

Paris, le 30 mars 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-128

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 pénal ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir faire l'objet d'une discrimination dans le cadre de son emploi et d'un licenciement discriminatoire, en raison de son origine, de la part de la société Y ;

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

1. Le 4 juillet 2014, 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 à son licenciement qu'il estime discriminatoire, car en lien avec son origine.

RAPPEL DES FAITS :

2. Monsieur X a été embauché par la société Y sous contrat à durée indéterminée le 28 mai 2007 en qualité d'assistant commercial et opérationnel. Il est affecté sur le site A, dans l'agence de la société Y.
3. Monsieur X indique avoir subi un traitement défavorable en raison de son origine maghrébine. Il se traduit par le fait que seuls les assistants commerciaux de cette origine sont sanctionnés pour avoir effectué des gestes commerciaux. Or, ces opérations de vente sont encouragées par la société Y aux fins de fidéliser la clientèle. Les autres assistants commerciaux, d'origine européenne, ne sont pas sanctionnés lorsqu'ils effectuent les mêmes opérations de vente, comme ils en attestent eux-mêmes.
4. Ainsi, le 22 janvier 2014, Monsieur X s'est vu notifier un avertissement pour avoir commis différentes erreurs dans l'établissement de contrats de location et octroyé des gestes commerciaux. Il a contesté cette sanction.
5. Par courrier en date du 14 mars 2014, Monsieur X est licencié pour faute grave. Il lui est reproché d'avoir réalisé des « fraudes à l'incentive », c'est-à-dire au plan de commissionnement, en effectuant divers gestes commerciaux. Il a contesté son licenciement en dénonçant la différence de traitement dont il s'estime victime par rapport aux assistants commerciaux d'origine européenne.

ENQUETE :

6. Par courrier en date du 7 mai 2015, les services du Défenseur des droits ont demandé un certain nombre de pièces et d'explications à la Direction régionale B de la société Y qui y a répondu par un courriel en date du 16 juin 2015, puis par un courrier en date du 19 juin 2015.
7. L'enquête menée porte non seulement sur les difficultés professionnelles de Monsieur X, mais également sur celles de Messieurs C, D et E, respectivement assistants commerciaux et agent de préparation. Les quatre réclamants ont travaillé ensemble sur le site A, du 12 décembre 2012 au 16 avril 2015. Tous ont saisi le Défenseur des droits, le 4 juillet 2014, aux fins qu'une enquête soit menée sur les sanctions qui leur ont été notifiées et sur leur licenciement, qu'ils estiment discriminatoires en raison de leur origine.
8. Les services du Défenseur des droits ont souhaité recueillir les observations de plusieurs supérieurs hiérarchiques des réclamants. Par courriers recommandés en date du 7 mai 2015, ils ont convoqué Monsieur F, responsable maintenance et mécanique, anciennement station manager, Madame G, assistante manager, et Madame H, responsable des ressources humaines, à une audition fixée au 25 juin 2015.

9. Madame I, station manager dans l'agence J, autre agence située dans le même secteur géographique, a également été auditionnée à cette date afin d'apporter au Défenseur des droits des éléments d'information sur les pratiques commerciales de la société Y.
10. Enfin, Madame K, city manager, dont les fonctions étaient de gérer le personnel et la flotte de véhicules sur l'ensemble des agences du secteur géographique où se trouve le site A, a été convoquée à une audition fixée au 26 juin 2015. Elle a été depuis licenciée, sans que la société Y ne s'explique sur les causes de la rupture de son contrat de travail.
11. Tous ces responsables ont déféré aux auditions, à l'exception de Madame G, dispensée par les services du Défenseur des droits par courrier du 12 juin 2015 pour un motif personnel.
12. Par courrier recommandé du 28 mai 2015, Madame L, ancienne station manager au sein de l'agence A, depuis licenciée, a été convoquée à une audition fixée au 26 juin 2015 et y a déféré.
13. À l'issue de ces auditions, les services du Défenseur des droits ont sollicité la communication de nouvelles pièces par un courrier en date du 29 juillet 2015. La Direction régionale B de la société Y y a répondu par un courrier du 29 septembre 2015. Elle conteste l'existence de toute discrimination fondée sur l'origine. Il en est de même pour ses salariés qui ont été auditionnés.
14. Toutefois, au vu des éléments ainsi recueillis, le Défenseur des droits a adressé à la société Y, le 28 juin 2016, une note récapitulant son analyse et l'a invitée à formuler des observations complémentaires. Cette note a en effet pour objet de permettre à la société mise en cause d'apporter de nouvelles justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne statue.
15. En réponse, par courrier en date du 15 septembre 2016, la société Y conteste à nouveau l'existence de toute discrimination. Elle transmet au Défenseur des droits des pièces complémentaires et sollicite une « *décision juste et éclairée* » de sa part.
16. Le Défenseur des droits rappelle, qu'en qualité d'autorité administrative indépendante, il a le pouvoir d'instruire les réclamations portées à sa connaissance et d'en apprécier le bien-fondé en vertu de son expertise sur le droit de la non-discrimination. Sa décision intervient à l'issue d'une enquête contradictoire prenant en considération les éléments présentés par chacune des parties. Lorsqu'elle constate une discrimination, la décision est étayée par des pièces démontrant son existence.
17. En l'espèce, au terme de son enquête, le Défenseur des droits constate qu'une discrimination est constituée au préjudice des trois réclamants assistants commerciaux, dont Monsieur X.

