

Paris, le 11 mars 2020

---

**Décision du Défenseur des droits n°2020-066**

---

**Le Défenseur des droits,**

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

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

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

---

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

Vu la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ;

Vu le code du travail ;

Vu le code civil ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu la loi n°2012-954 du 6 août 2012 ;

Vu la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ;

Vu la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, dite loi travail ;

Vu l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, entrée en vigueur le 24 septembre 2017 ;

Saisi par Madame O qui estime avoir subi des faits de discrimination en raison de son sexe et de son origine, au sein de la société Y venant aux droits de la société Z.

Décide de présenter les observations suivantes devant le conseil de prud'hommes de T.

Jacques TOUBON

**Observations devant le Conseil de prud'hommes de T dans le cadre de l'article 33  
de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT), d'une réclamation relative à des faits de discrimination subis par Madame O, en raison de son sexe et de son origine, au sein de la société Y venant aux droits de la société Z.

**I. FAITS :**

2. Le 3 avril 2012, Madame O est recrutée par la société X, dans le cadre d'une mission d'intérim de 6 mois, en qualité d'assistante logistique et commerciale.
3. Le 15 octobre 2012, elle est recrutée par la société Z, filiale de la société X, dans le cadre d'un contrat à durée déterminée de trois mois pour surcroît d'activité, en qualité de coordinateur *supply chain* maintenance, sous la direction de Monsieur A, support center manager.
4. La société Z, spécialisée dans la maintenance informatique de systèmes et d'applications informatiques, est alors dirigée par Monsieur B.
5. Le 15 janvier 2013, le contrat de Madame O est renouvelé pour une nouvelle période de 3 mois puis, le 15 avril 2013, elle est recrutée au même poste dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.
6. Elle a en charge l'achat de pièces informatiques afin d'assurer les interventions de maintenance des techniciens de la société dans les délais imposés par les clients.
7. Le 1<sup>er</sup> janvier 2017, la société X et ses filiales changent de nom et deviennent la société Y. Les contrats de travail des salariés de la société Z lui sont ainsi transférés.
8. Dans le cadre de sa réclamation, Madame O invoque des faits de discrimination salariale en se comparant avec l'un de ses collègues, Monsieur C, recruté 6 mois avant elle au poste de coordinateur *supply chain*. Elle évoque également la rémunération et son positionnement vis-à-vis de Monsieur D, recruté en mars 2014, effectivement pour la remplacer.
9. La réclamante fait aussi état d'un refus de promotion au poste de responsable logistique en 2014 et d'une rétrogradation de fait au poste d'assistante logistique.
10. Enfin, elle dénonce avoir subi un environnement de travail rythmé par des propos à connotation sexuelle particulièrement dégradants et insultants à l'égard des femmes ou la visant directement, ainsi que par des propos racistes dont elle aurait été la cible. Elle met en cause le comportement de Monsieur A, support help desk manager, et de Monsieur E, responsable de l'équipe des techniciens. Elle précise qu'elle travaillait en espace à aires ouvertes avec eux et d'autres salariés de la société et que le personnel de l'entreprise était à 90% masculin à l'époque des faits.
11. Monsieur A est décédé le 6 octobre 2014 des suites d'un accident de trajet entre son lieu de travail et son domicile qui a eu lieu en août 2014.
12. Par lettre recommandée du 15 octobre 2014, Madame O dénonce auprès de Monsieur B les faits de discrimination, de harcèlement sexuel et moral qu'elle estime subir au sein de l'entreprise.
13. Elle met en cause l'inaction de son employeur suite à cette dénonciation et fait état de mesures de rétorsion se traduisant par le non-paiement de ses primes à compter de son

placement en arrêt maladie en octobre 2014 (prime mensuelle et prime de résultat 2014), la modification du solde de ses congés payés et RTT et le refus de remboursement du salaire indûment prélevé au titre de tickets restaurant.

14. Le 5 janvier 2015, Madame O saisit le conseil de prud'hommes de T d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur fondée sur l'ensemble de ces griefs.
15. Par avis du 13 septembre 2017, alors qu'elle est toujours en arrêt maladie, le médecin du travail la déclare inapte à son poste, dans le cadre d'une 2<sup>ème</sup> visite, après étude de poste et des conditions de travail, en précisant : « *Au vu de son état de santé, la salariée ne peut suivre de formation dans l'entreprise. L'état de santé de la salariée fait obstacle à tout reclassement dans l'entreprise* ».
16. Par lettre recommandée du 22 septembre 2017, Madame O est convoquée à un entretien préalable à licenciement fixé au 29 septembre 2017. En réponse, elle souligne le non-respect du délai de 5 jours ouvrables entre la réception de la convocation et la date de l'entretien et informe l'employeur qu'elle ne peut s'y rendre en raison de son état de santé.
17. Par lettre recommandée du 16 octobre 2017, son licenciement lui est notifié suite au prononcé de son inaptitude.

## **II. PROCÉDURE ET ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :**

18. Au vu des éléments présentés par la réclamante et dans le cadre de l'article 18 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a décidé d'entendre, le 27 avril 2017, Madame O sur les faits de discrimination allégués.
19. Le 21 octobre 2017, Monsieur D a également été entendu, en qualité de témoin.
20. Dans le cadre des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 et par courrier du 21 mars 2018, le Défenseur des droits a sollicité la société afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués et solliciter la communication d'un certain nombre de pièces.
21. Par courrier du 25 avril 2018, la société a apporté ses éléments de réponse.
22. Le 31 mai 2018, une lettre de relance et de demande de pièces complémentaires lui a été adressée, à laquelle elle n'a pas répondu.
23. Le même jour, Monsieur E et le délégué du personnel ont été entendus par les services du Défenseur des droits.
24. Le 1<sup>er</sup> juin 2018, la gestionnaire de paie, et Monsieur F, directeur des opérations et directeur général de la société au moment des faits, ont également été entendus. La société a précisé que Monsieur B, président de la société, avait quitté ses fonctions et qu'aucune personne n'était en charge des ressources humaines.
25. Parallèlement, le Défenseur des droits a pris attache avec l'inspection du travail de T qui a indiqué avoir effectué une enquête sur les relations de travail et le climat social au sein de l'entreprise et a communiqué ses échanges avec l'employeur et Madame O. Le Défenseur des droits a sollicité la communication du dossier d'enquête.
26. En réponse, l'inspection du travail a expliqué que les entretiens avec les salariés n'ayant constitué qu' « *un simple recueil d'informations ne présentant pas le caractère d'une audition* », aucun procès-verbal d'audition n'avait été établi.

27. Le Défenseur des droits a également interrogé le service de santé au travail afin de vérifier s'il avait été saisi de situations similaires au sein de l'entreprise. En réponse, il a été invité à se rapprocher de la réclamante afin qu'elle sollicite son dossier médical puis de l'inspection du travail au motif que le service ne pouvait communiquer d'élément concernant l'un de ses adhérents.
28. Le 7 septembre 2018, Messieurs D et E ainsi que deux autres salariées de la société ont été entendus par le conseil de prud'hommes de T. L'affaire a été renvoyée devant le juge départiteur.
29. Après analyse des éléments de réponse de la société, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier du 15 janvier 2020, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination et l'invitant à présenter tout élément et document utile sur l'ensemble des éléments recueillis au cours de son enquête.
30. Par courrier du 14 février 2020, le conseil de la société y a répondu en apportant des éléments complémentaires qui ont été examinés par les services du Défenseur des droits.

### **III. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :**

31. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée<sup>1</sup>.
32. En l'espèce, Madame O ayant saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail avant la notification de son licenciement, il convient d'analyser si sa demande pourrait être recevable et les effets qu'elle pourrait produire (A) avant de vérifier le bien-fondé de son licenciement (B).

#### **A. À titre principal, sur la demande de résiliation judiciaire de Madame O :**

33. Sur le fondement de l'article 1184 du code civil, la Cour de cassation reconnaît au salarié le droit de solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail lorsque l'employeur ne satisfait pas à ses obligations contractuelles. En cas de manquement suffisamment grave, le juge peut prononcer la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur.
34. La Cour de cassation considère que des faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire<sup>2</sup>, notamment en cas de discrimination salariale<sup>3</sup>, de harcèlement moral<sup>4</sup> ou sexuel<sup>5</sup>.
35. En principe, la résiliation prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>6</sup>. Toutefois, lorsque les faits reprochés sont sanctionnés par la nullité, comme c'est le cas en matière de discrimination aux termes de l'article L.1132-4 du code du travail, la résiliation judiciaire doit emporter les effets d'un licenciement nul<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 7 février 2007, n°06-40250 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n°10-21690

<sup>2</sup> Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-12995

<sup>3</sup> Cass. soc., 23 mars 2011, n°09-70607

<sup>4</sup> Cass. soc., 20 fév. 2013, n°11-26560

<sup>5</sup> CA Orléans, 7 fév. 2017, n°15/02566 et Déc. DDD n°2016-212 du 29 juill. 2016

<sup>6</sup> Cass. soc., 20 janv. 1998, n°95-43350

<sup>7</sup> Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-28734 ; La même solution est retenue en matière de harcèlement moral, sur le fondement de l'article L.1152-3 du code du travail - Cass. soc., 20 février 2013, n°11-26560

36. C'est ce qu'ont notamment retenu les cours d'appel d'Aix-en-Provence et de Versailles dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations<sup>8</sup>.
37. En l'espèce, il convient donc de déterminer si Madame O a été victime d'une discrimination prohibée par la loi justifiant la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.

