

Paris, le 23 avril 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-075

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, pris notamment en ses articles L. 1132-3 et L. 1132-1 ;

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 ;

Saisi par Madame X au sujet des difficultés qu'elle subit dans le cadre de sa situation professionnelle et qu'elle estime discriminatoires à raison de ses activités syndicales et/ou de son état de santé.

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON

**Observations devant la Cour d'appel de Z
au titre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**

Le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de son délégué territorial, d'une réclamation de Madame X relative aux difficultés qu'elle subit dans le cadre de sa situation professionnelle et qu'elle estime discriminatoires à raison de ses activités syndicales et/ou de son état de santé.

Les FAITS

1. Madame X est engagée par la SAS B, devenue SAS Y, en qualité d'opératrice de ligne de palettisation/conditionnement (coefficient 125) par contrat à durée indéterminée à compter du 8 janvier 2007 après y avoir travaillé pendant une année en tant qu'intérimaire.
2. En octobre/novembre 2009, elle est affectée à des travaux de confection des cartons en amont de la ligne de conditionnement et occupe un poste de « conductrice palettisation conditionnement ». Cette nouvelle affectation nécessite un plan de formation spécifique et son statut est révisé. Elle obtient le coefficient 160.
3. Le 16 novembre 2011, Madame X demande une revalorisation de son statut conventionnel afin de prendre en considération sa formation et ses responsabilités au sein du service « palettisation/conditionnement », désormais robotisé, et d'atteindre le coefficient 180 niveau 3 de la convention collective applicable à la boulangerie industrielle.
4. La direction refuse. Elle estime que le contenu des fonctions attachées à ce poste ne justifie pas un tel classement.

Le contentieux relatif à l'inadéquation du poste de travail de Madame X à son état de santé

5. Le 23 février 2012, Madame X est informée de son affectation à un poste de la ligne de production sur les chambres de pousse (où la pâte des brioches lève), sous forme de mutation d'office, où elle doit se tenir debout et dans la chaleur.
6. Madame X est en arrêt de travail du 25 février 2012 au 14 avril 2012.
7. A l'issue de sa visite de reprise après son arrêt de travail le 17 avril 2012, le médecin du travail la déclare apte à son poste sous réserve d'un examen complémentaire huit jours plus tard. Le 24 avril 2012, il la déclare apte avec la nécessité « d'éviter une position statique prolongée et de favoriser les postes avec possibilité de déplacements avec un examen complémentaire » un mois plus tard. Le 21 mai 2012, cette prescription est renouvelée sous réserve de résultats d'examens complémentaires. Finalement, le 25 juin 2012, elle est déclarée apte au poste d'opératrice en ligne avec la nécessité « d'éviter au maximum la position statique debout prolongée, les piétinements prolongés et l'exposition à la chaleur (+22-23°C) avec une étude de poste prévue le 28 juin 2012 ».
8. Le 2 juillet 2012, Madame X décide de faire valoir son droit de retrait compte tenu des conséquences préjudiciables pour sa santé suite à l'affectation qui lui a été imposée et compte tenu de l'importante dégradation qui en ait résulté pour sa santé.
9. Bien qu'informé des restrictions médicales posées par la médecine du travail, l'employeur n'en tient compte que le 3 juillet 2012.

10. Finalement, le 11 juillet 2012, Madame X reprend son travail sur un poste de la ligne emballage « précuit » et est affectée à un poste de « démoulage sur chaud ». Le 26 septembre 2012, le médecin du travail la déclare apte à ce dernier poste tout en rappelant qu'elle est « inapte à l'exposition aux ambiances chaudes et aux piétinements ».
11. Le 12 mars 2013, Madame X saisit le conseil de prud'hommes de A.
12. Elle est élue CGT titulaire de la délégation unique du personnel le 23 décembre 2014.
13. Statuant en départage le 29 février 2016, le juge prud'homal condamne la SAS Y à verser à Madame X 609,80 euros correspondant à un rappel de salaires ainsi qu'à 3000 euros de dommages et intérêts pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail par l'employeur et 5000 euros de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de sécurité (auxquels s'ajoutent 1200 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile). Le juge indique que l'employeur avait affecté de manière injustifiée Madame X à un poste incompatible avec son état de santé et ce, en méconnaissance des prescriptions de la médecine du travail.
14. Ce jugement est désormais définitif.