CADRE JURIDIQUE :

18. Au plan civil, l'article L. 1132-1 du code du travail relatif au principe de non-discrimination dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, notamment en raison de son origine.
19. Cet article renvoie, aux fins de définir la discrimination, 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. Aux termes de cette disposition, 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 origine.

20. L'article L. 1134-1 du code du travail relatif à l'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* ».
21. Enfin, l'article L. 1132-4 dudit code prévoit que tout acte ou disposition prise en violation du principe de non-discrimination doit être frappé de nullité.
22. Au plan pénal, l'article 225-1 du code pénal dispose que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison [notamment] de leur origine, [...] de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie [ou] à une prétendue race* ».
23. L'article 225-2 dudit code dispose qu'une telle distinction constitue un délit de discrimination puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste « [3°] à sanctionner ou à licencier une personne ».
24. L'article 427 du Code pénal dispose que les « *infractions peuvent être établies par tout mode de preuve* ».
25. L'article 225-4 du code pénal précise qu'une personne morale peut être reconnue coupable de ce délit. Elle encourt dans ce cas 225 000 euros d'amende (art. 131-38 c. pén.) et les peines prévues par l'article 131-39 dudit code, dont une peine d'affichage.

ANALYSE JURIDIQUE :

26. En l'espèce, Monsieur X et les autres réclamants présentent plusieurs témoignages concordants d'assistants commerciaux de l'agence A. Tous constatent la différence de traitement dont ils font l'objet en raison de leur origine et attestent qu'ils ne sont pas sanctionnés lorsqu'ils octroient les mêmes gestes commerciaux qu'eux.
27. Ces témoignages sont étayés par une comparaison des gestes commerciaux effectués par les assistants de l'agence A et des sanctions notifiées. Elle démontre l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine au préjudice de Monsieur X et des deux autres réclamants ayant eu la qualité d'assistants commerciaux.
28. Il ressort également des éléments recueillis lors de l'instruction l'existence d'un climat de travail hostile aux salariés d'origine maghrébine (I), d'une absence de consignes écrites constantes (II) et d'une procédure disciplinaire qui n'est ni transparente, ni objective (III). Elle favorise les sanctions arbitraires, dont il apparaît que Monsieur X, comme les autres réclamants, a été victime en raison de son origine (IV).

I - Sur le climat de travail hostile aux salariés d'origine maghrébine :

29. Pour contester la discrimination fondée sur l'origine alléguée par les réclamants, la société Y fait valoir, en premier lieu, qu'ils ne se sont jamais plaints d'actes discriminatoires.
30. Le Défenseur des droits relève cependant qu'ils ont tous fait état, dans les courriers de contestation de leurs sanctions disciplinaires, d'un traitement défavorable qu'ils estiment subir en raison de leur personne.

31. S'agissant de Monsieur X, il a écrit, dans le courrier contestant son licenciement : « *beaucoup de mes collègues font des erreurs au quotidien que vous relevez et qui ensuite sont transmises directement à ceux-ci par un simple échange verbal. Voilà comment on peut s'apercevoir du caractère pervers de la direction qui avait déjà l'intention de tout faire pour me sanctionner et [du fait] que vous avez décidé de vous en servir contre moi, [...] contre ma personne* ».
32. La société Y ne justifie pas avoir réalisé une enquête sur cette différence de traitement en vue, si elle devait être constatée, d'y mettre fin, conformément à l'obligation de sécurité qui lui incombe aux termes de l'article L. 4121-1 du code du travail.
33. Le Défenseur des droits constate qu'elle ne communique pas les conclusions de l'enquête que Madame H, responsable des ressources humaines, a affirmé avoir diligenté à la suite du traitement arbitraire dénoncé par Monsieur X. Lors de son audition par les services du Défenseur des droits, à la question (n° 13) « *pourquoi n'avez vous pas fait d'enquête ?* », Madame H répond en effet : « *si, nous avons fait une enquête. Suite à cela la chef de station de l'époque regardait tous les contrats de tous les salariés de l'agence* ». Cette déclaration, sur procès-verbal d'audition établi contradictoirement le 25 juin 2015, permet d'écarter l'argument soutenu par la société Y dans son courrier de réponse en date du 15 septembre 2016, selon lequel aucune enquête n'a pu être réalisée dès lors que Monsieur X aurait refusé de donner les noms des assistants commerciaux auxquels il se compare.
34. De même, la société Y ne justifie pas avoir vérifié la différence de traitement dénoncée par Messieurs C et D, les autres réclamants, alors que Madame L, chef de station, a confirmé que ces derniers se sont plaints de discrimination auprès d'elle.
35. En second lieu, la société Y explique, pour contester l'existence d'une discrimination au préjudice des réclamants, qu'aucun salarié ne s'est plaint, en général, d'actes racistes au sein de l'agence A.
36. Pour le démontrer, elle se prévaut de la situation de huit salariés dont les patronymes sont à consonance maghrébine. Elle indique d'une part, que certains sont présents depuis longtemps dans les effectifs, et d'autre part, que d'autres occupent des postes à responsabilité.
37. Le Défenseur des droits ne peut cependant retenir la pertinence de ces arguments qui entrent en contradiction avec les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction.
38. En effet, le Défenseur des droits constate que la société Y ne peut se prévaloir de la situation de Madame M pour démontrer l'absence de discrimination au sein de la direction régionale B. Pour cause, il a été saisi de la situation de cette dernière qui s'estimait victime d'une discrimination fondée sur son sexe et son origine se traduisant par une sous-évaluation de sa qualification d'agent de préparation par rapport à sa mission de réception des véhicules.
39. Monsieur N, Délégué du Défenseur des droits dans le secteur géographique où se situe l'agence A, a alerté Monsieur O, Directeur des ressources humaines, sur la situation de Madame M par un courrier en date du 2 mai 2014. La société Y conteste la discrimination qu'elle allègue, mais l'a néanmoins convoquée en entretien le 22 mai 2014 pour lui proposer un avenant régularisant la qualification de son poste.

