

Paris, le 26 août 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-156

La Défenseure 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 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 ;

Vu la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 ;

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 relative au harcèlement sexuel ;

Vu le code du travail ;

Saisie d'une réclamation de Madame X relative à des agissements de son supérieur hiérarchique, président de la société Y, qu'elle estime constitutifs d'un harcèlement sexuel,

- Constate l'existence d'un harcèlement discriminatoire lié au sexe et à l'âge de la part de Monsieur Z, imputable à la société Y, en sa qualité d'employeur ;
- Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de A.

Claire HÉDON

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

1. Madame X a saisi le Défenseur des droits, le 3 septembre 2019, par l'intermédiaire de son conseil, Maître B, d'une réclamation relative à des agissements de son supérieur hiérarchique, Monsieur Louis Z, président de la société Y, qu'elle estime constitutifs d'un harcèlement lié à l'âge et/ou au sexe.

I. RAPPEL DES FAITS :

2. Monsieur Z, en situation de handicap, décide de créer sa propre société de services à la personne en 2015, la société Y, dont l'activité consiste à apporter une aide à domicile dans les gestes de la vie quotidienne aux personnes dépendantes en recrutant des professionnels qualifiés.
3. C'est dans ce contexte que Madame X est embauchée en contrat à durée indéterminée, en qualité de chargée de développement, par la société Y, le 7 mars 2016. Elle est placée sous la subordination directe de Monsieur Z.
4. Madame X, âgée de 53 ans au moment de son embauche, s'investit pleinement dans l'exercice de ses fonctions, ce qui lui vaut les encouragements et félicitations régulières de son supérieur, Monsieur Z, qui la qualifie d'ailleurs de « *bras droit* ».
5. Rapidement après son embauche, elle signe un avenant élargissant ses missions à des tâches d'assistante de direction, de secrétariat, de ressources humaines et de comptabilité. Elle est présentée, en avril 2017, sur le site internet de la société Y comme directrice du développement. En dernier lieu et par avenant du 1^{er} décembre 2018, elle est directrice commerciale.
6. Il convient de préciser qu'en plus de ses missions strictement professionnelles, Madame X indique assurer des tâches de chauffeur et d'auxiliaire de vie pour Monsieur Z en raison de la situation de handicap de ce dernier et que des relations de travail mêlant ainsi sphère professionnelle et personnelle se seraient instaurées entre eux.
7. Peu à peu, de multiples écarts de langage, une familiarité excessive, des remarques particulièrement vexatoires, des propos à connotation sexuelle ou déplacés en raison de son âge et/ou du sexe de Madame X auraient été échangés par messages écrits. La réclamante et la société Y communiquent au Défenseur des droits des dizaines de courriels et SMS établissant la réalité de ces propos.
8. Dans le même temps, Monsieur Z lui adresse régulièrement des courriels la félicitant pour son professionnalisme, la qualité de son travail et son investissement.
9. Elle indique par ailleurs faire face à une surcharge de travail et sa prise de congés lui est reprochée par Monsieur Z.
10. Fin 2017, Madame X est diagnostiquée d'un cancer du côlon. Le 19 décembre 2017, jour de son opération, il lui adresse un courriel en ces termes « *vous êtes increvable, bon dieu* ».
11. En 2018, Monsieur Z aurait décidé d'embaucher une équipe plus jeune et Madame X aurait eu le sentiment d'être poussée à partir, son supérieur se montrant de plus en plus irrespectueux et grossier envers elle, la jugeant trop âgée pour continuer à l'aider au développement de sa société de services.

12. À cette période, il aurait multiplié les comportements humiliants à son égard, notamment en lien avec son âge et sa sexualité. Madame X lui adresse quant à elle des remarques peu élogieuses faisant référence à sa corpulence et son absence d'activité physique.
13. Le 1^{er} décembre 2018, un avenant au contrat de travail est conclu, attribuant à la réclamante des fonctions de développement et suivi commercial, de suivi administratif, de comptabilité et de recouvrement avec de nouveaux objectifs à atteindre.
14. Une rupture conventionnelle lui est proposée le 3 décembre 2018, ce qu'elle refuse.
15. Le 21 février 2019, elle dépose une main courante auprès du commissariat du 7^{ème} arrondissement de A, sur les conseils de l'inspection du travail, relatant les insultes et autres reproches dont elle aurait été victime de la part de Monsieur Z.
16. Le 22 février 2019, Madame X signale à Monsieur Z avoir atteint ses objectifs. Le même jour, il la convoque à un entretien préalable à licenciement, fixé au 4 mars 2019.
17. Avant même de se voir notifier son licenciement, elle reçoit des courriels de clients se désolant de son départ de la société.
18. Le 25 février 2019, elle est arrêtée par son médecin psychiatre pour dépression sévère, insomnies, et idées suicidaires.
19. Le 4 mars 2019, lors de son entretien préalable au licenciement, pour lequel elle est assistée de Monsieur C, conseiller du salarié, Monsieur Z lui reproche une « *attitude inappropriée* » avec son équipe, des mensonges sur les résultats commerciaux, une « *incompétence* » et des erreurs. Selon Monsieur C, il aurait néanmoins reconnu oralement que le licenciement serait guidé par une volonté de réorganiser sa société.
20. Le 5 mars 2019, Madame X adresse un courrier à Monsieur Z faisant état du harcèlement qu'elle aurait subi de sa part. Elle indique « *prendre enfin la mesure de son aveuglement, de sa naïveté et de toute la souffrance morale accumulée jour après jour* ». Elle précise « *j'avais tellement peur de perdre mon emploi. C'est la raison pour laquelle j'ai laissé cette relation extrêmement perverse que vous avez construite s'installer entre nous, à travers laquelle vous réussissiez un peu plus chaque jour à me persuader que je n'en faisais jamais assez pour mériter mon salaire* ».
21. Elle relate un long processus mis en place par son supérieur hiérarchique, qu'elle qualifie de harcèlement, et duquel elle dit enfin « *s'être libérée* ». Elle explique qu'il aurait cherché à la contrôler, à l'accabler de reproches puis de félicitations, à empiéter sur sa vie personnelle et à livrer son intimité en lui demandant de le conduire à ses déplacements, de l'aider à aller aux toilettes, de faire le ménage au sein de l'agence ou encore de partager une chambre d'hôtel avec lui pour faire des économies. Elle indique avoir été corvéable à merci, à toute heure du jour et de la nuit, les week-ends, les jours fériés et les vacances. Elle conclut en dénonçant les conséquences dramatiques de son licenciement, étant âgée de 57 ans.
22. Le 8 mars 2019, Madame X est licenciée pour faute, avec dispense d'effectuer son préavis, au motif de diverses négligences professionnelles et d'« *un comportement totalement inapproprié et inacceptable* » envers d'autres collègues, que Madame X aurait humiliés et injuriés. La lettre mentionne également son « *irrespect* » envers Monsieur Z.
23. Par courrier du 29 mars 2019, Monsieur Z lui répond en réfutant ses allégations.