L'impact de l'action prud'homale de Madame X sur sa situation professionnelle

15. Il convient de relever que des primes « BDI », correspondant au « bonus de développement individuel », sont versées aux salariés de la SAS Y sur la base de leur investissement personnel et du présentisme. Elles correspondent à un budget annuel alloué par la direction en fonction des résultats de l'entreprise.
16. Or, à la suite de son action en justice, Madame X n'a perçu que 10 euros de primes BDI en 2014 puis aucune prime BDI en 2015, contrairement à ses collègues qui ont perçu 50 euros et plus par an et alors même qu'elle n'a pas été absente ces deux années et n'a pas manqué à ses obligations professionnelles.
17. Par ailleurs, Madame X n'a pas non plus reçu les cadeaux d'entreprise octroyés à tous les salariés tels que des brioches offertes à Noël et à Pâques, des bloc-notes, stylos, casquettes et tee-shirt offerts fin 2015 puis un porte-clé à l'occasion des 120 ans de l'entreprise.
18. Le 8 avril 2016, en réponse à une question des délégués du personnel intitulée « Injustice » concernant la situation de Madame X, la direction répond que le jugement du Conseil de prudhommes condamnant l'entreprise à verser 9809,80 euros à Madame X est « sévère » et que « le coût de ce litige représente un montant de 18 000 euros qui viendra en déduction pour le calcul des BDI à venir ».
19. A la suite de cette réunion, une pétition intitulée « réponse des collaborateurs », rédigée à l'initiative de la direction, est proposée à la signature des salariés. Ce document pose la question de savoir « ce que cherche réellement à faire » Madame X : « Nuire à l'image de l'entreprise ? Nous faire perdre notre emploi en perdant des clients ? ». Selon les termes de ce document, « depuis maintenant plusieurs années, cette personne [Madame X] ne cesse d'attaquer de toutes parts notre entreprise, notre dirigeant mais également nos collègues ». A la suite de son action prud'homale « où elle a été déboutée », elle « a quand même empoché 9 000 euros » et les frais d'avocats pour l'employeur s'élèvent à 18 000 euros. Le même document conclut que l'ensemble de ces sommes sont déduites des bénéfices et donc de la participation pouvant être reversée à chacun.

20. Madame Z, déléguée syndicale, atteste que, le 14 septembre 2016, à l'occasion d'un rassemblement du personnel, l'un des responsables « Fabrication » aurait invité le personnel à signer une pétition contre Madame X et aurait ensuite circulé sur les postes de travail afin d'obtenir des signatures.
21. Dans sa décision du 20 septembre 2017, l'inspection du travail relève que Madame X a fait l'objet d'« un traitement nettement différencié et défavorable dans l'attribution de la prime de BDI ». Cette approche a été suivie et confirmée par la ministre du travail dans sa décision du 20 avril 2018.
22. En effet, l'enquête menée par l'Inspection du travail a révélé que :
- a. au titre de l'exercice 2014, Madame X a perçu une prime de BDI d'un montant de 10 euros alors que le montant moyen par salarié a été de 316 euros, que tous les autres salariés l'ont perçue à l'exception des absents et des salariés attributaires d'autres primes de même nature, et qu'une salariée affectée au même poste dans une autre équipe l'a perçue pour un montant de 50 euros.
 - b. Au titre de l'exercice 2015, Madame X a été la seule à ne pas percevoir de prime de BDI, alors que le montant moyen par salarié a été de 294 euros, que tous les autres salariés l'ont perçue à l'exception des absents et des salariés attributaires d'autres primes de même nature, et qu'une salariée affectée au même poste dans une autre équipe l'a perçue pour un montant de 90 euros.
23. L'inspection du travail a qualifié la position de la direction dans sa réponse aux délégués du personnel d'une part, comme « partielle et tendancieuse au détriment de Madame X dans sa présentation du jugement rendu par le conseil de prud'hommes (...) en ce qu'elle passe sous silence ceux des attendus du jugement condamnant l'employeur » et d'autre part, comme discriminante à l'encontre de Madame X.