### **1. Sur la discrimination salariale et l'évolution de carrière de Madame O :**

38. Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination : « (...) *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3 (...), de qualification, de classification, de promotion professionnelle (...) en raison de son sexe (...)* ».
39. Des dispositions spécifiques à l'égalité professionnelle femmes/hommes complètent ce dispositif. L'article L.1142-1 du code du travail prévoit ainsi que l'employeur ne peut « 3° *Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation* ».
40. En matière de rémunération, l'article 4 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) consacre le principe de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale.
41. La Cour de justice de l'Union européenne propose une méthode de comparaison entre le travail réalisé par une femme et celui de son homologue masculin, en retenant la technique dite du « *faisceau d'indices* » qui prend en compte les diverses exigences requises pour accomplir la tâche et la nature de celle-ci. Pour apprécier si des travailleurs exercent un même travail ou un travail auquel une valeur égale peut être attribuée, il convient de rechercher si, compte tenu d'un ensemble de facteurs tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail, ces travailleurs peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable<sup>9</sup>.
42. En droit interne, le principe est consacré par l'article L.3221-2 du code du travail : « *Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ».
43. L'article L.3221-3 dudit code précise que « *Constitue une rémunération (...), le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ».
44. La discrimination salariale peut ainsi se manifester à l'égard de toutes les composantes de la rémunération. Au-delà du salaire de base, sont susceptibles de fonder une discrimination la part variable de la rémunération, les primes, les avantages en nature, le paiement des heures supplémentaires, etc.

<sup>8</sup> CA Aix en Provence, 9 fév. 2018, n°17/05013 et Déc. DDD n°2016-216, 16 sept. 2016 ; CA Versailles, 27 sept. 2018, n°17/00574 et Déc. DDD n°2018-169, 19 juin 2018

<sup>9</sup> CJCE, 31 mai 1995, C-400/93, Royal Copenhagen ; CJCE, 26 juin 2001, C-381/99, Susanna Brunnhöfer

45. L'article L.3221-4 du code du travail prévoit, quant à lui, que « *Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* ».
46. La Cour de cassation est venue préciser qu'une différence de traitement pouvait être caractérisée entre des salariés exerçant des fonctions différentes mais bénéficiant d'un même niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités ainsi qu'une importance comparable dans le fonctionnement de l'entreprise<sup>10</sup>.
47. Enfin, s'agissant du régime de la preuve, l'article L.1134-1 du code du travail, complété par les articles L.3221-8 et L.1144-1 du même code, définissent le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination : « *Le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe (...). Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».
48. Par un arrêt du 22 octobre 2014, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait écarté l'existence d'une discrimination salariale « *sans se livrer à une analyse comparée de la situation, des fonctions, et des responsabilités de la salariée avec celles des autres membres du comité de direction qui relevaient tous du groupe III, et sans rechercher, comme il lui était demandé, si les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres n'étaient pas de valeur égale à celles de l'intéressée* »<sup>11</sup>.
49. Par ailleurs, une différence de traitement dans le déroulement de la carrière et la rémunération peut être établie sur la base d'une comparaison entre le salarié qui allègue la discrimination et un groupe de salariés comparables, appelé le panel de référence.
50. La Cour de cassation a identifié un certain nombre de conditions objectives pour la réalisation d'un panel de comparaison pertinent, permettant une reconstitution fidèle d'un parcours professionnel ordinaire.
51. Le panel de comparaison doit être composé de salariés :
- appartenant à la même entreprise, voire au même établissement lorsqu'il existe ;
  - embauchés à des niveaux de qualifications similaires (identité ou équivalence de diplômes) ;
  - embauchés à une date proche, dans un écart de 1 à 3 ans maximum ;
  - embauchés sur un emploi similaire.
52. Ces critères précis de comparaison ont été définis par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts de principe<sup>12</sup>. Le panel est ainsi composé de salariés placés dans une situation équivalente et non identique<sup>13</sup>.
53. Lorsque le panel est élaboré, il convient de calculer le différentiel entre le traitement de celui qui allègue la discrimination et le traitement moyen de l'échantillon de référence.

---

<sup>10</sup> Cass. soc., 6 juill. 2010, n°09-40021

<sup>11</sup> Déc. DDD n°2012-164, 7 déc. 2012 et CA, Aix-en-Provence, 28 mars 2013, n°11/17600 ; Déc. DDD n°2014-46, 26 mars 2014 et Cass. soc., 22 oct. 2014, n°13-18362 ; Déc. DDD n°2015-144, 24 juill. 2015 et CA renvoi, Aix-en-Provence, 12 mai 2016, n°14/21251 ; Déc. DDD n°2017-108, 16 mars 2017 et Cass. soc., 5 avril 2018, n°16-20420

<sup>12</sup> Cass. soc., 4 juill. 2000, n°98-43285 ; Cass. soc., 28 juin 2006, n°04-46419 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, n°12-24175 et autres ; Cass. soc., 22 oct. 2014, n°13-18362 ; Cass. soc., 24 oct. 2012, n°11-12295 ; Cass. soc., 7 nov. 2018, n°16-20759 ; Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 04-81397

<sup>13</sup> Cass. soc. 28 juin 2006, n° 04-46419

54. Ce calcul peut être fait selon une « *méthode triangulaire* » dite aussi « *méthode de triangulation* », en ce qu'elle est réalisée sur le modèle de l'aire d'un triangle A-B-C :
- A représente la date d'apparition de la différence de traitement,
  - B le traitement du salarié au point final de la comparaison
  - et C le traitement des salariés comparants à cette même date.
55. La discrimination est démontrée lorsque la comparaison au point final C fait état d'une disparité. Elle est enfin quantifiée par le différentiel entre le niveau de positionnement et de rémunération de la victime et le niveau moyen de ses comparants.
56. La méthode de triangulation est utilisée dans plusieurs contentieux de discrimination, dont celles fondées sur le sexe<sup>14</sup>, ainsi que par les services du Défenseur des droits<sup>15</sup>.
- *Sur l'analyse comparée de la situation de Madame O avec celle de ses collègues masculins en matière de rémunération :*
57. Dans le cadre de sa réclamation, Madame O se compare avec deux collègues masculins embauchés par la société X ou Z, au même poste de coordinateur *supply chain*, à des niveaux de qualifications similaires, entre 2012 et 2014 :
- Monsieur C, embauché en avril 2012 par la société X au poste de coordinateur *supply chain* puis transféré au même poste au sein de la société Z en octobre 2012, au même moment que la réclamante ;
  - Monsieur D, embauché en 2004 par la société X au poste d'ingénieur commercial et en 2012 par la société Z au poste de coordinateur *supply chain*.
58. Concernant Monsieur D, elle produit l'avenant à son contrat de travail et son bulletin de paie d'octobre 2014. Ces éléments laissent apparaître une différence de 50 euros brut mensuel au poste de coordinateur *supply chain* alors qu'elle bénéficiait d'une ancienneté d'un an et demi supplémentaire à ce poste.
59. Au soutien de sa réclamation, Madame O communique également des échanges de sms<sup>16</sup> avec Monsieur A en date du 28 janvier 2014<sup>17</sup>, dans lesquels ce dernier indique : « *Ben dis-toi que t'es une p'tite nana dans "un monde de mec", du coup faut que t'aies 2x plus confiances en toi (...) Tu sais X en général est tellement macho* ».
60. Elle fait valoir qu'elle a obtenu un diplôme spécifique attestant de connaissances utiles à l'exercice de ses fonctions. Elle aurait ainsi rédigé un mémoire de recherche intitulé « *la notion de confiance dans la supply chain* » dans le cadre d'un master international business strategy / international management au sein d'une grande école de commerce et de management française.
61. La Cour de cassation considère que la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont de niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de la fonction occupée<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> CA Paris, 15 fév. 2017, RG n°15/09060

<sup>15</sup> Cf. *supra* n°9 et Déc. DDD n°2015-116, 13 mai 2015 ; Déc. DDD n°2012-49, 24 mai 2012

<sup>16</sup> La Cour de cassation a admis ce mode de preuve en matière civile : Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-43209

<sup>17</sup> Extractions de sms via une application du téléphone portable (i-phone) de la réclamante

<sup>18</sup> Cass. soc., 16 décembre 2008, n°07-42107 ; Cass. soc., 13 novembre 2014, n°13-10274

