
46. Ainsi, Monsieur H certifie qu'avant le premier tour des élections du Comité d'entreprise, Monsieur C aurait alerté les salariés : *« je ne veux voir personne venir voter et ceux qui viendront je m'en souviendrai »*. Puis, avant le second tour, Monsieur C aurait dit *« vous pouvez voter pour qui vous voulez sauf les illuminés qui ont pour drapeau un arc-en-ciel, vous voyez de qui je veux parler »*.
47. Auditionné par les services de police, Monsieur I, employé pour la société, raconte également que lors d'une réunion antérieure aux élections, Monsieur *« C a dit : y a-t-il des homosexuels parmi nous ? Vous pouvez porter du rose si vous voulez comme l'autre tantouze. Il parlait d'un Monsieur X (...). Monsieur C a dit sur la fin de la réunion « Si vous voulez faire partie d'un syndicat de pédé »*.
48. Madame B atteste avoir vu Madame J, épouse du Président de la société, le 11 juin 2009, tenir le bras de Monsieur Y et lui dire *« fermez là »* et *« qu'il ne travaillait pas »*. Elle précise que *« Monsieur C [Directeur de la société] était présent »*.
49. L'ensemble de ces éléments tendent à démontrer que Monsieur Y a fait l'objet d'un traitement défavorable en lien avec ses activités syndicales et son orientation sexuelle.
50. Le Défenseur des droits relève également que l'Inspection du travail a refusé d'autoriser le licenciement de Monsieur Y au motif qu'il existerait *« un faisceau d'indices de discrimination à [son] égard »*.
51. De plus, le Défenseur des droits constate que les conditions de travail de Monsieur Y ont incontestablement conduit à une dégradation de son état de santé, se traduisant par des arrêts de travail renouvelés sans cesse à compter de septembre 2009 puis à la déclaration, par le médecin du travail, de son inaptitude à tout poste dans l'entreprise le 7 mai 2013.
52. Enfin, le Défenseur des droits souligne avoir constaté, dans le cadre de l'enquête diligentée à la suite de la saisine de Madame B, que Monsieur Y, son mari et elle-même avaient fait l'objet de fortes pressions entre juin et août 2009, en raison de la création de la section syndicale X dans l'entreprise. Après enquête, le Défenseur des droits a ainsi retenu que le licenciement de Madame B était discriminatoire en raison de son lien avec les activités syndicales de son mari². La Cour d'appel de C, rejoignant ce raisonnement, a constaté une discrimination syndicale par association et ordonné la nullité du licenciement de Madame B ainsi que sa réintégration³.
53. Pour le Défenseur des droits, ces éléments, pris dans leur ensemble, sont de nature à laisser supposer l'existence d'un harcèlement discriminatoire en lien avec ses activités syndicales et/ou son orientation sexuelle.

² Décision du Défenseur des droits n°MLD-2012-88 du 28 juin 2012

³ Cour d'appel de C, chambre sociale, Arrêt du 8 octobre 2013,

54. C'est pourquoi le Défenseur des droits a décidé d'interroger la société A mise en cause, afin qu'elle fournisse la preuve, qui lui incombe par application de l'article L.1134-1 du code du travail, que la situation dénoncée par le réclamant est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
55. Dans son courrier en réponse, la société mise en cause fait valoir que la plainte déposée par Monsieur Y a fait l'objet d'un classement sans suite par le Procureur de la République, les infractions dénoncées ayant été considérées comme insuffisamment caractérisées. Cette décision a été confirmée par le Parquet Général près la Cour d'appel de C.
56. Toutefois, le Défenseur des droits tient à rappeler qu'en matière civile, la preuve d'un élément intentionnel, indispensable en matière pénale, n'est pas requise. Ainsi, le fait que le juge pénal ne conclut pas à l'existence d'une discrimination caractérisée ne démontre pas une absence de discrimination au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et des dispositions de la loi du 27 mai 2008 précitées.
57. La société fait également valoir, en fournissant les attestations de trois salariés, qu'à compter de son premier arrêt de travail durant l'été 2009, Monsieur Y serait devenu taciturne. Ces attestations, qui ne révèlent aucun fait précis, daté et circonstancié de nature à justifier la dégradation des conditions de travail du réclamant, peuvent – à tout le mieux - corroborer la dégradation de l'état psychologique du réclamant à cette période.
58. Critiquant les attestations citées par le Défenseur des droits dans sa note récapitulative, la société A indique que Madame J n'aurait pu tenir le bras de Monsieur Y car elle était âgée de 66 ans au moment des faits. Cet argument manque de sérieux.
59. Elle critique également l'attestation de Monsieur H en soulignant que les consignes données par la direction avant les élections professionnelles - enjoignant les salariés à ne pas voter et en particulier à ne pas voter pour le syndicat X - n'ont pas empêché la création du syndicat. Ce faisant, la société ne conteste pas l'existence de telles consignes.
60. Selon le Défenseur des droits, les explications et éléments fournis par la société mise en cause ne sont pas de nature à justifier que la situation dénoncée par Monsieur Y soit étrangère à toute discrimination.
61. Il est donc établi que Monsieur Y a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en lien avec ses activités syndicales et son orientation sexuelle au sens des articles L.1132-1 et suivants du code du travail et de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008.