Le contexte d'entrave à l'exercice du mandat syndical

24. Dans l'exercice de son mandat syndical, Madame X interpelle régulièrement la direction sur divers sujets liés aux conditions de travail et de rémunération.
25. Elle dénonce également des faits entravant l'exercice des mandats des représentants du personnel, telles que l'interdiction de circulation dans l'entreprise pendant les heures de délégation ou l'absence de local mis à disposition du comité d'entreprise.
26. Par courrier du 14 décembre 2015, Madame X alerte l'inspection du travail sur les pratiques de la SAS Y concernant notamment les droits des représentants du personnel et notamment le fait que sur le bon de délégation, il est expressément précisé qu'« il est interdit de circuler dans les ateliers et de déranger les opérateurs affectés à un process ».
27. Par courrier du 18 janvier 2016, l'inspecteur du travail l'informe être disposé à intervenir auprès de l'employeur. En effet, d'une part, en vertu de l'article L. 2325-12 du Code du travail, l'employeur doit mettre à disposition un local équipé à usage de bureau pour les représentants du personnel au CHSCT et les délégués du personnel. D'autre part, le bon de délégation délivré par l'employeur est contraire à l'ex-article L. 2315-5 du Code du travail.

L'impact de l'ensemble de cette situation conflictuelle sur la santé de Madame X

28. Madame X est en arrêt de travail à partir du 21 septembre 2016 en raison d'un état anxio-dépressif et de problèmes relationnels au travail.
29. Elle est déclarée inapte par le médecin du travail à la suite d'une visite de reprise le 16 juin 2017. Le médecin du travail la déclare « inapte à tout poste en un seul examen », qu'il s'agisse de son poste antérieur ou tout poste dans cette entreprise. Il note que « Tout maintien de Madame X dans un emploi dans cette entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé ».

La décision de l'employeur de la licencier à la suite de son inaptitude constatée par la médecine du travail et le refus de l'inspection du travail, confirmé par la ministre du travail, de l'autoriser

30. Madame X fait l'objet d'une procédure de licenciement à la suite de cet avis d'inaptitude émis par le médecin du travail.
31. L'inspection du travail refuse d'autoriser la SAS Y à licencier Madame X le 20 septembre 2017, en s'appuyant notamment sur les faits précédemment énoncés relatifs au refus de versement de primes BDI et au contexte d'entrave à l'exercice normal du droit syndical.
32. La ministre du travail confirme le 20 avril 2018 la décision de refus d'autoriser le licenciement de Madame X en estimant que le lien avec son mandat de représentante du personnel était établi.

La procédure prud'homale en cours et les observations de l'employeur en réponse à l'enquête du Défenseur des droits

33. Parallèlement, Madame X a initié le 24 janvier 2017 une nouvelle procédure prud'homale devant le CPH de A notamment afin d'obtenir réparation de son préjudice résultant de faits de discrimination et de harcèlement moral.
34. Avant l'audience de son affaire devant le conseil de prud'hommes, la SAS Y a remis à Madame X un chèque de 203, 84 euros correspondant à un complément de salaire au titre de report de prime BDI. Elle lui a également remis certains cadeaux octroyés à tous les salariés les années précédentes et auxquelles elle n'aurait pas eu droit jusqu'alors.
35. En réponse à une note récapitulant les éléments conduisant le Défenseur des droits à présumer que Madame X avait subi des mesures de rétorsion discriminatoire et des faits de discrimination, l'employeur a reconnu que l'insuffisance des sommes versées, à savoir les primes BDI, ne pouvait être justifiée de manière suffisamment objective au regard de l'article L. 1134-1 du Code du travail.
36. L'employeur explique également au Défenseur des droits que le conflit qui l'oppose à Madame X a été provoqué par cette dernière depuis qu'elle a demandé une revalorisation de son poste. Il dit ne pas avoir eu de précision concernant le danger grave et imminent auquel elle s'estimait exposée sur le poste sur lequel il l'avait affectée et que par précaution, l'employeur a finalement décidé de réorganiser les équipes pour lui permettre de travailler au service de conditionnement précuit. Il explique qu'il ne l'a pas affectée à son poste de travail initial car cela n'avait pas d'utilité sur le plan opérationnel. Il a décidé de ne pas faire appel du jugement du conseil de prud'hommes afin de ne pas « envenimer la situation plus qu'elle ne l'était déjà » même s'il estime contradictoire de retenir que l'employeur soit de mauvaise foi dans l'exercice légitime de son pouvoir de direction.