62. Enfin, dans ses conclusions produites devant le conseil de prud'hommes, la réclamante souligne que la société n'a pas conclu ni déposé d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes bien qu'il s'agisse d'une obligation légale.
63. En réponse, la société fait valoir que Monsieur C et Madame O n'ont pas été embauchés par la même société au poste de coordinateur *supply chain* puisque Monsieur C a d'abord été recruté par la société X avant de voir son contrat transféré au sein de la société Z. Elle ajoute que Monsieur C a d'abord été soumis à la convention collective des instruments à écrire et des industries connexes avant d'être soumis à celle du commerce de gros.
64. Toutefois, la société Z est une filiale de la société X et l'intitulé du poste étant le même, il semble que les deux salariés occupaient bien un poste de valeur égale.
65. La société souligne que Monsieur C disposait d'une ancienneté de 6 mois au poste concerné au moment de l'embauche de la réclamante et une classification plus élevée<sup>19</sup> afin d'expliquer la différence de rémunération de 700€ entre les deux salariés<sup>20</sup>. Elle ajoute que « *moins d'un an après [l'embauche de la réclamante] (...), cet écart de rémunération n'était plus que de 250€, à la date du 5 septembre 2014* ».
66. Toutefois, à cette date, la réclamante ne bénéficiait pas d'un an mais de 2 ans d'ancienneté.
67. Une analyse des bulletins de paie des deux salariés a été effectuée par les services du Défenseur des droits, à partir de leur salaire mensuel brut et de leur ancienneté au poste de coordinateur *supply chain* :

Noms	Ancienneté 0 mois	Ancienneté 6 mois	Ancienneté 1 an	Ancienneté 18 mois	Ancienneté 2 ans
Mr C	2200€	2500€	2500€	2500€	2700€
Mme O	1800€	1800€	2200€	2200€	2450€

68. Il en ressort qu'à 1 an d'ancienneté au poste concerné, l'écart entre les deux salariés était de 300€ et à 2 ans d'ancienneté, l'écart était de 250€. La progression salariale de la réclamante reste ainsi faible par rapport à celle de son collègue masculin.
69. Enfin, l'employeur renvoie au courrier du 14 novembre 2014 adressé au conseil de Madame O dans lequel il est indiqué que « *si ces deux salariés ont travaillé au sein du même service des achats avec des fonctions pour partie similaires, Monsieur C accomplit, en outre, des fonctions techniques, ce qui n'est pas le cas de Madame O. Il est donc faux de soutenir qu'ils occupent exactement le même poste et exercent les mêmes fonctions* ».
70. Il indique que Monsieur C était « *en charge notamment de la partie implémentation des contrats et du dimensionnement (ou sizing) des stocks de pièces détachées, avait la tâche technique de déterminer quelles pièces et en quelle quantité devaient être associées à tel ou tel type d'équipement sous support de contrat de maintenance. Madame O ne disposait pas des connaissances techniques indispensables pour l'accomplissement de cette tâche* ».
71. Toutefois, l'employeur ne produit aucun élément justifiant de ces fonctions techniques. Les fiches de poste sollicitées par le Défenseur des droits n'ont pas été communiquées par la société et les contrats de travail des salariés comportent les mêmes missions. En outre, il convient de rappeler qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, les comparants ne doivent pas forcément occuper un poste identique.

<sup>19</sup> Niveau III échelon 2 et niveau III échelon 1

<sup>20</sup> Rémunération mensuelle brute forfaitaire



72. Concernant Monsieur D, la société fait également valoir qu'il a été embauché par la société X, en qualité d'ingénieur commercial, sous la convention collective des instruments à écrire et des industries connexes avant d'être soumis à celle du commerce de gros<sup>21</sup>.
73. Afin de comparer les situations des deux salariés, elle établit une moyenne de leur rémunération brute mensuelle en incluant les avances sur commission et primes, sur la période de mars<sup>22</sup> à octobre 2014, pour conclure qu'à un même niveau et coefficient hiérarchiques (niveau III échelon 2), le montant de la rémunération de la réclamante était supérieur à celui de Monsieur D.
74. Une analyse comparée des rémunérations et des évolutions de carrière a été effectuée concernant la réclamante et les deux comparants.
75. Plus précisément, l'analyse et la comparaison des salaires mensuels bruts des salariés a été effectuée sur la période d'octobre 2012<sup>23</sup> à juillet 2014, à partir des éléments communiqués par la société<sup>24</sup>.
76. Une moyenne de leurs salaires, incluant les primes et les heures supplémentaires qui composent également la rémunération des salariés, a été réalisée pour chaque année.

<b>Années</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>
Moyenne des salaires des comparants	<b>2558,335</b>	<b>2904,625</b>	<b>3249,07</b>
Moyenne des salaires de Mme. O	<b>2416,66</b>	<b>2720,83</b>	<b>3191,23</b>

77. Il ressort de ces éléments que la rémunération de Madame O reste inférieure à celles de ses collègues masculins alors que Monsieur C a été recruté 6 mois avant la réclamante et que Monsieur D bénéficie d'un an et demi de moins d'ancienneté que la réclamante au poste de coordinateur *supply chain*.

➤ *Sur l'absence de promotion et la rétrogradation de fait subie par Madame O :*

78. Dans le cadre de sa réclamation, Madame O fait valoir un refus de promotion au poste de responsable logistique et une rétrogradation de fait au poste d'assistante logistique.
79. Lors de son audition, elle indique qu'en mars 2014, au moment de l'arrivée de Monsieur D, Monsieur A lui a proposé un poste de responsable logistique afin d'améliorer la phase finale de la chaîne d'approvisionnement jusque-là gérée par l'assistante logistique. Elle indique avoir accepté le poste, à condition de pouvoir retrouver ses fonctions initiales si le poste ne lui convenait pas, ce qui aurait été accepté par Monsieur A.
80. Elle explique avoir formé Monsieur D pendant deux semaines puis « avoir dû jongler entre les deux postes ». Malgré ses demandes, aucun avenant à son contrat n'a été établi pour acter son changement de fonctions.
81. Monsieur G, recruté au même moment en qualité de *supply chain manager*, aurait finalement exercé les fonctions logistiques dévolues à la réclamante laquelle s'est

<sup>21</sup> La société n'a pas communiqué au Défenseur des droits le contrat initial de Monsieur D

<sup>22</sup> Date du transfert du contrat de travail de Monsieur D au sein de la société Z

<sup>23</sup> Date d'embauche de la réclamante au poste de coordinateur *supply chain*,

<sup>24</sup> Les bulletins de paie sollicités par le Défenseur des droits (2012 à 2015) n'ont été communiqués que jusqu'à l'année 2014, et plus précisément jusqu'à septembre 2014 concernant Monsieur C, sans le bulletin de paie d'août 2014.

finalement retrouvée de fait rétrogradée au poste d'assistante logistique, en remplacement de l'ancienne salariée à ce poste, affectée entre temps à l'accueil.

82. Au soutien de ses déclarations, elle produit l'attestation de Madame H et le compte-rendu d'une réunion établi par le délégué du personnel, au cours de laquelle Monsieur B « *a reconnu s'être trompé sur les besoins du poste, à savoir qu'il voulait une assistante logistique et non une responsable logistique* ».
83. Elle communique également deux courriels des 3 et 11 mars 2014, dans lesquels Monsieur G indique qu'elle prendra ses nouvelles fonctions de « *coordinatrice logistique* » le 10 mars 2014. Cette nomination est présentée comme une promotion et l'un de ses collègues la félicite d'ailleurs.
84. En réponse, la société nie toute rétrogradation en faisant valoir qu'« *aucun document contractuel, aucun écrit objectif et sérieux n'accrédite ses affirmations* ».
85. L'organigramme du mois d'avril 2014 communiqué au Défenseur des droits<sup>25</sup> laisse toutefois apparaître que Madame O avait bien en charge le volet logistique du service dirigé par Monsieur G.
86. Lors de son audition par les services du Défenseur des droits, Monsieur D a confirmé les faits : « *Quand j'ai commencé, [Madame O] faisait le travail pour lequel j'ai été recruté. Elle était coordinatrice supply chain, on devait travailler en binôme. On lui avait promis de devenir responsable de la logistique. Tout le monde savait qu'on allait lui proposer ce poste, pour me laisser la place et réorganiser le service. Dans les faits, elle a effectué des fonctions de responsable logistique mais son contrat n'a pas été revu en tant que tel. On la considérait comme assistante logistique* ».
87. Dans sa réponse la société invoque également que les attestations produites par la réclamante sont de « *pure complaisance* ».
88. Or, le Défenseur des droits souligne que ces attestations concernent plusieurs salariés présents au moment des faits et qu'elles sont corroborées par d'autres éléments. Conformément à la jurisprudence applicable, les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination doivent être appréciés dans leur ensemble, de manière globale.<sup>26</sup>
89. Au vu de ce qui précède, il ressort que Madame O n'a pas été promue, comme convenu, au poste de responsable logistique et qu'elle a subi une rétrogradation de fait au poste d'assistante logistique, dans le cadre de la réorganisation de la société Z, ce qui est susceptible de constituer une discrimination dans l'évolution de sa carrière s'ajoutant à la discrimination salariale fondée sur le sexe.