40. Ensuite, le Défenseur des droits constate que Madame P et Monsieur Q, également nommés par la société Y, ont témoigné de l'existence d'une différence de traitement au préjudice des réclamants et de clients en raison de leur origine maghrébine. S'agissant de Messieurs R et S, que la société Y prend pour exemple dans son second courrier de réponse à l'instruction, les pièces afférentes à leur situation n'ont pas été transmises¹.
41. Enfin, le Défenseur des droits relève que si Madame T a été promue à compter du 1^{er} mars 2015 au poste d'assistante manager, cette promotion est intervenue après les faits de discrimination dénoncés et à l'initiative de Madame K, city manager, auxquels ils sont en partie imputés.
42. Il en est de même pour Monsieur U, frère aîné de l'un des réclamants, Monsieur D, qui a été promu au poste d'« *airport manager* » le 1^{er} février 2015. Madame K a reconnu lors de son audition que ce poste a été spécifiquement créé à sa demande, et ce, bien que Monsieur U ait fait l'objet d'une sanction disciplinaire deux mois plus tôt.
43. Ces arguments présentés par la société Y ne sauraient donc suffire pour écarter les éléments présentés par les réclamants. Après vérification de la part des services du Défenseur des droits, ils démontrent l'existence d'une discrimination.
44. Les réclamants se prévalent en effet de 74 contrats de location de véhicules établis par les assistants commerciaux de l'agence A et sur lesquels il est indiqué qu'ils ont fait les mêmes gestes commerciaux qu'eux, au même moment. Les « *daily game plan* », fixant la politique commerciale quotidienne, montrent, lorsqu'ils sont produits, qu'ils n'ont pas été autorisés.
45. Or, il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction qu'aucun d'entre eux n'a été sanctionné. Leur dossier disciplinaire est vide, à l'exception de celui de Monsieur V qui s'est vu notifier un simple courrier lui « *deman[dant] de ne plus réitérer [une] pratique* » et ce, le 11 mai 2015, soit après la réception par la société Y du courrier d'instruction du Défenseur des droits. Une sanction a également été demandée par un manager à l'encontre de Monsieur W, mais l'avertissement prévu ne lui a jamais été notifié². Il sera finalement licencié pour faute, mais après la dénonciation des faits de discrimination, et pour des faits non comparables d'enrichissement personnel.
46. Cette différence de traitement correspond à la définition de la discrimination puisqu'il apparaît que pour les mêmes gestes commerciaux, seuls les trois assistants commerciaux d'origine maghrébine, dont Monsieur X, sont sanctionnés. Ils sont donc traités d'une manière moins favorable que d'autres ne le sont dans une situation identique, en raison de leur origine.
47. La pertinence de cette preuve n'est pas remise en cause par le fait que sept autres agents commerciaux d'origine européenne ont été sanctionnés ou licenciés pour faute dans d'autres directions régionales³. Elle repose sur l'analyse de pratiques managériales dénoncées au sein d'une agence donnée, celle de l'agence A. Ce n'est pas en l'espèce le principe de la sanction de gestes commerciaux non autorisés qui est contesté, mais son caractère fluctuant et son application différenciée. De fait, seuls les agents commerciaux d'origine maghrébine de l'agence A ont été sanctionnés pour avoir réalisé des gestes commerciaux apparemment autorisés aux autres.

¹ Les pièces réputées qui devaient figurer sous la cote 6 n'ont pas été transmises au Défenseur des droits.

² Le courrier d'avertissement produit par la société Y comporte la mention « *jamais remis* ».

³ Dans son second courrier de réponse à l'instruction en date du 15 septembre 2016, la société Y se prévaut, pour relativiser la différence de traitement entre les salariés de l'agence A, de la situation d'agent en poste dans d'autres régions commerciales de France (deux agents ayant fait l'objet d'avertissement – Mesdames AA et AB – et cinq agents licenciés – Mesdames AC et AD ; Messieurs AE, AF et AG).

48. Il faut en effet ajouter à cette comparaison les témoignages de six assistants commerciaux d'origine européenne qui reconnaissent l'existence de cette discrimination de la part de certains managers de l'agence A.
49. Madame AH, assistante commerciale, atteste par exemple du fait que Monsieur X « *faisait partie des meilleurs vendeurs de France. Malheureusement [...] le racisme [de certains] supérieurs (Monsieur X étant d'origine arabe, il avait développé un réseau non négligeable de clients d'origine arabe également) ont fait de lui l'homme à abattre* ». Cette surveillance particulière de Monsieur X est confirmée par Madame AI, assistante commerciale.
50. Plusieurs témoignages des autres catégories de personnel de la société Y viennent corroborer l'existence d'une discrimination au préjudice des salariés voire même des clients d'origine maghrébine.
51. Il en est premièrement ainsi de quatre agents de préparation de véhicules, dont Monsieur AJ qui témoigne du fait que, sur « *le nombre important de retours de véhicules que [l'agence a], [il a] constaté que Monsieur F, station manager sortait systématiquement de son bureau qui se trouve dans l'agence lorsqu'un client de type maghrébin rendait son véhicule de location* ». Messieurs AK et AL attestent des mêmes faits.
52. Il en est deuxièmement ainsi de Monsieur AK, délégué du personnel et membre du comité d'entreprise, qui atteste qu'il a assisté les trois réclamants « *dans pas moins de dix entretiens* ». Il écrit : « *j'ai peu à peu [...] perçu que mes collègues faisaient l'objet d'un traitement particulier, du fait que les dossiers qui m'étaient présentés concernaient tous des clients maghrébins et qu'eux-mêmes étaient maghrébins. D'autant que les motifs évoqués me paraissaient aléatoires. Devant la récurrence des convocations et des sanctions, j'ai fini par évoquer le traitement discriminatoire [dont] ces trois collègues faisaient l'objet à chacun de ces entretiens et ce, à plusieurs reprises* ».
53. Il en est troisièmement ainsi de Madame AN, chef de station au sein de l'agence J, dans laquelle Monsieur D a été muté. Elle atteste de faits corroborant l'existence d'une volonté de discriminer en raison de l'origine de la part de Madame K, city manager. Madame AN témoigne en effet du fait qu'en prenant des renseignements auprès d'elle, Madame K lui a « *demandé à quel type de client [elle] avait à faire* ». Elle explique : « *je lui ai indiqué qu'il s'agissait d'un client "loisir". Elle a passé la main devant son visage de haut en bas en me disant : "tu vois ce que je veux dire". J'ai alors indiqué à ma responsable le nom de mon client d'origine maghrébine et elle a confirmé le maintien, dans ce cas, de la nouvelle procédure discriminante et particulièrement sanctionnante financièrement pour le client* ».
54. La société Y remet en cause la pertinence de ces témoignages en arguant qu'ils émanent presque tous de salariés avec lesquels elle est en litige pour des rappels de primes. Le Défenseur des droits constate néanmoins que leur objectivité ne peut pas être remise en cause dès lors que les attestations évoquées ont été rédigées avant que ces contentieux ne naissent⁴.
55. Enfin, quatrièmement, dans un document enregistré, des assistants managers et chefs de station de l'agence A, s'interrogent sur le fait de savoir si la multiplication des sanctions disciplinaires à l'encontre des seuls salariés d'origine maghrébine, qu'ils déplorent, ne serait pas justifiée, par Madame K, par le fait que « *ça fait trop maghrébin à [l'agence A]* » et par le fait qu'ils « *bloquent* », c'est-à-dire attribuent des véhicules aux clients maghrébins.
56. Il résulte de l'ensemble de ces éléments, que les trois réclamants assistants commerciaux, dont Monsieur X, ont fait l'objet d'une étroite surveillance sur leurs pratiques commerciales en raison de

⁴ Assignation collective de la société Y pour un rappel de primes le 21 décembre 2014.

leur origine maghrébine, alors que la société Y n'est pas en mesure de justifier des conditions dans lesquelles elle sanctionne et encourage, dans le même temps, ces pratiques aux fins de fidéliser la clientèle.

II- Sur l'absence de consignes définies de façon constante et par écrit :

57. Interrogée en premier lieu par les services du Défenseur des droits sur les modalités par lesquelles elle encourage les gestes commerciaux, la société Y a expliqué, par l'intermédiaire de son personnel entendu en audition, que la politique commerciale est fixée à chaque début de journée par « *le daily game plan* ». Il autorise des réductions, des offres « second conducteur (gratuit) » et des locations de véhicules sans réservation préalable, dites « *walk-in* ».
58. Ensuite, « les chefs de stations » entendus ont expliqué que cette politique commerciale évolue au fil de la journée et un geste commercial peut être approuvé oralement par un station manager. Madame I explique ainsi que « *les chefs de station doivent identifier automatiquement le geste commercial qui a été accordé et s'il y a eu une autorisation. Par exemple, je demande à mes ACO [assistants commerciaux] de mettre un accord avec mes initiales "OK xx". Normalement, sur un geste commercial qui déclenche un remboursement [autre que gestes commerciaux initiaux, tels que le surclassement, etc.], l'ACO ne peut pas le faire sans autorisation. Toutefois, si le chef de station est absent et que l'ACO a dû gérer une urgence, je pourrai valider a posteriori cette initiative* ».
59. Monsieur F confirme en expliquant que « *la politique commerciale apparaît sur le Daily game plan* » et qu'« *il y a deux choses qui sont à la discrétion des agents de comptoirs : les remises en fonction du Daily game plan, les surclassements sur les modèles classiques et en fonction de la durée de location* ». Il poursuit en indiquant que « *les salariés ne peuvent pas offrir un second conducteur sans autorisation du station manager* » et que « *les autorisations ne sont pas toujours inscrites, souvent elles sont écrites en remarques* ».
60. Madame L, a déclaré pour sa part que « *tout geste commercial devait avoir approbation [du] manager [et que] l'approbation du manager est formalisée dans le contrat mais cela n'était jamais noté* ». Elle conclut en déclarant « *on ne sanctionnait pas pour avoir fait du business. On déconseillait de le faire mais on ne sanctionnait pas pour ce type de gestes* ».
61. Enfin, la société Y admet elle-même, dans son second courrier de réponse à l'instruction, que « *la politique commerciale quotidienne est fixée en début de journée par les « daily game plan » [...]. [L'] adaptation des offres au jour le jour est inhérente à l'activité commerciale de la société. Cette politique commerciale évolue au fil de la journée et un geste commercial peut être approuvé oralement par un Manager* ».
62. Le Défenseur des droits constate, à l'aune de ces déclarations, que la société Y n'est pas en mesure de justifier des consignes qu'elle donne aux assistants commerciaux quant aux gestes commerciaux à réaliser, ni des accords des managers sur ceux-ci qui peuvent être oraux et intervenir *a posteriori*.
63. De plus, le Défenseur des droits relève que la société Y s'est refusée à produire « *la copie des "daily game plan" mis en place au sein de l'agence A* », demandée à deux reprises dans le cadre de l'instruction. Elle a d'abord fait valoir que « *ces documents ne sont pas archivés et sont mis à jour tous les matins* » pour justifier d'une impossibilité de les communiquer. Mais, le Défenseur des droits ayant relevé, dans sa note récapitulative, la contradiction qu'il existe pour la société Y de soutenir que les « *daily game plan* » ne sont pas conservés et de s'en prévaloir tout de même dans les sanctions disciplinaires notifiées aux réclamants, elle les a finalement transmis pour partie le 15 septembre 2016.

64. Cette attitude caractérise de la part de la société Y, non seulement une volonté d’entretenir l’opacité sur la gestion de sa politique commerciale au sein de l’agence A, mais plus encore le délit d’entrave à l’instruction du Défenseur des droits ⁵.
65. En toute hypothèse, la société Y n’est pas en mesure de prouver la matérialité des faits qu’elle reproche aux réclamants, et en particulier à Monsieur X, dès lors qu’elle n’est pas en mesure de justifier de l’absence d’accord d’un manager.
66. De fait, selon les déclarations des managers eux-mêmes, les consignes sur les gestes commerciaux et leur validation se font le plus souvent oralement et il apparaît même que tous ne sont pas d’accord sur la teneur des règles applicables ⁶.
67. Le caractère fluctuant des consignes relatives aux gestes commerciaux est incarné par la procédure des contrats dits « 27 jours ». Il s’agit de la durée de location maximale pendant laquelle un client peut bénéficier d’un tarif avantageux. Au-delà, son contrat doit être prolongé à un tarif moins intéressant. Le geste commercial du « contrat 27 jours » consiste donc à fermer le premier contrat du client au bout de cette durée et à en ouvrir un second. Le client paie ainsi moins cher sa location que si son contrat avait été établi pour 28 jours ou plus.
68. La société Y explique, par l’intermédiaire de ses managers entendus en audition, qu’il est interdit de consentir plusieurs contrats de 27 jours à un client car cela constitue un manque à gagner. Toutefois, ils ne s’accordent pas sur les modalités de cette interdiction.
69. Madame K, city manager, a déclaré en audition : « *formellement, les contrats de 27 jours sont interdits. Il faut que je vérifie où cela est écrit* ». Mais Madame I a affirmé que « *les règles du contrat 27 jours se sont affinées au fil des ans. J’ai eu une nouvelle consigne de ma responsable Madame K qui est que si on change de véhicules ces contrats sont autorisés, mais cela n’était pas le cas avant* ». De même, Monsieur F a expliqué que « *si on change de véhicule, les contrats de 27 jours sont autorisés car les conditions du contrat changent* », mais Madame L a indiqué que « *le renouvellement des contrats de 27 jours même si on change de véhicules sont interdits car le client continue sa location* ».
70. Il ressort également des éléments recueillis dans le cadre de l’instruction que l’interdiction des « contrats 27 jours » n’est appliquée qu’aux seuls réclamants, sanctionnés à 10 reprises pour en avoir consenti, alors qu’il s’agit d’un geste commercial pratiqué par tous les assistants commerciaux et encouragé. Les réclamants présentent cinq éléments de preuve allant en ce sens :
- 1) Ils produisent, premièrement, 13 « contrats 27 jours » établis par les autres agents commerciaux de l’agence A qui n’ont pas été sanctionnés ;
 - 2) Les réclamants produisent, deuxièmement, le témoignage de quatre d’entre eux qui attestent, du fait qu’il est courant et toléré de procéder à des « contrats 27 jours » et qui confirment qu’ils ne sont pas sanctionnés pour de tels contrats ⁷.

⁵ V. art. 12, loi n° 2011-334, du 30 mars 2011, relative au Défenseur des droits : « *Est puni d’un an d’emprisonnement et de 15 000 € d’amende le fait de ne pas déférer aux convocations du Défenseur des droits, de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l’exercice de sa mission* ».

⁶ Par exemple, pour Monsieur F, les assistants commerciaux sont libres de faire des surclassements sans autorisation mais ils doivent obtenir celle-ci pour une offre second conducteur, tandis que pour Madame I, seuls les gestes commerciaux qui déclenchent un remboursement doivent se faire avec une autorisation

⁷ Voir, attestations de Mesdames AO, AI, AP et AQ.