37. Il précise que Madame X a porté plainte pour des faits de harcèlement moral et que cette plainte a été classée sans suite. Il mentionne également une autre situation connexe au litige en cause relative au conjoint de Madame X qui aurait été condamné du chef de diffamation publique envers le président de la société Y. Il ajoute également que la CPAM a refusé la prise en charge de l'arrêt maladie de Madame X au titre d'un accident du travail.
38. L'employeur précise qu'il n'a pas stigmatisé Madame X : lors du comité d'entreprise du 8 avril 2016, il s'est contenté de rappeler les éléments qu'il avait soutenus devant le conseil de prud'hommes, que son approche ne peut être considérée comme étant tendancieuse devant une institution représentative du personnel dont la vocation est l'échange contradictoire des points de vue. Elle n'est pas non plus discriminante car aucun des propos qui lui est attribué n'évoque un critère de discrimination prévu par l'article L. 1131-1 du Code du travail. Il est seulement question d'un jugement qui, lui-même, ne contient aucune référence à la notion de discrimination. Il est un fait indiscutable que le contentieux prud'homal a donné lieu à une charge financière de 18000 euros et que la prime BDI étant directement assise sur le résultat de l'entreprise, il est comptablement exact que cette charge ampute le montant de l'enveloppe globale. Il reconnaît qu'il aurait pu omettre de préciser mais qu'il s'est senti contraint d'y répondre en ces termes, sous peine d'apporter « une réponse intentionnellement tronquée, ce qui aurait constitué le délit d'entrave prévu à l'article L. 2328-1 du Code du travail ».
39. Enfin, l'employeur explique au sujet de l'inaptitude de Madame X et son défaut de reclassement que la médecine du travail a précisé qu'« aucune modification ou aménagement de poste, aucune mutation, aucune formation ne serait de nature à maintenir Madame X en emploi dans l'entreprise ». Il a néanmoins interrogé ses deux filiales pour identifier des postes de reclassement disponibles. Les représentants du personnel ont été consultés et ont également conclu à l'impossibilité de reclassement dans le périmètre du groupe. Une procédure de licenciement a été initiée qui a donné lieu à un accord unanimement favorable des membres de la DUP /CE.
40. L'employeur conteste l'analyse de l'inspection du travail sur la déloyauté de la procédure de reclassement car s'il a fixé un court délai de réponse à ses deux filiales, c'est parce qu'elles sont gérées par la même direction RH que celle de l'employeur et qu'aucun poste n'était susceptible de permettre le reclassement de Madame X. Il remet également en cause le fait que le licenciement aurait un lien avec le mandat électif de Madame X. Tout en reconnaissant qu'il existe des désaccords entre l'employeur et le syndicat CGT, il relève qu'ils ne sont pas portés par Madame X. « Les postures adoptées par Madame X sont parfaitement indépendantes de son appartenance syndicale, et ne sont d'ailleurs pas suivies par les autres membres de la DUP représentants le même syndicat ».
41. L'employeur conclut qu'au-delà de l'inimitié évidente manifestée par Madame X à son égard, son comportement a conduit à « une rupture entre elle-même et la totalité des autres représentants du personnel, y compris ses colistiers du syndicat CGT ».
42. Sur le fondement de sa décision n°2018-097, le Défenseur des droits a présenté ses observations devant le conseil de prud'hommes de A. S'appuyant expressément sur la décision du Défenseur des droits dont elle cite certains passages in extenso, la juridiction de première instance a jugé le 3 juillet 2018 que Madame X avait subi des faits de discrimination et de harcèlement moral contraires aux articles L. 1132-1 et L. 1152-1 du Code du travail. Elle a ainsi condamné la société Y à lui verser la somme cumulée de 32 000 euros pour ces faits.