II – S'agissant des conséquences de ces mesures :

62. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de Cassation, lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée⁴.
63. La Cour de cassation considère que des faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire⁵.

⁴ Cass. soc., 7 février 2007, n°06-40250 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n°10-21690

⁵ Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-12995

64. En principe, la résiliation prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, lorsque les faits reprochés par le salarié sont sanctionnés par la nullité, comme c'est le cas en matière de discrimination aux termes de l'article L. 1132-4 du code du travail, la résiliation judiciaire doit emporter les effets d'un licenciement nul⁶.
65. C'est ce qu'a retenu la Cour d'appel de PARIS, reprenant les observations du Défenseur des droits⁷, dans un arrêt du 3 novembre 2015 : la Cour, après avoir considéré que le salarié avait été victime de discrimination, a prononcé la résiliation judiciaire de son contrat de travail, résiliation produisant les effets d'un licenciement nul, et condamné son employeur à lui verser 160.000€ au titre de la nullité de la rupture⁸.
66. De même, dans un jugement de départage en date du 28 octobre 2014, le Conseil de prud'hommes de Paris, faisant suite aux observations du Défenseur des droits⁹, a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de la salariée aux torts de l'employeur et déclaré que cette résiliation avait les effets d'un licenciement nul en raison du harcèlement et de la discrimination. Il condamnait la société mise en cause à verser 34.000 euros de dommages et intérêts à la réclamante pour licenciement nul et 5.000 euros pour harcèlement et discrimination¹⁰.
67. En l'espèce, Monsieur Y a saisi le Conseil de prud'hommes de Z dès le 20 décembre 2013 d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur.
68. Pour le Défenseur des droits, les faits de harcèlement discriminatoire subis par Monsieur Y ayant entraîné une dégradation de son état de santé justifient le prononcé de la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts exclusifs de son employeur et ayant les effets d'un licenciement nul.
69. Si le Conseil de prud'hommes ne retenait pas cette analyse, il pourrait néanmoins décider que le licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement de Monsieur Y encourt la nullité.
70. L'article L. 1133-3 du code du travail prévoit une exception au principe de non-discrimination en cas d'inaptitude prononcée par le médecin du travail : « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ».
71. Toutefois, la Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que lorsque l'inaptitude du salarié fait suite à des faits de harcèlement moral subis par ce dernier, la nullité de son licenciement doit être prononcée¹¹.
72. La même solution doit a fortiori être retenue s'agissant d'une discrimination, celle-ci étant également sanctionnée par la nullité.

⁶ Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-28734 - La même solution est retenue en matière de harcèlement moral, sur le fondement de l'article L.1152-3 du code du travail : Cass. soc., 20 février 2013, n°11-26560

⁷ Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-224 du 9 janvier 2015

⁸ Références :

⁹ Décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-96 du 17 mai 2013

¹⁰ Conseil de prud'hommes de PARIS, 28 octobre 2014, RG n°xx

¹¹ Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994 et 20 juin 2013, n°10-20.507

73. En l'espèce, l'inaptitude de Monsieur Y à tous les postes dans la société trouve son origine dans les faits de harcèlement discriminatoire subis, ce dont il résulte que son licenciement pour impossibilité de reclassement encourt la nullité.

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

- Constate que Monsieur Y a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en lien avec ses activités syndicales et son orientation sexuelle au sens des articles L.1132-1 et suivants du code du travail et de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 ;
- Considère que ce harcèlement discriminatoire justifie le prononcé de la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts exclusifs de son employeur et ayant les effets d'un licenciement nul ;
- A défaut, considère que son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement, qui trouve son origine dans les faits de harcèlement discriminatoire subis, encourt la nullité.

75. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Conseil de prud'hommes de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON