

Paris, le 30 novembre 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-336

Le Défenseur des droits,

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

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

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

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir faire l'objet d'une discrimination dans le cadre de son emploi en raison de son origine de la part de la société Y, venant aux droits de la société A ;

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 16 mai 2017, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative aux difficultés qu'il a rencontrées dans le cadre de son emploi et qu'il estime discriminatoires, en raison de son origine.

RAPPEL DES FAITS :

2. Le 11 janvier 2014, Monsieur X est embauché sous contrat à durée indéterminée en qualité de réceptionniste de nuit par la société A, exploitant de l'hôtel « B » à Z, et aux droits de laquelle vient désormais la société Y.
3. Monsieur X indique que, depuis le début de sa relation de travail, il subit des propos racistes de la part des autres membres du personnel, tels que « *tu ne l'as jamais vu ? c'est un nouveau ... t'as vu ... B, c'est plus ce que c'était* » (Monsieur C à un livreur).
4. Le 28 mars 2015, Monsieur D, cuisinier, a insulté Monsieur X en affirmant « *j'aime pas les arabes, y'en a trop, ils me dégoutent* », puis en lui disant « *ben ouais, j'aime pas les arabes, qu'est-ce que tu vas faire ? J'aime pas les arabes* ». Il reconnaît lui-même ces propos racistes.
5. Le 28 juillet 2015, Monsieur E aurait dit à Monsieur F, Maître d'hôtel, à l'arrivée de Monsieur X : « *attention ! Voilà un bougnoule* ».
6. Aussi, dès le 29 juillet 2015, Monsieur X a sollicité de Madame G, Directrice de l'hôtel, un entretien. Lors de celui-ci, il l'aurait alertée sur la discrimination dont il estime faire l'objet de la part de ses collègues.
7. Par courrier en date du 5 août 2015, Monsieur X relate l'ensemble des propos et comportements discriminatoires dont il s'estime victime.
8. Le 5 septembre 2015, Monsieur X est victime d'un malaise à son poste de travail. Il est ensuite placé en arrêt de travail jusqu'au 14 septembre 2015, renouvelé jusqu'au 30 septembre 2015.
9. Par courrier du 23 septembre 2015, Madame G lui fait savoir qu'elle a diligenté une enquête suite à son courrier d'alerte en date du 5 août 2015. Elle reconnaît que « *des termes particulièrement inappropriés ont été utilisés par certains de [ses] collègues* », mais précise que « *ceux-ci [ont] souligné ne pas avoir voulu [le] blesser en tenant ce qu'ils ont qualifié de propos à prendre au second degré* ». Madame G poursuit : « *après avoir échangé avec d'autres personnes, de tels propos s'inscrivaient selon leurs dires, dans un contexte de plaisanteries, qu'ils relevaient d'un mode de communication habituel au sein du service de restauration* ».
10. En dernier lieu, Monsieur X a été déclaré inapte à son poste par le médecin du travail le 9 juin 2017, puis il a été convoqué à un entretien préalable à son licenciement pour inaptitude en raison d'une impossibilité de reclassement, le 11 octobre 2017.

ENQUETE :

11. Par courrier en date du 26 juin 2017, les services du Défenseur des droits ont adressé à la société Y une note récapitulant son analyse du dossier et l'ont invitée à formuler des observations. Cette note a en effet pour objet de permettre à la société mise en cause d'apporter des justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne statue.
12. En réponse, par courrier en date du 21 juillet 2017, la société Y conteste l'existence de toute discrimination au préjudice de Monsieur X et se prévaut du fait qu'elle aurait diligenté une enquête dès le lendemain de son entretien avec la direction et que celle-ci aurait ensuite adopté des « *actions correctives* » pour que les comportements qu'il a dénoncés « *ne se reprodui[sent] pas* ».
13. Le Défenseur des droits prend acte de « *la détermination* » affirmée par la société Y pour « *lutter contre tout comportement discriminant au sein de ses effectifs* », notamment par l'intermédiaire « *de formations et d'informations liées à la lutte contre toute forme de discrimination* ».
14. La société Y précise à cet égard que le groupe H, dont elle est membre, diffuse une charte éthique visant à promouvoir la diversité et que celle-ci est affichée dans les hôtels.
15. Si cette démarche doit être approuvée, le Défenseur des droits rappelle cependant que l'engagement des entreprises dans la promotion de la diversité n'est pas exclusif des discriminations commises à l'encontre de leurs salariés et qu'il ne les contrebalance en aucun cas (CA Paris, 6 juill. 2007, RG n° 06/07900, Juris-data n° 2007-339914).