43. Si le conseil de prud'hommes a pris acte du versement des primes BDI, il a toutefois a débouté Madame X de sa demande concernant le versement d'un chèque cadeau de 120 euros au motif de l'absence pour maladie de cette dernière.
44. La société Y a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Z. Aucune date d'audience n'est fixée à ce jour.

45. FONDEMENT et ANALYSE JURIDIQUES :

L'interdiction des discriminations et du harcèlement discriminatoire

46. Conformément à l'article 1er 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 du 27 mai 2008, la discrimination vise le traitement défavorable d'une personne sur le fondement de certains critères prohibés et inclut également « tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa » tels que l'état de santé ou les activités syndicales, « subis 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 ».
47. La notion de harcèlement discriminatoire a été retenue par plusieurs juridictions dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations et notamment les Cours d'appel de RENNES et de TOULOUSE¹.
48. L'article L.1132-1 du Code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte telle que définie à l'article 1er 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 ses activités syndicales et/ou de son état de santé.
49. L'article L. 2141-5 du Code du travail précise : « 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 rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture de contrat de travail (...) ».
50. Conformément à l'article 2-2° de la loi n° 2008-496 précitée, « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} *[visant l'état de santé et les activités syndicales]* est interdite », notamment en ce qui concerne les conditions de travail.
51. L'article L. 4624-1 du Code du travail, tel renuméroté et modifié dans le nouvel article L. 4624-6 du même code (issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016), prévoit que « Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs. (...). L'employeur est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite (...) ».
52. En vertu des articles L. 4121-1 et L. 4624-1 du Code du travail, et selon une jurisprudence de principe de la Cour de cassation, l'employeur, qui est tenu à une obligation de résultat

¹ Voir notamment la Décision du Défenseur des droits MLD/2014-38 du 9 avril 2014 et le jugement du CPH de MONTPELLIER, 3 novembre 2014, 13/01185 ; V. également Décision du Défenseur des droits MLD-2014-105 du 31 juillet 2014 et arrêt de la CA de RENNES, 10 décembre 2014, 14/00134 ; Décision du Défenseur des droits MLD-2015-64 du 23 mars 2015 et arrêt de la CA de TOULOUSE, 29 janvier 2016, 14/00360 ; Décision du Défenseur des droits MLD-2015-44 du 26 mars 2015 et arrêt de la CA de DOUAI, 29 janvier 2016, n°15/00506

en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit s'assurer de l'effectivité des préconisations émises par la médecine du travail².

53. En conséquence, le fait de ne pas tenir compte des préconisations du médecin du travail en lien avec l'état de santé du salarié en aménageant son poste de travail constitue une violation de l'obligation de sécurité à laquelle l'employeur est tenu en vertu de l'article L.4121-1 du Code du travail³.
54. L'article R.4745-3 du Code du travail prévoit que le non-respect de l'obligation prévue à l'article L. 4624-1 constitue une infraction : « Le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'action du médecin du travail, prévues à l'article L. 4624-1 et celles des décrets pris pour leur application, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe ».
55. L'employeur ne peut s'exonérer de son obligation de procéder à l'aménagement préconisé par le médecin du travail que s'il apporte la preuve qu'il est dans l'impossibilité de s'y conformer⁴.
56. Dans le cas contraire, une telle situation serait constitutive d'une discrimination à raison de l'état de santé, telle que prohibée par les articles L.1132-1 du Code du travail et 2-2° de la loi n° 2008-496 susmentionnée.
57. La Cour de cassation a récemment jugé qu'une salariée licenciée pour avoir refusé de rejoindre un poste incompatible avec les restrictions émises par le médecin du travail avait fait l'objet d'une discrimination en raison de son état de santé au sens de l'article L. 1132-1⁵.