## **2. Sur l'environnement de travail subi par Madame O constitutif d'un harcèlement sexiste et sexuel discriminatoire**

➤ *Une définition des harcèlements sexuel et sexiste constitutifs d'une discrimination fondée sur le sexe :*

86. En droit de l'Union européenne, la directive 2006/54/CE précitée prévoit, dans son considérant 6 que, « *Le harcèlement et le harcèlement sexuel sont contraires au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et constituent une discrimination fondée sur le sexe aux fins de la présente directive. Ces formes de discrimination se manifestent*

---

<sup>25</sup> Les organigrammes des années 2012, 2013 et 2015 n'ont pas été communiqués

<sup>26</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792

*non seulement sur le lieu de travail, mais également à l'occasion de l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle. Il convient donc que ces formes de discrimination soient interdites et fassent l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ».*

87. Elle définit, dans son article 2-1, le harcèlement fondé sur le sexe dit « sexiste » et le harcèlement sexuel :
- « c) " harcèlement " : la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec 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;*
- d) " harcèlement sexuel " : la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».*
88. La directive propose une acception large de la notion d'agissement sexuel, puisqu'elle englobe le comportement verbal et ne fait pas référence à la recherche d'une faveur sexuelle.
89. En droit interne, l'article L.1132-1 du code du travail prohibe toute discrimination fondée sur le sexe et renvoie à la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
90. L'article 1<sup>er</sup> de cette loi, transposant notamment la directive 2006/54/CE, prévoit :
- « La discrimination inclut :*
- 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa [dont le sexe] et tout agissement à connotation sexuelle, 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 ».*
91. En vertu de ces textes, le harcèlement sexiste et le harcèlement sexuel doivent être considérés comme des formes de discrimination pour lesquelles le Défenseur des droits est compétent en vertu de l'article 4 3° de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011. C'est ce qu'ont retenu plusieurs juridictions prud'homales, dans des affaires dans lesquelles le Défenseur des droits avait présenté des observations<sup>27</sup>.
92. Par un arrêt du 20 mai 2015, la Cour de cassation est également venue préciser qu'« *une cour d'appel ne saurait débouter une salariée de sa demande de dommages et intérêts pour discrimination alors qu'il résultait de ses constatations d'une part, que l'intéressée avait été victime de quolibets, de moqueries douteuses, d'insultes dont une à caractère sexuel et de jets de divers détritrus, éléments ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la salariée laissant supposer l'existence d'une discrimination et, d'autre part, que l'employeur n'établissait pas que ces agissements n'étaient pas constitutifs d'une telle discrimination* »<sup>28</sup>.
93. À ces dispositions générales s'ajoutent des dispositions spécifiques au harcèlement sexuel et au harcèlement sexiste, prévues par le code du travail.
94. L'article L.1153-1 du code du travail, issu de la loi n°2012-954 du 6 août 2012, définit le harcèlement sexuel comme « *des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés*

<sup>27</sup> Voir notamment Déc. DDD n°2014-105 et CA Rennes, 10 déc. 2014, n°14/00134 ; Déc. DDD n°2015-64 et CA Toulouse, 29 janv. 2016, n°14/00360 ; Déc. DDD n°2015-44 et CA Douai, 29 janv. 2016, n°15/00506 ; Déc. DDD n°2016-216 et CA Aix-en-Provence, 9 fév. 2018, n°17/05013

<sup>28</sup> Cass. soc. 20 mai 2015, n°14-13357

*qui soit portent atteinte à sa dignité [au salarié] en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante (...) ou comme une forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle ».*

95. Le harcèlement sexuel est désormais appréhendé de manière beaucoup plus large puisqu'il ne se définit plus uniquement par l'objectif poursuivi par son auteur – obtenir des faveurs sexuelles – mais par les conséquences du comportement sur la victime. Ces comportements ou agissements doivent ainsi soit porter atteinte à la dignité de la victime en raison de leur caractère humiliant ou dégradant, soit créer à l'encontre de la victime une situation intimidante, hostile ou offensante.
96. Il en sera ainsi des propos ou comportements ouvertement sexistes, grivois, obscènes, de paroles ou écrits répétés. Il en est également ainsi d'agissements ne portant pas en eux-mêmes atteinte à la dignité mais ayant pour conséquence de rendre insupportables les conditions de travail de la victime.
97. La loi n'exige pas que la victime ait fait connaître de façon expresse et explicite à l'auteur des faits qu'elle n'était pas consentante. Le terme « *imposer* » écrit dans les textes signifie que les agissements sont subis et non souhaités par la victime. Un silence permanent face aux agissements, une gêne manifeste, des conduites d'évitement sont assimilables à une absence de consentement.
98. Il faut également que ces propos ou gestes produisent un effet négatif sur la personne harcelée : une atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, et/ou l'instauration d'une situation intimidante, hostile ou offensante. Chacun de ces effets est constitutif d'un harcèlement sexuel.
99. Par un arrêt du 17 mai 2017, rendu au visa de l'article L.1153-1 du code du travail, la Cour de cassation a retenu l'existence d'un harcèlement sexuel résultant d'un agissement unique, en l'espèce le fait pour l'employeur d'avoir « *conseillé* » à une salariée qui se plaignait de coups de soleil de « *dormir avec lui dans sa chambre* », « *ce qui lui permettrait de lui faire du bien* »<sup>29</sup>.
100. C'est également ce que prévoient la directive 2006/54/CE et la loi n°2008-496 susvisées qui visent respectivement « *un comportement* » et « *tout agissement* ».
101. Par un arrêt du 7 février 2017, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté ses observations<sup>30</sup>, la cour d'appel d'Orléans a considéré que « *le harcèlement sexuel peut consister en un harcèlement environnemental ou d'ambiance, où, sans être directement visée, la victime subit les provocations et blagues obscènes ou vulgaires qui lui deviennent insupportables* »<sup>31</sup>. Il s'agissait d'une salariée dénonçant un environnement de travail hostile ponctué de blagues à connotation sexuelle, de propos insultants envers les femmes, de photographies sur les murs de l'espace à aires ouvertes représentant ses collègues de travail dans des positions déplacées et de fonds d'écran d'ordinateurs représentant des femmes nues.
102. La Cour d'appel d'Orléans s'est également positionnée sur l'humour à connotation sexuelle sur le lieu de travail : « *Ce que certains individus trouvent humoristique et ne portant pas atteinte à la dignité peut être blessant et humiliant pour d'autres, notamment en ce qui concerne les plaisanteries à connotation sexuelle dirigées à l'encontre des collègues de sexe féminin. Le harcèlement sexuel peut constituer en un harcèlement environnemental ou d'ambiance, où, sans être directement visée, la victime subit les provocations et blagues*

<sup>29</sup> Cass. soc., 17 mai 2017, n°15-19300

<sup>30</sup> Déc. DDD n°2016-212, 29 juill. 2016

<sup>31</sup> CA Orléans, 7 fév. 2017, n°15/02566

*obscènes ou vulgaires qui lui deviennent insupportables* ». C'est également ce qu'avait consacré la Cour de cassation, par un arrêt du 12 décembre 2006, concernant des propos racistes constitutifs d'un harcèlement<sup>32</sup>.

103. Cette position a également été retenue par le conseil de prud'hommes de Saint-Denis de la Réunion, le 8 septembre 2017, dans une affaire similaire portant sur des faits de harcèlement sexuel où le Défenseur des droits était intervenu<sup>33</sup>.
104. Par ailleurs, la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a inséré l'article L.1142-2-1 dans le code du travail qui prohibe tout agissement sexiste :  
« *Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».
105. Cet article reprend la recommandation 18 du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes publié le 6 mars 2015 et intitulé « *le sexisme dans le monde du travail : entre déni et réalité* ».
106. Il ressort de ce rapport que « *Si l'humour a sa place au bureau, il peut également fonctionner comme une arme "à double tranchant" (Malone, 1980<sup>34</sup>). Ce qui peut paraître drôle pour une personne peut s'avérer désagréable pour une autre, notamment lorsqu'il sert à camoufler une forme de dénigrement en raison du sexe. L'humour et son camouflage en amusement bénin à travers l'argument "c'est juste une blague" joue un rôle majeur dans la diffusion des préjugés sexistes* ».
107. Les stéréotypes de sexe sont des représentations schématiques et globalisantes sur ce que sont et ne sont pas les filles et les garçons, les femmes et les hommes. Les stéréotypes de sexe légitiment les rôles de sexe en les « *naturalisant* » : ils font paraître comme biologiques et naturels des rôles de sexe différents et hiérarchisés, assignés aux femmes et aux hommes. Les stéréotypes de sexe sont des agents de la hiérarchie entre les femmes et les hommes, qui outillent les discriminations et servent à légitimer, *a posteriori*, les inégalités<sup>35</sup>.
108. Critiquer une femme parce qu'elle n'est pas « *féminine* » ou un homme parce qu'il n'est pas « *viril* », avoir une conduite verbale ou une posture corporelle qui montre l'hostilité envers une personne en raison de son sexe, user d'épithètes sexistes ou faire des commentaires humiliants ou désobligeants fondés sur le sexe de la personne, faire des blagues sexistes ou fragiliser le sentiment de compétence des femmes parce que femmes par des remarques ou pratiques offensantes peuvent caractériser l'agissement sexiste<sup>36</sup>.