- 3) Ils produisent, troisièmement, le courrier adressé par un client qui explique qu'il loue depuis plusieurs mois un véhicule par plusieurs contrats de 26 jours et qui se plaint de ne plus bénéficier du même tarif, moins intéressant, s'il accepte un contrat de 30 jours. Or, le service client de la société Y s'est excusé pour ce fait et lui a versé une somme correspondant au remboursement de la majoration.
 - 4) Quatrièmement, Madame AN, station manager dans une autre agence que celle des réclamants, témoigne du fait que « Madame K a créé une procédure locale qui n'est pas validée par le service clients : la procédure "27 jours" ». Elle poursuit en indiquant que cette dernière en a refusé le bénéfice à un client ayant un nom à consonance maghrébine afin qu'il paie le tarif moins avantageux sur 30 jours.
 - 5) Les réclamants produisent, cinquièmement, des documents enregistrés en date du 21 avril 2015, dans lesquels Mesdames AR, station manager, et AS, assistant manager, confirment que Madame K peut autoriser oralement des « contrats 27 jours » et qu'il n'y a aucun écrit autorisant ou interdisant cette procédure.
71. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les règles relatives aux gestes commerciaux sont fluctuantes. Ils sont décidés unilatéralement par le station manager sans qu'il soit possible d'établir *a posteriori* leur accord et, pour les « contrats 27 jours », ils sont décidés par la city manager, Madame K. Les éléments de preuve rassemblés par les réclamants montrent qu'elle a décidé d'interdire les « contrats 27 jours » au coup par coup et à leur seul préjudice, puisqu'ils sont les seuls à être sanctionnés pour les avoirs consentis.
72. La société Y leur reproche d'avoir ainsi commis une « fraude à l'incentive », c'est-à-dire d'avoir réalisé des « contrats 27 jours », en dépit de leur interdiction – fluctuante –, qui donnent lieu à un commissionnement au lieu d'avoir consenti des contrats de 30 jours plus coûteux pour le client et qui ne donne pas droit au commissionnement.
73. Dans le cadre des auditions, Madame K a expliqué que le « déplafonnement » des commissions à la fin de l'année 2013 a eu pour conséquence que « l'argent est monté à la tête » des réclamants et qu'ils ont donc consenti unilatéralement des « contrats 27 jours » interdits.
74. Le Défenseur des droits constate que le déplafonnement des commissions figure bien dans le « plan d'incentives » établi en septembre 2013. Mais, il relève également que les contrats de plus de 27 jours ne donnaient pas lieu à un commissionnement avant cette date, de sorte que la société Y ne peut pas reprocher aux assistants commerciaux des gestes commerciaux qu'elle autorise au prétexte que cela accroît leur rémunération et alors même que c'est elle qui est à l'origine de cette possibilité d'augmentation.
75. Pour le Défenseur des droits, le caractère discrétionnaire des règles de politique commerciale de la société Y a pour conséquence le prononcé de sanctions arbitraires au préjudice des seuls réclamants, sanctionnés, en raison de leur origine, pour avoir commis des gestes commerciaux autorisés, voire encouragés par ailleurs.

III- Sur le caractère arbitraire des sanctions disciplinaires :

76. Interrogée en second lieu par les services du Défenseur des droits sur la procédure disciplinaire qu'elle applique, la société Y a expliqué, par l'intermédiaire de ses managers entendus en audition, que les sanctions sont décidées de la façon suivante :
- 1) Premièrement, le chef de station constate des irrégularités dans les contrats de location établis. Deux procédures permettent de les contrôler. Il s'agit, d'une part, de la procédure

« d’audit contrats », selon laquelle le chef de station doit contrôler au moins 40 contrats par assistant commercial sur un trimestre, et d’autre part, du « *rapport d’exception* », lequel génère informatiquement chaque jour la liste de toutes les « *anomalies* », dont tous les gestes commerciaux consentis.

- 2) Deuxièmement, le chef de station remplit un tableau ou rédige un courriel dans lequel il détaille les faits reprochés à l’agent et qu’il envoie à la city manager, Madame K, et à la responsable des ressources humaines, Madame H.
- 3) Troisièmement, la sanction est décidée par la city manager, sur les conseils de la responsable des ressources humaines. L’une d’entre-elles mène l’entretien préalable s’il a lieu d’être et elles rédigent la sanction dont elles déterminent le degré.
- 4) Quatrièmement, le chef de station imprime la sanction, la signe et la notifie à l’intéressé, soit en la lui remettant en main propre, soit en la lui adressant par courrier.

77. Plusieurs éléments recueillis dans le cadre de l’instruction montrent que, dans sa mise en œuvre, cette procédure disciplinaire réserve une large part à la subjectivité des supérieurs hiérarchiques, libres de sanctionner les faits qu’ils souhaitent.

78. Le Défenseur des droits relève en effet que la subjectivité des supérieurs hiérarchiques a altéré la première étape de la procédure disciplinaire puisqu’il est établi que tous les assistants commerciaux ont réalisé des gestes commerciaux devant apparaître dans les rapports d’exception. La société Y ne peut donc pas ignorer qu’ils ont commis les mêmes faits que ceux qui sont reprochés aux réclamants.

79. Le Défenseur des droits constate que la société Y entretient une nouvelle fois une certaine opacité sur ses pratiques en ne communiquant pas les tableaux et les courriels de demande de sanctions ainsi que les rapports d’exception sollicités dans le cadre de l’instruction. Elle ne produit que 6 rapports d’exception sur les 74 requis et qu’un seul tableau énumérant toutes les sanctions disciplinaires prises, mais pas celles qui ont été sollicitées. Or, lors des auditions, les tableaux en cause ont été décrits comme étant « *établi[s] selon le fait reproché (l’agent, le fait, la date)* ⁸ ».