L'interdiction des mesures de rétorsion

58. De manière générale, des mesures de rétorsion, tel que le licenciement d'un salarié à la suite d'une action en justice, ont été jugées comme entravant la liberté fondamentale d'agir en justice⁶ et donc nulles.
59. Conformément à l'article 3 de la loi du 27 mai 2008, « Aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait (...) ».
60. De même, l'article L. 1132-3 du Code du travail prévoit qu'« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis [à l'article] L. 1132-1 [c'est-à-dire des faits de discrimination] (...) ou pour les avoir relatés ».

² Cass. soc. 19 décembre 2007, n°06-43918 ; Cass. Soc. 16 septembre 2015 N°13-21515

³ En ce sens, Cass. soc., 19 déc. 2007, no 06-43.918 ; Cass. soc., 23 sept. 2009, no 08-42.629 et plus récemment, Cass. Soc, 27 septembre 2017 N° 15-28605

⁴ Cass. soc., 23 février 2000, n°97-44.947 ; Cass. soc., 5 janvier 2000, n°97-45.252

⁵ Cass. soc. 22 juin 2017 n° 16-11.595

⁶ Cass. Soc. 21 septembre 2016, N° 15-10. 263

61. Ainsi que le Défenseur des droits l'a déjà relevé dans sa décision n°MLD-2016-057, sont ainsi prohibées les mesures de rétorsion fondées sur la dénonciation, par un salarié, de faits de discrimination dont il s'estime victime dans le cadre de son activité professionnelle. Le salarié qui relate des faits de discrimination ne peut être sanctionné ou harcelé pour ce motif, sauf à démontrer qu'il était de mauvaise foi.
62. La jurisprudence est particulièrement stricte s'agissant de l'appréciation de la mauvaise foi du salarié. La Cour de cassation a ainsi considéré, à propos de la dénonciation de faits de harcèlement moral, que la mauvaise foi ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis⁷. Elle doit résulter de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce⁸.
63. La Chambre sociale de la Cour de cassation a également retenu l'analyse d'une cour d'appel ayant déclaré nul un licenciement après avoir relevé « qu'il résultait précisément des termes de la lettre de licenciement que le licenciement était, notamment, consécutif au fait que le salarié avait remis en cause les avenants à son contrat de travail (...) en invoquant une discrimination aggravée d'extorsion ». Il convient de souligner que dans cette affaire, l'employeur justifiait le licenciement pour faute grave du salarié par un manquement à son obligation de loyauté et un exercice abusif de sa liberté d'expression⁽⁹⁾.
64. Plus récemment, suivant les observations du Défenseur des droits, la Cour d'appel de Metz a appliqué cette jurisprudence s'agissant d'une mesure de rétorsion faisant suite à la dénonciation de faits de discrimination¹⁰.
65. Dès lors, seule la mauvaise foi du salarié, entendue comme la connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce et dont la preuve incombe à l'employeur, peut justifier de mesures de rétorsion pour avoir dénoncé des faits de discrimination.

Le régime probatoire

66. S'agissant du régime probatoire applicable au plan civil, il convient de rappeler que la personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte bénéficie d'un aménagement de la charge de la preuve. Ainsi lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (article L. 1134-1 du Code du travail et article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée).
67. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale¹¹ et qu'au nombre de ces éléments pouvait figurer un rapport établi par un inspecteur du travail¹².