➤ *Un régime probatoire spécifique :*

109. En droit de l'Union européenne, l'article 19 de la directive 2006/54/CE définit le principe de l'aménagement de la charge de la preuve applicable en matière de discrimination et de harcèlement :

« *Dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de*

<sup>32</sup> Cass. crim., 12 déc. 2006, n°05-87658

<sup>33</sup> CPH St-Denis, 8 sept. 2017 et Déc. DDD, 10 fév. 2016, n°2016-037 : la salariée qui avait dénoncé les propos insultants à connotation sexuelle d'un encadrant à l'égard des femmes, avait été licenciée pour avoir osé dénoncer et avait été accusée de propos mensongers. Le conseil de prud'hommes a annulé son licenciement et ordonné à son employeur de la réintégrer dans ses effectifs sous astreinte.

<sup>34</sup> Malone.P.B. Humor: a double egged tool for today's managers? *Academy of management review*, 1980,5,357-360

<sup>35</sup> Rapport n°2014-10-20-STER-013 du Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, 10 oct. 2014

<sup>36</sup> « Kit pour agir contre le sexisme, trois outils pour le monde du travail » réalisé par le CSEP, nov. 2016

*l'égalité de traitement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».*

110. En droit interne, le principe a été transposé à l'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 et à l'article L.1134-1 du code du travail précité<sup>37</sup>.
111. Il n'appartient donc pas au demandeur à l'instance de faire la preuve de ses prétentions mais d'établir un faisceau d'indices composé de faits qui laissent présumer l'existence d'une discrimination. Il appartient ensuite à l'employeur d'apporter la preuve que les faits ne sont pas constitutifs d'une discrimination.
112. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination doivent être appréciés de manière globale<sup>38</sup> et que la chronologie des faits pouvait être prise en compte<sup>39</sup>. Les constats de l'inspection du travail entrent également dans le faisceau d'indices laissant présumer l'existence d'une discrimination<sup>40</sup>.
113. En l'espèce, au titre de ces éléments de fait, Madame O communique les échanges de sms<sup>41</sup> avec Monsieur A du 28 janvier 2014<sup>42</sup> précités, dans lesquels ce dernier indique : « *Ben dis-toi que t'es une p'tite nana dans "un monde de mec", du coup faut que t'aies 2x plus confiance en toi (...) Tu sais X en général est tellement macho* ».
114. Elle produit également deux attestations de collègues témoins des faits. Monsieur D décrit ainsi une « *ambiance malsaine de travail* », des « *blagues et injures (grivoises, obséquieuses et racistes) sur Madame O* ». Une collègue, hôtesse d'accueil au moment des faits, déclare « *Concernant Madame O, je voyais fréquemment les regards que certains portaient sur elle, en l'occurrence Monsieur A, qui clairement était plus qu'insistant. J'ai souvent été choquée de certaines attitudes de son équipe, notamment [Monsieur E et deux autres salariés]. En effet, ces derniers avaient toujours des propos misogynes et sexistes inadmissibles, à titre d'exemple : "toi tu as dû bien sucer cette nuit", "tu veux que je t'asticote" (...)* ». Elle précise que la réclamante n'a pas été la seule victime de tels propos et cite notamment le cas de Madame J.
115. Par courriel du 1<sup>er</sup> juin 2016 produit par Madame O, Madame J évoque la rupture de son contrat auprès de sa hiérarchie en ces termes : « *Je vous ai alerté lors de nos précédents entretiens des raisons justifiant cette demande de rupture conventionnelle, à savoir une situation de souffrance au travail avec une dégradation de mon état de santé générée par le comportement sexiste de Monsieur E qui se traduit par un harcèlement sexuel et moral à mon égard* ». Elle indique notamment qu'entre février et mars 2015, elle a subi de la part de Monsieur E des remarques à caractère sexiste et sexuel devant l'équipe, telles que « *je vais t'enlever ta petite robe* ».
116. En réponse, la société Z fait valoir que Madame O n'a pas nommé directement les personnes mises en cause avant sa lettre du 23 février 2016 et que ces dénonciations ont ensuite été formellement contestées. Elle indique que les déclarations de Madame O concernant Monsieur A sont discréditées par le fait que ces derniers auraient eu une relation, ce qui est contesté par la réclamante<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Il a également été transposé à l'article L.1154-1 u code du travail relatif au harcèlement

<sup>38</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792

<sup>39</sup> Cass. soc., 6 nov. 2013, n°12-22270

<sup>40</sup> Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-27261

<sup>41</sup> La Cour de cassation a admis ce mode de preuve en matière civile : Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-43209

<sup>42</sup> Extractions de sms via une application du téléphone portable (i-phone) de la réclamante

<sup>43</sup> La société n'a pas communiqué le dossier disciplinaire de Monsieur E sollicité par le DDD

117. Dans le cadre des auditions menées par les services du Défenseur des droits, Madame O a confirmé et précisé ses déclarations.
118. Elle explique qu'un premier épisode a eu lieu en 2012, Monsieur E lui aurait déclaré, lors d'une pause déjeuner : *« toi je vais te baisser la culotte et te mettre une fessée »*. Ces propos auraient été tenus en présence de son compagnon de l'époque, salarié de la société, qui serait intervenu.
119. Elle indique que de tels agissements à son encontre ne se sont reproduits qu'après sa séparation, en 2014. Elle fait néanmoins état *« d'une ambiance sexiste de la part de toute l'équipe, avec souvent des blagues déplacées sur les femmes »*.
120. Elle précise que le 6 août 2014, Monsieur E aurait déclaré, en présence d'un collègue et de monsieur D, *« qu'il passerait bien en-dessous de ma jupe »*. Elle indique également *« qu'une ou deux fois »*, sans pouvoir dater précisément les faits, Monsieur E *« aurait essayé de m'embrasser sur la bouche, en faisant mine de se tromper »*.
121. Elle fait enfin état de propos tenus par Messieurs F et A, concernant l'achat d'un véhicule. Le premier aurait déclaré à la réclamante : *« si tu m'épouses, tu auras ce véhicule »*, le second aurait répondu : *« elle ne vaut pas la peine d'être épousée, c'est une fille facile »*.
122. Concernant Monsieur A, elle indique : *« J'ai du mal à parler de Monsieur A car il est décédé maintenant. Il ne me considérait pas juste comme quelqu'un avec qui il travaillait, il m'avait fait comprendre qu'il était attiré par moi. C'est quelqu'un qui avait une personnalité forte, qui avait du charisme. Nous étions proches mais à partir du moment où j'ai refusé ses propositions, les insultes ont commencé »*.
123. Entendus sur les faits dénoncés, Messieurs E et F ont nié les propos et tout environnement sexiste au sein de l'entreprise.
124. Interrogé sur le courriel du 1<sup>er</sup> juin 2016 de Madame J, Monsieur F a indiqué en avoir été informé et a déclaré : *« E et J se sont parlés en présence de B et elle a considéré que le sujet était clos. Elle a quitté la société dans un esprit convivial »*.
125. Également interrogé à ce sujet, Monsieur E a répondu : *« On s'est vus avec Monsieur B, cela s'est très bien passé. On lui a même organisé un pot de départ dans le bureau dispatch que je gère »*. Concernant l'environnement de travail sexiste et l'attestation de Monsieur D, il a déclaré : *« Je ne suis pas d'accord. On s'acharne sur des choses qui n'ont pas lieu d'être »*.
126. Lors de leurs auditions, la gestionnaire de paie et le délégué du personnel ont fait état d'une ambiance de travail familiale et conviviale au sein de la société Z.
127. De son côté, Monsieur D a confirmé et précisé son témoignage.
128. Concernant les rapports femmes/hommes au sein de la société, il a indiqué : *« C'était un monde assez macho, on était dans un milieu informatique, très masculin. Les femmes étaient essentiellement sur des postes administratifs. Depuis que je suis parti, ils ont recruté des femmes en tant que commerciales. Il n'y avait aucune femme technicienne (...). Plusieurs choses m'ont marqué. Il y avait des blagues. Ce qui m'a choqué est que quand j'étais commercial chez X (mêmes locaux et même PDG, Monsieur B), j'ai vu deux assistantes sur les tables en train de danser, en jupes, pour les départs de l'une d'elles. Je n'ai pas trouvé cela normal. Une autre fois, un commercial s'est amusé à vaporiser une bombe liquide sous la jupe d'une assistante commerciale. Il y avait des histoires de coucheries les uns avec les autres (...) »*.