ANALYSE JURIDIQUE :

17. 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.
18. 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.
19. L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 précise également que « *la discrimination inclut : tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa [dont l'origine] subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».
20. De fait, l'article 2 de la directive 2000/43/CE 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, dont ce texte est issu, dispose que « *le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique 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 ».

21. Il résulte qu'une discrimination existe lorsque l'employeur tolère ou permet par sa passivité des agissements racistes.
22. De plus, en application de l'article L. 4121-1 du code du travail, il incombe à l'employeur de « *prend[re] les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ». La Chambre sociale de la Cour de cassation juge que sa responsabilité doit être engagée lorsqu'il est démontré qu'il n'a pas pris toutes celles nécessaires pour éviter le dommage subi par le salarié (Cass. soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444 ; Cass. soc., 1^{er} juin 2016, pourvoi n° 14-19.702).
23. A cet égard, il a été jugé qu'un employeur manque à son obligation de sécurité en ne prenant pas de mesures pour faire cesser les injures racistes dont est victime un salarié de la part de ses collègues, et sur lesquelles il a alerté la direction de l'entreprise (CA Amiens, 16 août 2016, RG n° 14/06009). Le fait pour un employeur de minimiser les propos racistes tenus par certains de ses salariés à l'encontre d'un ou plusieurs autres caractérise aussi une violation de son obligation de sécurité (CPH Bobigny, 23 mai 2017, RG n° F14/03308).
24. En l'espèce, la société Y conteste l'existence d'une discrimination au préjudice de Monsieur X en faisant valoir qu'il « *ne peut alléguer qu'il ait été traité, en raison de son origine, de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. De même, aucune situation de harcèlement moral ne serait être caractérisée* ».
25. Pour le Défenseur des droits, cette affirmation ne saurait être retenue dès lors qu'elle procède d'une erreur de droit sur la définition de la discrimination.
26. De fait, il n'est pas pertinent de rechercher, pour retenir l'existence d'une discrimination en l'espèce, une personne placée dans une situation comparable à celle de Monsieur X et qui n'aurait pas été discriminée. Une personne faisant l'objet de propos dégradants et réitérés en raison de son origine reçoit un traitement ayant pour effet de créer un environnement professionnel dégradant, humiliant, hostile et offensant, de sorte qu'elle subit nécessairement une discrimination.
27. Il convient en effet de rappeler que la Cour de cassation juge de façon constante que « *l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés* » (Cass. soc., 10 novembre 2009, 2 arrêts, Bull. civ. V, n° 245 et 265). La Cour insiste sur le fait qu'une discrimination peut être qualifiée par l'unique constat d'une atteinte à la dignité.
28. De plus, il convient de relever que Monsieur X ne fait pas grief à la société Y d'avoir laissé perdurer un harcèlement moral à son encontre, mais d'avoir toléré une discrimination se manifestant par l'intermédiaire d'actes harcelants.
29. Il en résulte que la société Y ne peut faire valoir qu'il n'est pas victime d'une discrimination dès lors qu'il n'en a pas informé la déléguée du personnel et qu'il n'en a pas fait mention dans son entretien d'évaluation professionnel pour l'année 2014. Le recours préalable à un représentant du personnel n'est pas une condition de qualification de la discrimination. Ce

n'est également, fort logiquement, pas le cas non plus d'une alerte préalable auprès de l'employeur. Enfin, en l'espèce, les faits n'étaient au demeurant pas constitués lorsque Monsieur X a été évalué.