⁷ Cass. Soc. 10 mars 2009, n°07-44092

⁸ Cass. Soc. 7 février 2012, n°10-18035 ; Cass. Soc. 10 juin 2015, n°13-25554 et n°14-13318

⁹ Cass. Soc. 10 octobre 2012, n°11-24379

¹⁰ Décision n° MLD-2016-057 et CA Metz 31 octobre 2016 n° 16-00553

¹¹ Cass. Soc. 29 juin 2011, n°10-14067

¹² Cass. Soc. 15 janvier 2014, n°12-27261

Les sanctions applicables en cas de discrimination, de harcèlement discriminatoire et de mesures de rétorsion

68. L'article L.1132-4 du Code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
69. L'article L. 2141-8 du Code du travail dispose également que « Les dispositions des articles L.2141-5 à L.2141-7 sont d'ordre public. Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts ».

Application aux faits de l'espèce

70. Madame X a saisi la justice au sujet du refus d'aménagement de son poste conformément aux préconisations du médecin du travail. Elle a obtenu gain de cause devant le conseil de prud'hommes de A statuant en départage en 2016. La dénonciation de faits qui apparaissent également relever de la qualification de discrimination, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation¹³, et qui sont reconnus de manière définitive par la justice permet d'établir sa bonne foi.
71. A la suite de cette action en justice, Madame X a perçu une prime très faible puis plus aucune prime BDI contrairement à ses collègues se trouvant dans une situation comparable. En outre, elle n'a plus perçu des avantages en nature sous forme de cadeaux d'entreprise. L'employeur a expressément reconnu que cette situation n'était pas objective et donc discriminatoire dans le cadre de l'enquête menée par le Défenseur des droits. Le conseil de prud'hommes en a d'ailleurs pris acte dans son jugement.
72. La SAS Y a exprimé publiquement qu'à la suite des frais engagés dans le cadre de l'action en justice initiée par Madame X, elle diminuerait les primes des salariés en rejetant la faute sur Madame X et en la stigmatisant. Ce faisant, l'employeur a délibérément omis de préciser qu'il avait été condamné à verser des dommages et intérêts à Madame X du fait de sa propre violation des règles du Code du travail. L'inspection du travail a d'ailleurs qualifié cette façon de faire comme « tendancieuse et discriminante ».
73. L'état de santé de Madame X s'est considérablement dégradé à la suite de ce conflit se doublant de mesures d'entrave au droit syndical au sujet desquelles elle a interpellé son employeur et sollicité l'intervention de l'inspection du travail.
74. Si le Défenseur des droits n'est pas compétent pour traiter des mesures d'entrave à l'exercice du mandat syndical, ce contexte particulier doit être pris en considération dans l'appréciation des faits concernant Madame X.
75. La SAS Y a cherché à licencier Madame X à la suite de son avis d'inaptitude à tout poste résultant de la dégradation de son état de santé.
76. L'inspection du travail puis la ministre du travail ont refusé d'autoriser le licenciement de Madame X en relevant que cette mesure avait un lien avec son mandat syndical.
77. Conformément à une jurisprudence constante, l'employeur ne saurait se prévaloir de l'inaptitude du salarié pour le licencier lorsque l'inaptitude est la conséquence d'un harcèlement¹⁴.

¹³ Cass. soc. 22 juin 2017 n° 16-11.595 précité

¹⁴ Cass. soc., 3 mars 2009, n°07-44082 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994