129. Concernant les faits de harcèlement sexuel dénoncés, il a déclaré : « *Il y avait des blagues régulières, des réflexions [à l'encontre de Madame O] telles que "tu as un bon boulot de black". Il y avait un groupe de techniciens un peu lourds* », « *Monsieur E pouvait dire des choses sur son physique, mais comme sur toutes les femmes* », « *Il y a eu de nombreux recrutements à la suite du départ de Madame O et de mon départ. J'ai eu connaissance du fait que Monsieur E avait continué à être un peu lourd avec certaines femmes* ».
130. Il a qualifié l'environnement de travail subi par la réclamante de « *macho* » en indiquant : « *J'estime qu'elle [Madame O] est sincère dans ce qu'elle dit. Il y avait un côté très masculin et elle a pu le subir* ».
131. Dans son courrier de réponse au Défenseur des droits, l'inspection du travail a expliqué que, dans le cadre de son enquête générale effectuée le 17 mars 2016 au sein de l'entreprise, un certain nombre de salariés « *pris aléatoirement, en prenant soin de pouvoir interroger l'un des salariés, Monsieur E, mis en cause par Madame O* » ont été entendus.
132. Elle précise : « *Certains employés et y compris le délégué du personnel, nous ont alors confirmé que s'étaient tenus des propos à caractère humiliant et injurieux en rapport avec le sexe de la personne et/ou son origine, qu'elle soit sociale ou ethnique. Ces propos s'étant banalisés, ils n'étaient pas en mesure d'être précis quant aux termes employés, aux dates ou périodes et circonstances durant lesquels ils se seraient tenus. Ils mettaient ces injures sur le compte de "la plaisanterie et de la franche camaraderie". "Ils n'y trouvaient rien à redire" car pour certains de leurs propos : "ils sont entre jeunes, c'est leur façon de parler" (...) Cependant, certains admettaient que "cela pouvait aller trop loin ; auquel cas, des excuses seraient présentées et l'affaire en resterait là"* ».
133. Il semble que certains propos aient été reconnus par Monsieur B puisque dans son courrier du 21 avril 2016, l'inspection du travail lui indique : « *Comme je vous l'ai indiqué et comme vous me l'avez confirmé, se sont tenus et se tiennent toujours (même si c'est, semble-t-il dans une moindre mesure) au sein de votre société et entre plusieurs salariés, des propos à caractère humiliant et injurieux en rapport avec le sexe de la personne et/ou son origine (...). La persistance des stéréotypes, des incivilités et leur banalisation via la prétendue excuse de l'humour, sont susceptibles de favoriser l'émergence de situations de souffrance au travail, voire de harcèlement moral ou sexuel que certains salariés peuvent être amenés à subir en silence pour ne pas être rejetés par le collectif de travail ou pour ne pas "faire de vague"* ».
134. Enfin, Madame O produit un certain nombre de pièces – certificats médicaux et arrêts de travail faisant état d'un syndrome dépressif – permettant de constater la dégradation de son état de santé.
135. Les attestations qu'elle produit le confirment. Madame H indique ainsi : « *Après mon départ de la société, je l'ai eu plusieurs fois au téléphone en pleurs. En effet, je l'avais souvent le matin sur la route ou le soir en rentrant du travail et c'est dans ces moments-là qu'elle me confiait son mal être et sa solitude dans le service* ». Monsieur D indique également : « *Le malaise était tel qu'il m'arrivait régulièrement d'accompagner Madame O (souvent en larmes) à la gare pour lui éviter de faire le trajet seule (...) Épuisée physiquement et mentalement par ce harcèlement, un jour Madame O a annoncé son intention de déposer plainte si ces réflexions devaient subsister. Cela malheureusement n'a fait que susciter encore plus de moqueries* ». Il confirmera ses déclarations lors de son audition.
136. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que Madame O a subi un harcèlement environnemental, d'ambiance fondé sur le sexe caractérisant un harcèlement sexuel et sexiste s'étant traduit par des propos, des blagues ou des gestes sexistes, grivois et à connotation sexuelle, ayant eu pour objet ou pour effet de dégrader l'environnement de travail et l'état de santé de la réclamante.



### 3. Sur l'environnement de travail subi par Madame O constitutif d'un harcèlement discriminatoire fondé sur l'origine et l'apparence physique

137. L'article 2 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique précise 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* ».
138. Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 auquel il renvoie, la discrimination inclut tout agissement lié à un ou plusieurs motifs de discrimination prohibés, dont l'origine et l'apparence physique, « *subi[s] 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* ».
139. Un acte unique peut même, à la lecture combinée de ces articles, constituer un harcèlement discriminatoire. C'est ce qu'a retenu la cour d'appel de Rennes, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations, s'agissant de l'affichage dans une salle de repos d'une photographie d'un primate sur laquelle était écrit le prénom du salarié, ce dernier très affecté par l'événement, avait été placé en arrêt de travail jusqu'à sa démission. La cour d'appel a reconnu l'existence du harcèlement et considérée que la démission du salarié devait être requalifiée en licenciement nul par application des dispositions relative au principe de non-discrimination.<sup>44</sup>
140. Les mêmes règles probatoires qu'en matière de harcèlement sexuel et sexiste s'appliquent.
141. En l'espèce, des échanges de sms<sup>45</sup> avec Monsieur A produit par la réclamante, il ressort qu'après l'avoir qualifiée d'autruche, il lui déclare : « *Grandes jambes hyperlaxes. Arrière train prononcé. Corps tout fin et long qui ressemble au cou et à la tête* », ce à quoi la réclamante répond : « *Franchement je le prends mal* »<sup>46</sup>. Dans un autre échange, il la qualifie de « *petit chimpanzé* », lui dit qu'il « *adore les petits singes* », qu'il « *voulait un petit singe avant patate [son chien]* » et lorsqu'elle lui demande d'arrêter et lui indique qu'il y a des limites à ne pas franchir, il répond : « *ok, mais j'adore quand même les petits singes* ».
142. Madame O communique également plusieurs attestations de collègues de travail témoins de propos fondés sur l'origine ou l'apparence physique de la réclamante.
143. Monsieur D fait état de l'existence de blagues racistes au sein de l'équipe, des « *événements anormaux (...)* (ex : *réflexion sur la tenue vestimentaire de Madame O*). *L'événement qui m'a fait prendre conscience de ce malaise est lorsqu'un de nos collègues (devant d'autres personnes du service dont Madame O) a insulté Madame O de "bonobo". Cette réflexion n'était pas la première du genre et je n'ai donc pas souligné son importance sur l'instant. C'est lorsque Madame O m'a demandé ce qu'est un bonobo, et que j'ai vu sa réaction, que j'ai compris qu'il ne s'agissait pas d'humour, en tout cas par pour Madame O* ».
144. Madame H confirme la survenance de ces faits : « *Un soir, elle m'a appelée en me disant que son collègue l'avait insulté de "bonobo" car à plusieurs reprises son responsable l'avait insultée de "singe" (...)* ».

<sup>44</sup> Déc. DDD, 2014-105, 31 juill. 2014 ; CA Rennes, 10 déc. 2014, n°14/00134

<sup>45</sup> Extractions de sms via une application du téléphone portable (I-phone) de la réclamante

<sup>46</sup> Échanges du 14 janv. 2014

145. Lors de son audition, la réclamante a précisé : « *Le 4 juin 2014, Monsieur A m'a dit que je lui faisais penser à un chameau en raison de ma position, puis après à un "singé avec mon nez de noir", puis à un "bonobo" (singé qui règle ses problèmes par le sexe). Monsieur E m'a alors traitée de "bonobo" à plusieurs reprises ensuite* ». « *Monsieur A m'a aussi traitée d'autruche (...) il me voyait comme un animal. Quand je lui ai parlé de nager avec les dauphins en parlant de mes vacances, il m'a répondu "les dauphins ne nagent pas avec les baleines" (...)* ». « *Monsieur E faisait souvent part de son aversion pour les femmes musulmanes et était clairement raciste (...). J'étais la seule musulmane dans le service donc je me sentais clairement visée. Il disait souvent "vous les arabes" (...)* ».
146. Par courriel du 31 mars 2016, l'inspection du travail fait part de ses constats à Madame O : « *Globalement, il ressort des entretiens que plusieurs des salariés ont tenu par le passé des propos injurieux et racistes à l'égard des uns et des autres mais que ces propos étaient qualifiés "d'humour" par les intéressés. Selon les dires de certains, il est probable que vous les ayez aussi subis mais ni plus ni moins que vos autres collègues et que c'était sur le ton de l'"humour"* ». C'est également ce qui ressort du courrier de l'inspection du travail adressé à l'employeur suite à sa visite au sein de l'entreprise et de la réponse adressée au Défenseur des droits<sup>47</sup>.
147. Dans son courrier de réponse, l'employeur nie toute « *injure raciale* » et fait valoir les mêmes arguments que concernant les faits de harcèlement fondé sur le sexe.
148. Lors de son audition, Monsieur D a confirmé les déclarations de la réclamante : « *Il y avait des blagues régulières, des réflexions telles que "tu as un bon boulot de black" (...)* Elle en avait marre des réflexions, des blagues racistes. Lorsqu'elle a été traitée de bonobo, j'ai vu qu'elle n'avait pas compris. Je lui ai expliqué plus tard que c'était un singe, elle a explosé en larmes. Elle leur a dit que la prochaine fois elle porterait plainte, cela les faisait rire. Je ne me souviens pas qui a prononcé le terme bonobo ». Il a précisé que cela n'était arrivé qu'une fois en sa présence, que « *c'était la blague de trop. Je sais que Monsieur A et Monsieur E étaient là. Ce sont deux grands copains qui ont toujours travaillé ensemble* ».
149. Également entendu, Monsieur E a nié tout propos fondé sur l'origine ou l'apparence physique de la réclamante.
150. Les éléments recueillis permettent de constater que l'état de santé de Madame O s'est progressivement dégradé à compter des faits et de leur dénonciation jusqu'à sa déclaration d'inaptitude par le médecin du travail.
151. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que Madame O a fait l'objet d'un environnement de travail constitutif d'un harcèlement fondé sur son origine et son apparence physique, ayant dégradé ses conditions de travail et son état de santé.