80. De plus, le Défenseur des droits relève que les réclamants présentent plusieurs éléments laissant présumer qu’ils ont fait l’objet d’une surveillance particulière dans le but de les sanctionner. Il en est ainsi :

- d’une part, de l’attestation de Madame AH, assistante commerciale, qui témoigne du fait que « *depuis un an, notre chef d’agence Madame L épluchait le moindre de ses contrats [ceux de Monsieur X] et constituait un dossier contre lui dans le but de l’éliminer* » ;
- d’autre part, d’un courriel de Madame G, assistant manager, à Madame L, station manager. Elle y indique qu’elle est « *tombé[e] sur un contrat de Monsieur C* » sur lequel elle a demandé des explications. Elle poursuit en écrivant « *il s’agit du dossier qui est sous ton clavier au nom de xxxxxxxx. Du coup, hier en voyant cela, j’ai mené ma petite enquête [...] voici la liste des contrats concernés, pour le moment j’ai trouvé 1 [Monsieur C] (celui cité ci-dessus) et les autres [Monsieur D]* ».

⁸ Audition de Madame K. Voir également audition de Madame H : « *il y a plusieurs façons de m’informer, soit on me transmet un tableau récapitulatif des faits avec un avis sur la sanction souhaitée, soit on me fait un email. [...] Normalement, je conserve les emails et les tableaux* ».

81. Enfin, il convient de relever que Madame L a déclaré lors de l'audition que *« les salariés qui [ont] saisi [le Défenseur des droits] ne sont pas les seuls salariés qui ont fait l'objet de rapport d'exception »* et elle a précisé : *« j'ai voulu sanctionner Madame AL pour des pratiques qui ressortaient dans les rapports d'exception. J'avais préconisé une mise à pied en raison de la gravité des faits, mais [Madame K, city manager] a refusé la mise à pied et m'a demandé de faire un avertissement oral »*. Elle conclut : *« c'est la city manager, Madame K, qui décidait des sanctions. Si elle ne voulait pas sanctionner, elle ne sanctionnait pas »*.
82. Le Défenseur des droits rappelle que l'employeur est en principe libre de choisir la sanction qui lui paraît adaptée au comportement du salarié, sauf s'il commet ainsi un détournement de pouvoir ou une discrimination (Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-28.199).
83. La comparaison des gestes commerciaux effectués par l'ensemble des salariés de l'agence A et des sanctions notifiées montre que pour les mêmes faits et aux mêmes dates, seuls les assistants commerciaux d'origine maghrébine sont lourdement sanctionnés - 7 avertissements, une mise à pied et deux licenciements pour faute grave - alors que ce n'est pas le cas des autres assistants commerciaux d'origine européenne.
84. Par conséquent, le Défenseur des droits observe que seuls les contrats établis pour les réclamants ont été sélectionnés et conservés aux fins de les sanctionner, ce qui caractérise une discrimination en raison de l'origine.

IV- Sur la situation spécifique de Monsieur X:

85. Monsieur X, a été embauché par la société Y le 28 mai 2007 en qualité d'assistant commercial. Ses évaluations professionnelles montrent qu'il a toujours été l'un des meilleurs vendeurs de l'agence A et même sur l'ensemble des agences du secteur géographique⁹.
86. Depuis son embauche, il a eu des nominations et des récompenses pour la qualité de son travail de vente¹⁰. Le 8 janvier 2014, il reçoit *« une récompense de la société Y pour l'engagement à l'expérience à la clientèle de la part de Madame L »*. Il est *« remerci[é] pour [son] engagement continu envers nos valeurs et pour l'accomplissement de résultats exceptionnels »*.
87. Or, 14 jours plus tard, le 22 janvier 2014, il se voit notifier un avertissement pour avoir octroyé divers gestes commerciaux.
88. Près d'un mois plus tard, le 24 février 2014, il est convoqué à un entretien préalable à son licenciement en raison de ses pratiques commerciales.
89. Le 14 mars 2014, Monsieur X est licencié pour faute grave. Il lui est reproché d'avoir consenti des *« contrats 27 jours »*, avoir inclus une assurance, offert un *« second conducteur »* et avoir fait un *« walk-in »*, c'est-à-dire d'avoir loué un véhicule à un client qui n'avait pas fait de réservation au préalable. La lettre de licenciement précise qu'il a ainsi commis une *« fraude à l'incentive »* parce que les pratiques commerciales qu'il a eues, le *« contrat 27 jours »* et le *« walk-in »*, donnent lieu au versement de commissions.
90. Interrogée par le Défenseur des droits sur les motifs de ces sanctions, la société Y maintient cette explication et ajoute qu'il se vantait de ses résultats suscitant ainsi jalousie et agacement.

⁹ Voir, évaluation de Monsieur X pour l'année 2011 : *« Monsieur X connaît le règlement intérieur et l'applique »* ; pour l'année 2012 : *« Monsieur X est un bon vendeur »*, *« Monsieur X est un des meilleurs vendeurs du district »*

¹⁰ Voir, *« nominations 1000 bravos »* décernées à Monsieur X le 29 mai 2008, et le 14 octobre 2008.