78. Conformément à l'article L.1133-3 du Code 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 ». A défaut, le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement constitue une discrimination prohibée par l'article L.1132-1 du Code du travail¹⁵.
79. Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits conclut que l'absence ou le caractère extrêmement réduit du versement de primes BDI, le refus de lui accorder des cadeaux d'entreprises ainsi que la stigmatisation dont Madame X a fait l'objet notamment dans le cadre d'une pétition déclenchée à l'initiative de son employeur et dans sa réponse faite aux délégués du personnel sont constitutifs de mesures de rétorsion pour avoir relaté, de bonne foi, des faits relevant de la qualification d'une discrimination fondée sur son état de santé et prohibée par l'article L. 1132-3 du Code du travail ainsi que l'article 3 de la loi n° 2008-496 susmentionnée.
80. Ces diverses formes de discrimination, prises dans leur ensemble et dans un contexte général d'entrave à l'exercice du droit syndical, se concluant par la volonté de l'employeur de licencier Madame X, caractérisent une situation ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant en lien avec son état de santé et ses activités syndicales, 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 auquel il renvoie.
81. Il convient d'ajouter que Madame X a contesté, devant le seul conseil de prud'hommes, le fait qu'elle n'avait pas perçu, en plus des primes BDI et des cadeaux d'entreprises, un chèque cadeau de 120 euros à l'occasion des 120 ans de l'entreprise en 2017.
82. Le comité d'entreprise du 13 janvier 2017 avait décidé d'attribuer ce chèque à tout salarié titulaire d'un CDI et justifiant d'une présence travaillée de 220 jours minimum sur l'année 2016 (sauf absences congés, accident du travail et maternité). Madame X, en arrêt maladie depuis le 21 septembre 2016, n'avait pas pu en bénéficier. Le conseil de prud'hommes a, dès lors, estimé que la seule maladie permettait de justifier le refus d'une telle prestation et l'a débouté de sa demande.
83. Le Défenseur des droits tient à rappeler qu'en 2011, l'attention du ministre du travail avait été appelée sur l'exclusion du bénéfice des prestations des comités d'entreprises des salariés en longue maladie. Dans une réponse publiée au Journal Officiel le 13 décembre 2011, le ministre avait déclaré que « l'exclusion de salariés en longue maladie du bénéfice des activités sociales et culturelles paraît constituer une discrimination liée à l'état de santé susceptible d'être sanctionnée par les tribunaux » (rep. QE 84460, JO AN 13 décembre 2011, p.13125).
84. La jurisprudence a consacré la liberté du comité d'entreprise dans l'affectation des fonds dédiés aux activités sociales et culturelles, sous réserve de ne pas violer le principe de non-discrimination¹⁶. Ainsi, le comité d'entreprise est en droit de moduler les aides et prestations servies au titre des œuvres sociales en fonction de la situation des bénéficiaires, par exemple de leurs revenus, du quotient familial, de la durée du travail, de

¹⁵ V. délibérations n°2009-326 et n°2010-228 de la HALDE dont le Défenseur des droits a repris les missions (art. 44 loi organique n°2011-333) suivies par CA BORDEAUX, 20 octobre 2011, n°10/03585 ; Voir également la décision du Défenseur des droits 2017-233 du 27 juillet 2017

¹⁶ Cass. soc., 9 mai 1989, n° 87-15160

l'ancienneté... dès lors que cette modulation est exempte de toute discrimination prohibée¹⁷.

85. Conformément à l'article 1^{er} de la loi article 1 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 et à l'article L. 1132-1 et suivants du Code du travail, le Défenseur des droits a considéré que le fait, pour un comité d'entreprise, de n'attribuer des prestations telles que des chèques vacances qu'aux salariés en activité était une pratique neutre en apparence, mais qu'elle pouvait constituer un désavantage particulier pour les salariés en arrêt pour longue maladie ou en congé parental, dont le contrat est automatiquement suspendu. Ainsi, de telles conditions peuvent être constitutives d'une discrimination indirecte liée à l'état de santé ou à la situation de famille, sauf si elles peuvent être « objectivement justifié[s] par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but [sont] nécessaires et appropriés ».
86. Or, dans son jugement du 3 juillet 2018, le conseil de prud'hommes n'a pas procédé à un tel contrôle avant de débouter Madame X de sa demande. Il appartiendra donc à la Cour d'appel de l'effectuer pour examiner la demande de Madame X.
87. Le Défenseur des droits rappelle que dans sa décision n°MLD-2014-018 du 24 février 2014, le Défenseur des droits a considéré que faute d'avoir démontré que les ressources du comité d'entreprise étaient insuffisantes et de pouvoir expliquer en quoi une autre gestion des ressources du comité était impossible, le fait de refuser des chèques vacances aux salariés en longue maladie ou en congé parental était discriminatoire en raison de l'état de santé et de la situation de famille.
88. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance de la Cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON

¹⁷ Cass. soc., 16 avril 2008, n° 06-75.44839