#### **4. Sur le manquement de l'employeur à son obligation de prévention et de sécurité :**

152. En matière de discrimination et de harcèlement, l'employeur doit assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Cette obligation de sécurité est prévue par les dispositions générales des articles L.4121-1 et suivants du code du travail.
153. Longtemps, la jurisprudence a considéré que « *L'employeur, tenu d'une véritable obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation, lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même*

---

<sup>47</sup> Courrier du 21 avril 2016 à l'employeur et courrier du 25 oct. 2017 au DDD

*il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements »<sup>48</sup>. L'engagement de la responsabilité de l'employeur était ainsi automatique en cas de harcèlement.*

154. La Cour de cassation est venue assouplir sa jurisprudence, en matière de harcèlement moral puis en matière de harcèlement sexuel<sup>49</sup>. L'employeur peut désormais s'exonérer de sa responsabilité, à condition qu'il démontre avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par le code du travail et avoir fait cesser immédiatement les agissements :

*« La cour d'appel, qui a fait ressortir que l'employeur n'avait pas pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail et, notamment, n'avait pas mis en œuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement sexuel, et qui a relevé qu'il n'avait pas pris toutes les mesures propres à mettre un terme aux faits de harcèlement sexuel dénoncés par la salariée, a pu en déduire que l'employeur avait manqué à son obligation légale résultant de l'article L.1153-5 du code du travail »<sup>50</sup>.*

155. Par un arrêt du 20 mai 2015, la Cour de cassation a censuré un arrêt de cour d'appel qui avait écarté l'existence d'une discrimination *« alors qu'il résultait de ses constatations que la salariée avait été victime de quolibets, de moqueries douteuses, d'insultes et de jets de divers détritiques et qu'un témoin confirmait que l'intéressée avait été traitée de « sac à foutre », éléments ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la salariée laissant supposer l'existence d'une discrimination, et que l'employeur n'établissait pas que ces agissements n'étaient pas constitutifs d'une telle discrimination »<sup>51</sup>. L'employeur ne saurait dès lors se retrancher derrière l'humour pour justifier l'absence de mesure de sa part.*

156. En vertu de l'obligation de sécurité, avant même d'être alerté sur une situation de harcèlement, l'employeur doit prévenir la survenance de tels faits en sensibilisant les salariés – notamment les RH, cadres et membres du CHSCT – par des actions d'information et de formation et en affichant les dispositions légales relatives au harcèlement sur les lieux de travail.

157. Lorsqu'il est alerté sur une situation de harcèlement, il doit faire cesser les faits en prenant toute mesure conservatoire permettant de protéger la santé et la sécurité des salariés concernés : mesure conservatoire visant à les éloigner telle qu'une modification des horaires de travail, un changement d'affectation, etc. dans un souci de discrétion par rapport au collectif de travail, saisine de la médecine du travail et/ou du CHSCT, etc.

158. L'employeur doit également procéder à une enquête impartiale, approfondie et formalisée au cours de laquelle doivent être entendus l'ensemble des protagonistes et collègues de travail cités par les salariés concernés.

159. Si les faits sont établis, l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la victime et prononcer une sanction disciplinaire à l'égard de l'auteur des faits en matière de harcèlement<sup>52</sup>. L'article L.1153-6 du code du travail précise ainsi que *« tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire »*.

160. Il convient de rappeler que l'employeur est responsable des agissements de ses préposés comme est venue le préciser la Cour de cassation : *« L'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent de fait ou de droit une autorité sur les salariés »<sup>53</sup>.*

---

<sup>48</sup> Cass. soc., 3 fév. 2010, n°08-44019

<sup>49</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2016, n°14-19702 ; Cass. soc., 13 déc. 2017, n°16-14999

<sup>50</sup> Cass. soc., 13 déc. 2017, n°16-14999

<sup>51</sup> Cass. soc., 20 mai 2015, n°14-13357

<sup>52</sup> Articles L.1152-5 et L.1153-6 du code du travail

<sup>53</sup> Cass. soc., 10 mai 2001, n°99-40059

161. Par un arrêt récent du 27 novembre 2019, la Cour de cassation a rappelé que le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité doit être distingué de l'existence même des faits de harcèlement. L'employeur doit engager une enquête lorsque de tels faits sont dénoncés, quand bien même les faits ne seraient pas établis<sup>54</sup>.
162. En l'espèce, par lettre recommandée du 15 octobre 2014, Madame O a dénoncé auprès de Monsieur B, président de la société, les faits de discrimination, de harcèlement sexuel et moral qu'elle estimait subir au sein de l'entreprise. Elle fait état de propos dégradants à connotation sexuelle tels que « *je vais baisser ta culotte et te mettre une fessée* » et d'« *avances sexuelles* ».
163. Dans son courrier du 14 novembre 2014 adressé au conseil de Madame O, la société estime que « *les informations contenues dans vos courriers ne permettent pas de savoir qui aurait tenu ces propos et en quelles occasions. Ces éléments sont, en l'état, insuffisants à nous permettre de mener une réelle enquête interne* », ce qui sera confirmé par Monsieur F lors de son audition par les services du Défenseur des droits.
164. Placée en arrêt de travail depuis le mois d'octobre 2014, par lettre recommandée du 23 février 2016, la réclamante alerte de nouveau Monsieur B, en nommant directement les personnes mises en cause. Elle dénonce l'inaction de la société et l'absence d'enquête.
165. Dans son courrier du 21 avril 2016 à la société, l'inspection du travail a rappelé à l'employeur son obligation générale de santé et de sécurité. Elle a invité Monsieur B à « *prendre toutes mesures de prévention et, le cas échéant, de répression utiles afin que ce type de comportement et de propos n'aient plus cours dans votre établissement* » en précisant que « *cela peut passer par une meilleure sensibilisation et une formation adéquate des responsables hiérarchiques et des salariés sur ces risques, mais ce n'est évidemment pas suffisant* ».
166. En réponse, la société fait valoir que Madame O s'est « *délibérément abstenue* » de donner le nom du ou des auteurs des faits graves qu'elle dénonçait pendant plus de 17 mois pour justifier l'absence de mesure prise suite au courrier du 15 octobre 2014. Toutefois, conformément à la jurisprudence en la matière, un tel élément ne saurait dispenser l'employeur de son obligation d'intervenir.
167. La société souligne également qu'un baromètre social, dont elle communique les conclusions, a été réalisé en 2016. Elle indique que des actions de prévention des risques psychosociaux ont été mises en place au sein de l'entreprise, à savoir une formation des managers et des réunions d'informations semestrielles du personnel. Toutefois, elle ne produit aucun élément permettant d'apprécier le contenu et la réalité de ces mesures.
168. Des éléments recueillis, il ressort qu'aucune enquête interne n'a été engagée par la société sur les faits de discrimination et de harcèlement, pourtant dénoncés à plusieurs reprises par la réclamante et par une autre salariée de la société, Madame J. Les constats et rappels de l'inspection du travail n'ont pas non plus incité l'employeur à engager une enquête.
169. En outre, les éléments communiqués par la société semblent insuffisants pour démontrer qu'elle a respecté son obligation de sécurité.
170. Le baromètre communiqué a été réalisé au sein du groupe et ne reflète donc pas l'environnement de travail au sein de la société Z. Il en ressort que « *la recherche de l'équilibre vie privée / professionnelle* » doit être améliorée, de même que l'égalité femmes-

---

<sup>54</sup> Cass. soc., 27 nov. 2019, n°18-10551

hommes, jugée insuffisante. En outre, aucun élément concernant le plan d'action mis en place n'a été communiqué au Défenseur des droits.

171. Par ailleurs, un seul document unique pour l'année 2015 a été transmis. Il fait état d'un risque élevé de risques psycho-sociaux, sans mesure de prévention ni proposition de l'employeur pour y faire face. Une seule fiche d'entreprise a également été communiquée pour l'année 2016, non datée ni signée par le médecin du travail.<sup>55</sup>
172. Enfin, les auditions menées par les services du Défenseur des droits ont permis de constater qu'au moment des faits, aucun service de ressources humaines n'était mis en place au sein de la société.<sup>56</sup>
173. Au vu de l'absence d'enquête interne et de l'insuffisance des mesures prises par l'employeur, le Défenseur des droits considère que la société Z a manqué à son obligation de prévention et de sécurité prévue par la loi.