91. Le Défenseur des droits relève toutefois que la procédure disciplinaire n'a pas été respectée, puisqu'aucun des stations managers indique avoir remonté des faits fautifs à la city manager et à la responsable des ressources humaines.
92. Madame L a affirmé en audition qu'elle n'avait ni connaissance des faits à l'origine de l'avertissement qui lui a été notifié le 22 janvier 2014, ni de ceux ayant justifié son licenciement qu'elle n'a pas sollicité, dès lors qu'elle était en congé. Elle a déclaré : *« j'ai été très surprise. Je n'étais pas informée de ce qu'on lui reprochait. Je suis arrivée un matin et j'ai appris qu'il a été licencié. [Les autres stations managers ¹¹] n'étaient pas informés de ce licenciement. Je ne sais pas sur quels contrats son licenciement est fondé. Je n'étais même pas au courant du dossier qui était sur lui. C'est la RH et la city manager qui ont fait toute la procédure de licenciement de Monsieur X. [...] On a voulu évincer Monsieur X »*, dont elle précise qu'il *« n'était pas jalouxé »*.
93. Cette volonté d'éviction du réclamant est corroborée, d'une part, par les témoignages des autres assistants commerciaux, notamment par Madame AH qui témoigne du fait que *« Madame K a dit "Monsieur X, j'en fais mon affaire ; dans quelques temps, il ne sera plus là" »*. De même, Madame AI, atteste que *« Monsieur X subissait des pressions de la part des responsables au quotidien. Il était surveillé sur ses moindres faits et gestes [...]. Je peux dire que nous autres assistants commerciaux n'avons pas subi cette pression volontaire »*.
94. Cinq autres assistants commerciaux attestent avoir été très surpris par le licenciement de Monsieur X dans la mesure où il a été écarté pour des gestes commerciaux quotidiens.
95. D'autre part, la volonté d'évincer Monsieur X est corroborée par le fait que la société Y n'est pas en mesure de justifier de la matérialité des faits qu'elle lui reproche dès lors qu'elle n'établit pas *« les procédures internes »* qu'il aurait violées.
96. De plus, le Défenseur des droits relève que la majorité des griefs faits à Monsieur X au soutien de son avertissement et de son licenciement ne sont pas fondés, quand bien même on s'en réfère à une règle fluctuante. Il en est ainsi de :
- l'absence d'inscription d'autorisation bancaire et de l'adresse mal renseignée reprochées dans son avertissement, puisque Madame L a affirmé en audition qu'une erreur de frappe n'est pas sanctionnée ;
 - la remise de 20 % qui lui est reprochée dans son avertissement dès lors que la société Y produit le *« daily game plan »* correspondant en date du 1^{er} octobre 2013 précisant qu'une réduction est possible ce jour-là avec un accord d'un manager (oral, dont elle ne peut démontrer l'absence) ;
 - il en est de même pour l'offre second conducteur reprochée à l'appui de son licenciement puisque le client dispose d'une carte *« société Y business »* lui permettant de bénéficier d'un second conducteur gratuitement ;

¹¹ Voir les procès-verbaux d'audition de Madame AT et de Monsieur F.

- et pour les « contrats 27 jours » qui lui sont reprochés à l'appui de son licenciement puisque d'une part, deux des quatre contrats visés sont d'une durée de 30 jours ¹², un autre a été clos alors que Monsieur X était en arrêt maladie ¹³ et un autre encore, pendant qu'il était en congés ¹⁴. Il n'a donc pas fermé ces contrats au bout de 27 jours comme le lui reproche la société Y.
97. Enfin, le Défenseur des droits constate qu'il est parfois noté, sur son courrier de contestation de son licenciement, « OK » ou « vrai » par la responsable des ressources humaines, à côté des justifications qu'il avance, montrant qu'elle reconnaît le caractère infondé de certains reproches qui lui sont faits ¹⁵.
98. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que Monsieur X a fait l'objet d'une surveillance particulière et la comparaison des gestes commerciaux effectués par l'ensemble des salariés de l'agence A avec les sanctions notifiées montre qu'aucun assistant commercial d'origine européenne n'a été sanctionné pour des pratiques commerciales identiques et intervenues au même moment.
99. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination fondée sur son origine caractérisée par une étroite surveillance de son activité, un avertissement et un licenciement infondés, en violation des articles 225-1 et 225-2 du code pénal, de l'article L. 1132-1 du code du travail ;
 - Constate que ces sanctions discriminatoires encourent la nullité, en application de l'article L.1132-4 du code du travail ;
 - Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du Conseil de prud'hommes de Z.

Jacques TOUBON

¹² Voir les contrats n°xxxxxx55 (AU) – du 6 janvier au 6 février 2014 (30 jours) et prolongation (contrat n° xxxxxx93) ; n° xxxxxx55 (XXX) – 7 février au 7 mars 2014 (30 jours).

¹³ Voir le contrat n° xxxxxx86 (XXX) - fermé le 25 février 2014, alors que Monsieur X était en arrêt maladie du 24 au 26 février 2014.

¹⁴ Voir le contrat n° xxxxxx51 (XXX) - fermé le 11 mars 2014, alors que Monsieur X était en congés du 10 au 12 mars 2014.

¹⁵ Il est par exemple noté « ok » à côté du paragraphe dans lequel Monsieur X écrit : « *il m'est notamment reproché le contrat (numéro xxxxxx55) de Madame AU [...]. [Il] était en cours de location le jour de cet entretien [préalable au licenciement]. [...] vous avez décidé de dissimuler cette information pour vous en servir contre moi sur cette lettre de licenciement et pourtant beaucoup de mes collègues font des erreurs au quotidien que vous relevez et qui ensuite sont transmises à ceux-ci par un simple échange verbal* ».