30. Par ailleurs, le Défenseur des droits constate que les éléments sur lesquels se fonde la société Y pour contester toute discrimination au préjudice de Monsieur X entrent en contradiction à trois égards avec les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction.
31. Premièrement, le Défenseur des droits observe que Madame G ne conteste pas, dans son courrier en date du 23 septembre 2015, la teneur des propos racistes tenus à l'encontre de Monsieur X. De même, dans son courrier de réponse à l'instruction, la société Y, ne remet pas en cause ces faits.
32. Il en résulte que cette dernière ne saurait soutenir que les faits de discrimination visés « *se sont déroulés une seule fois* ». Tenus par différents auteurs et à plusieurs moments entre le 28 mars 2015 (date des propos racistes reconnus par Monsieur D) et le 28 juillet 2015 (date des propos similaires tenus par Monsieur E) les agissements discriminatoires en cause sont par nature réitérés.
33. De plus, dans le courrier de recadrage qu'elle a adressé à Monsieur J, la société Y reconnaît la réitération de propos discriminatoires lorsqu'elle écrit : « *nous avons eu l'occasion de constater qu'il régnait, au sein du service de restauration, un climat de travail laissant place à la tenue et banalisation de propos déplacés à caractère discriminatoire* ». De même, dans un courrier que la société Y écrit à Monsieur D, elle relève « *la mise en place d'un humour au sein du service, particulièrement douteux car empreint de propos discriminatoires, sous le seul prétexte qu'ils ne doivent pas être pris au 1^{er} degré* ».
34. Deuxièmement, si la société Y affirme que les propos racistes « *sont contraires aux valeurs de la société et du groupe H* », elle ne saurait en relativiser la portée et s'exonérer de sa responsabilité en insistant sur le fait qu'« *au terme de [de son] enquête et au vu des explications recueillies de manière contradictoire, aucune intention de blesser n'a été caractérisée* ». Il en est de même lorsque Madame G indique, dans le courrier en date du 23 septembre 2015, : « *il est avéré que des termes particulièrement inappropriés ont été utilisés par certains de vos collègues, ceux-ci ayant souligné ne pas avoir voulu vous blesser en tenant ce qu'ils sont qualifiés de propos à prendre au second degré. Après avoir échangé avec d'autres personnes de l'équipe, il s'est avéré que de tels propos s'inscrivaient, selon leurs dires, dans un contexte de plaisanteries, qu'ils relevaient d'un mode de communication habituel au sein du service de restauration* ».
35. Le Défenseur des droits rappelle que le grief d'absence d'humour ne peut être valablement invoqué à l'encontre d'un salarié ayant subi une discrimination (CA Versailles, 2 avril 2008, RG n° 05/06319 ; CA Paris, 22 sept. 2016, RG n° S14/07337, inédit).
36. De plus, si la loi du 27 mai 2008 précitée, inclut dans la définition de la discrimination, les agissements motivés par l'origine qui ont « *pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant et offensant* », c'est aux fins de réparer le dommage, notamment psychologique, de la victime.
37. Ce dommage, caractérisé en l'espèce par l'atteinte à la dignité de Monsieur X, est démontré par la déclaration qu'il a remise à la CPAM. Il y écrit, au sujet des conclusions de

l'enquête de Madame G « *ça m'a plongé dans une déprime profonde et un sentiment d'abandon et de solitude. La direction me fait comprendre au travers de cette lettre que je n'aurais pas eu l'humour qui l'aurait permis de comprendre ces brimades. Depuis, je suis à fleur de peau, et j'éprouve le plus grand mal à communiquer avec ma famille, mes amis et ma compagne* ».