#### **5. Sur les mesures de rétorsion subies par Madame O suite à sa dénonciation des faits de harcèlement et de discrimination :**

173. En droit de l'Union européenne, la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 prévoit, dans son article 24 : « *Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires prévues par la législation et/ou les pratiques nationales, pour protéger les travailleurs, y compris leurs représentants, contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement* ».
174. En droit interne, ces dispositions ont été transposées par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 qui prévoit, dans son article 3 : « *Aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait* ».
175. Dans le même sens, l'article L.1132-3 du code du travail dispose : « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux [articles L.1132-1 et L.1132-2](#) ou pour les avoir relatés* ».
176. Le salarié qui dénonce des faits de discrimination est ainsi protégé contre toute mesure de rétorsion, quand bien même la preuve de la discrimination ne pourrait finalement pas être établie. La seule exception consiste dans l'abus ou la mauvaise foi du salarié dans la dénonciation des faits qu'il appartient à l'employeur de démontrer.
177. En l'espèce, les éléments présentés par Madame O laissent apparaître que concomitamment à sa dénonciation des faits de discrimination et de harcèlement, certaines mesures défavorables ont été prises à son encontre<sup>57</sup>.
178. Contrairement aux autres années depuis son embauche et à compter d'octobre 2014, elle n'a plus perçu sa prime de quota mensuelle – en dernier lieu d'un montant de 300 euros brut – ni sa prime de résultat 2014 au titre de l'intéressement d'un montant de 1 400 euros brut versée en juin 2015 à l'ensemble des salariés de la société<sup>58</sup>.
179. Il semble également qu'elle ait été privée de 5 jours de RTT au mois de janvier 2015 et que son solde de congés payés a été modifié entre les mois de juin et novembre 2015<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Les demandes portaient sur les années 2012-2016

<sup>56</sup> Auditions de Monsieur F et de l gestionnaire de paie

<sup>57</sup> Contrat à durée indéterminée et bulletins de paie de Madame O

<sup>58</sup> Cf. bulletins de paie de la réclamante et courriel d'un collègue produit par la réclamante

<sup>59</sup> Cf. bulletins de paie de la réclamante, courrier du 3 avril 2015 de la réclamante à Monsieur B

180. Enfin, il ressort de l'enquête qu'elle s'est vue prélever une partie de son salaire au titre de tickets restaurant dont elle n'aurait pas bénéficié (prélèvement de 116 euros sur ses bulletins de paie de septembre et octobre 2014).
181. Par courriers du 3 avril et du 5 novembre 2015, elle sollicite la régularisation de ses congés.
182. Par courrier du 10 février 2016, elle met en demeure son employeur de régulariser sa situation. Par courrier du 26 février 2016, l'employeur lui répond qu'il appartiendra à la juridiction prud'homale saisie de se prononcer.
183. Par courrier du 8 avril 2016, l'inspection du travail intervient auprès de l'employeur et lui demande de donner suite aux demandes de Madame O. En réponse, la société fait valoir qu'elle a régularisé le solde erroné de congés payés, que le paiement des primes invoquées est lié à la présence des salariés dans l'entreprise et qu'aucun remboursement n'est dû à la salariée concernant les tickets restaurant. Elle explique que les tickets prélevés sur les bulletins de paie de septembre et octobre 2014 ont été respectivement remis fin août et fin septembre 2014 et que la réclamante a dû faire une confusion en raison de ce décalage.
184. Dans ses conclusions, l'avocate de la réclamante conteste la régularisation invoquée, fait valoir que l'article 5 du contrat de travail de la réclamante ne lie pas la perception des primes à sa présence dans l'entreprise et que Madame O avait déjà perçu de telles primes lors d'absences pour maladie antérieures – janvier, juillet, octobre, novembre 2013 et mars 2014 – ce que confirment les bulletins de paie de la réclamante.
185. Concernant le remboursement du salaire indûment prélevé au titre des tickets-restaurant, il appartient à l'employeur de justifier de la remise de ces tickets à la salariée.
186. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que Madame O a fait l'objet de mesures de rétorsion suite à sa dénonciation des faits de discrimination et de harcèlement au sein de l'entreprise.
187. Corroborés par les éléments relevés plus haut, il semble ainsi que la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail de Madame O apparaît justifiée.

**B. À titre subsidiaire, sur la nullité du licenciement de Madame O :**

188. Le licenciement de Madame O fait suite au prononcé de son inaptitude par le médecin du travail qui a précisé dans son avis qu'aucun reclassement de la salariée n'était envisageable au sein de l'entreprise.
189. Depuis la loi travail n°2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur est dispensé de procéder à des recherches de reclassement lorsque le médecin du travail mentionne expressément dans son avis que « *tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi* ». <sup>60</sup>
190. Il convient de souligner que la dégradation de son état de santé et le prononcé de l'inaptitude de Madame O apparaissent en lien avec le contexte de harcèlement dénoncé et l'environnement discriminatoire relevés plus haut. En attestent les certificats médicaux et les arrêts de travail produits par la réclamante et concomitants aux faits dénoncés, faisant état d'une dégradation de son état de santé continue jusqu'au prononcé de son inaptitude par le médecin du travail.
191. La Cour de cassation est venue préciser qu'encourt la nullité, par application des articles L.1152-3 et L.1152-4 du code du travail, le licenciement faisant suite au prononcé de

---

<sup>60</sup> art. L.1226-2-1 et L.1226-12, alinéas 2 du code du travail : la procédure d'inaptitude d'origine non professionnelle a été alignée sur la procédure d'inaptitude d'origine professionnelle

l'inaptitude d'un salarié, lorsque l'inaptitude est la conséquence d'un harcèlement moral ou sexuel<sup>61</sup>. Il en va de même en matière de discrimination, conformément aux dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.

192. Par ailleurs, le Défenseur des droits relève que le médecin du travail a déclaré Madame O inapte à son poste avec impossibilité de « *tout reclassement dans l'entreprise* » et non « *dans son emploi* ». De ce fait, il semble que l'employeur n'était pas dispensé de procéder à une recherche de reclassement au sein du groupe auquel appartient la société Z. Depuis l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, entrée en vigueur le 24 septembre 2017 et applicable en l'espèce, le périmètre de la recherche de reclassement est limité au territoire national<sup>62</sup>.
193. Selon la jurisprudence, la recherche de reclassement doit être faite dans l'ensemble du groupe auquel appartient l'entreprise<sup>63</sup>, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la mutation de tout ou partie du personnel<sup>64</sup>, quand bien même les activités des entreprises concernées seraient différentes ou quand bien même leur existence juridique serait distincte<sup>65</sup>.
194. Aux termes de l'article L.1226-2 du code du travail<sup>66</sup>, l'employeur est tenu de proposer au salarié déclaré inapte un autre emploi approprié à ses capacités. Cet emploi doit être aussi comparable que possible à celui précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail. La proposition faite par l'employeur doit prendre en compte les conclusions écrites du médecin du travail.
195. De manière plus générale, l'article L.4624-1 du même code fait obligation à l'employeur de prendre en compte l'avis du médecin du travail : « *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. Le chef d'entreprise 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* ».
196. Compte tenu de la jurisprudence applicable, l'employeur est tenu d'explorer effectivement toutes les pistes pour reclasser le salarié reconnu inapte. À défaut, il lui revient d'apporter la preuve que le reclassement est impossible<sup>67</sup>. En tout état de cause, il lui appartient de prouver la réalité et le sérieux de sa recherche de reclassement<sup>68</sup>.
197. Le Défenseur des droits considère qu'en l'absence de recherches de reclassement suffisamment sérieuses permettant de maintenir le salarié dans son emploi, le licenciement de ce dernier n'apparaît pas objectif, nécessaire et approprié et constitue ainsi une discrimination fondée sur son état de santé au sens des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail<sup>69</sup>.

---

<sup>61</sup> Cass. soc., 3 mars 2009, n°07-44082 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994

<sup>62</sup> Art. L.1226-2 et L.1226-10 du code du travail

<sup>63</sup> Cass. soc., 28 mars 2007, n°06-41068 ; Cass. soc., 15 déc. 2015, n°14-11858

<sup>64</sup> Cass. soc., 30 sept. 2003, n°01-46667

<sup>65</sup> Cass. soc., 15 fév. 2011, n°09-67354

<sup>66</sup> Inaptitude d'origine non professionnelle

<sup>67</sup> Cass. soc., 30 juin 1988, n°86-40677 ; 7 juill. 2004, n°02-47686 ; 9 juill. 2008, n°07-41318

<sup>68</sup> Cass., soc., 28 oct. 2009, n°08-44253

<sup>69</sup> L'article L.1133-3 du code du travail prévoit que « *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* ».

198. C'est ce qu'a retenu la Cour d'appel de Toulouse, par un arrêt du 26 janvier 2018, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations. Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation<sup>70</sup>.
199. Le Défenseur des droits ainsi considère que le licenciement de Madame O faisant suite au prononcé de son inaptitude par le médecin du travail encourt la nullité car il s'inscrit dans le contexte de harcèlement et de discrimination relevé plus haut et car l'employeur n'a pas procédé à des recherches de reclassement au sein du groupe propriétaire de la société Z, ce qui aurait pu permettre de maintenir la salariée dans un emploi.
200. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance de la formation de jugement.

Jacques TOUBON

---

<sup>70</sup> Déc. DDD n°2014-135, 3 nov. 2014 ; Déc. DDD n°2015-214, 8 sept. 2015 ; Cass. soc., 8 fév. 2017, n°15-14885 ; Déc. DDD n°2017-240, 27 juill. 2017 ; CA renvoi Toulouse, 26 janv. 2018, n°17/01861 ; Déc. DDD n°2018-320, 21 déc. 2018 ; Cass. soc., 4 sept. 2019, n°18-14343 (rejet des pourvois formés contre l'arrêt d'appel)