38. De même, dans son courrier de réponse en date du 1^{er} octobre 2015, Monsieur X conteste ces conclusions en faisant valoir qu'il a « *été profondément heurté dans [s]a dignité et [que] [s]on état mental a pris un sérieux coup à mesure que ce [qu'elle] qualifi[e] de "plaisanteries" se répétaient, sans aucune intervention de [sa] part ne soit faite pour les faire cesser* ».
39. Troisièmement, la chronologie des faits infirme l'argument de la société Y selon lequel « *la situation a été traitée dès le lendemain où Monsieur X en a fait part à son employeur* ».
40. Tandis que ce dernier a été reçu en entretien le 29 juillet 2015 aux fins de dénoncer les propos racistes à son encontre, il ressort de l'instruction que la société Y a engagé une enquête sur sa situation qu'après la formalisation de son alerte par un courrier en date du 5 août 2015.
41. Les « *attestations et compte rendus d'entretiens* » des auteurs des faits montrent en outre qu'ils ont été entendus respectivement, s'agissant de Monsieur E, le 31 août 2015 et de Monsieur K ainsi que de Madame L, le 8 septembre 2015.
42. Par ailleurs, il ressort des pièces recueillies dans le cadre de l'instruction que ces salariés avaient déjà tenu, de façon régulière, des propos racistes. Dans le courrier de remontrances que la société Y a adressé à Monsieur D, il est écrit : « *vous avez admis tenir des propos similaires auprès de Madame M, également sur le ton de la plaisanterie et que celle-ci le prenait bien. Madame M a confirmé que vous lui parliez régulièrement de la sorte et que si elle en avait été surprise en arrivant au sein de l'établissement, elle "s'y était faite"* ».
43. Enfin, il apparait que Monsieur N, réceptionniste de nuit comme Monsieur X, a aussi été victime de propos discriminatoires sur lesquels il a alerté la direction
44. Il résulte de ce qui précède que la société Y a manqué à son obligation de sécurité en n'agissant pas immédiatement pour faire cesser les propos racistes dès qu'elle en a eu connaissance. Dans le courrier de rappel à l'ordre qu'elle a adressé à Monsieur D, Madame G écrit : « *nous ne tolérerons désormais la tenue d'aucun propos déplacés au sein de notre établissement, même tenus sur le ton de la plaisanterie* ».
45. Par conséquent, si le fait que certains salariés du B de Z, à l'exception notable de Monsieur E, ont suivi deux modules de formation « diversité » (en e-learning) doit être salués, il n'en reste pas moins qu'ils n'ont pas empêché la réalisation antérieure du préjudice de Monsieur X, alors que des propos racistes étaient tenus publiquement, notamment à son encontre, depuis plusieurs mois.
46. Aussi, le Défenseur des droits observe que le simple fait pour Madame G d'avoir « *rappelé* », dans des courriers relatifs à la civilité en entreprise, qu'un tel "humour" pouvait être « *blessant et dévalorisant* » et « *qu'il n'avait en aucun cas sa place au sein de*

l'entreprise » ne saurait suffire pour empêcher la répétition de ces faits. Aucune sanction, pas même un blâme, n'a été prise à l'encontre des auteurs des propos racistes.

47. Par ailleurs, le Défenseur des droits ne peut soutenir une analyse détaillée sur la procédure de licenciement entamée à l'encontre de Monsieur X dès lors qu'il n'a pas pu interroger la société Y – devenue GROUPE O - sur celle-ci.
48. Il souhaite toutefois porter à la connaissance du Conseil, devant lequel aura lieu le débat contradictoire, ses observations sur les licenciements pour inaptitude avec impossibilité de reclassement lorsque celle-ci est démentie par les pièces du dossier.
49. Pour le Défenseur des droits, que le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement constitue une discrimination prohibée par l'article L.1132-1 du code du travail, car les mesures et décisions prises en méconnaissance de cette obligation ne sont pas objectives, nécessaires et appropriées au sens de l'article L.1133-3 du code du travail. Selon ce texte, « *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* » (voir, DDD, n°MLD/2014-135 et MLD/2015-214 et, déjà, HALDE n°2009-326 et n°2010-228). Dans ce cas, le licenciement encourt, comme tout acte discriminatoire, la nullité énoncée par l'article L. 1132-4 du code du travail (V. égal. En ce sens, CA BORDEAUX, 20 octobre 2011, RG n°10/03585).
50. En l'espèce, il apparaît que le médecin du travail a confirmé l'aptitude de Monsieur X à pourvoir les 9 postes de reclassement sur lesquels la société Y/ GROUPE O, l'a interrogé. Or, il a été convoqué à un entretien préalable à son licenciement par courrier en date du 11 octobre 2017 en raison d'une impossibilité de reclassement.
51. 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 en violation des articles 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 et de l'article L. 1132-1 du code du travail ;
 - Demande au Conseil de prud'hommes de Z d'apprécier la procédure de licenciement pour inaptitude avec impossibilité de reclassement engagée à l'encontre de Monsieur X ou, le cas échéant, son licenciement, à la lumière de l'interdiction des discriminations fondées sur l'état de santé telle que prévue par les articles L. 1132-1 et L. 1133-3 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