24. Le 9 août 2019, elle saisit le conseil de prud'hommes de A pour voir reconnaître la discrimination et le harcèlement dont elle aurait été victime. L'audience de jugement est fixée au 14 septembre 2020.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

25. Le 3 février 2020, au vu des éléments communiqués par la réclamante et en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, une note récapitulant les raisons pour lesquelles le Défenseur des droits pourrait retenir l'existence d'un harcèlement discriminatoire est adressée à la société Y.

26. Le 5 mars 2020, la société Y répond à la note récapitulative et transmet de nouvelles pièces au Défenseur des droits, visant à montrer que le comportement de Monsieur Z aurait été accepté, voire appuyé par Madame X.

III. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

➤ Rappels généraux relatifs au harcèlement

27. L'Organisation internationale du travail (OIT) définit la notion de harcèlement en 1998 comme un comportement consistant « à *rabaisser l'autre en utilisant des moyens vindicatifs, cruels, malicieux ou humiliants à l'encontre d'une personne*¹ ».

28. Marie-France HIRIGOYEN, psychiatre et psychanalyste, dans son ouvrage « *le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien* », retient une définition du harcèlement qui tient compte des conséquences des agissements sur la personne ciblée, et se caractérise par une conduite abusive (geste, parole, comportement, attitude...) qui porte atteinte par sa répétition ou sa systématisation, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychique d'un salarié mettant en péril son emploi ou dégradant son climat de travail².

29. Depuis la loi n°2002-73 dite de modernisation sociale du 17 janvier 2002, le harcèlement est défini dans le code du travail à l'article L.1152-1, qui dispose « *qu'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

30. Le législateur choisit ainsi de ne pas nommer les agissements de harcèlement laissant aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation et décide de s'intéresser à ses conséquences plus qu'à ses causes et à sa nature.

¹ OIT, « *lorsque le travail devient dangereux* », 1998, page 2

² MF Hirigoyen – « *le harcèlement moral : une violence perverse au quotidien* », 1998, ed.La Découverte et Syros ; « *le harcèlement moral au travail : une violence insidieuse* », Que sais-je ? 2014, ed. Puf

➤ Rappels juridiques relatifs au harcèlement sexuel

31. La Convention du Conseil de l'Europe, dite « d'Istanbul », définit le harcèlement sexuel comme « *toute forme de comportement non désiré, verbal, non-verbal ou physique, à caractère sexuel, ayant pour objet ou pour effet de violer la dignité d'une personne, en particulier lorsque ce comportement crée un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* »³.
32. La Charte sociale européenne élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe, publiée par le décret 2000-110 du 4 février 2000, prévoit en son article 26 que : « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de tous les travailleurs à la protection de leur dignité au travail, les Etats s'engagent, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière de harcèlement sexuel sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements* ».
33. La directive européenne 2006/54/CE 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, donne les définitions suivantes :
- « *le harcèlement se caractérise par 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* » ;
 - « *le harcèlement sexuel correspond à 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* ».
34. Le harcèlement sexuel est considéré en lui-même comme une discrimination en raison du sexe, la directive 2006/54 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, précisant qu'il est nécessairement contraire au principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes.

➤ Rappels relatifs au harcèlement discriminatoire lié à l'âge ou au sexe

35. Le harcèlement moral peut constituer en lui-même une discrimination lorsqu'il est en lien avec un critère interdit par la loi.
36. Plusieurs juridictions ont retenu que le harcèlement pouvait être constitutif d'une discrimination dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations⁴.
37. A ce titre, les directives 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000⁵ et 2006/54 précitée indiquent en leurs articles 2 que le harcèlement est considéré comme une

³ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011, article 40

⁴ Voir notamment Décision Défenseur des droits n°2014-105 et Cour d'appel de Rennes, 10 décembre 2014, n°14/00134 ; Décision Défenseur des droits n°2015-064 et Cour d'appel de Toulouse, 29 janvier 2016, n°14/00360 ; Décision Défenseur des droits n°2015-044 et Cour d'appel de Douai, 29 janvier 2016, n°15/00506 ; Décision Défenseur des droits n°2016-216 et Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 février 2018, n°17/05013 ; Cour d'appel de Nîmes 15 mai 2018, n°16-01772

⁵ **Portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail**

forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1^{er}, lié à l'âge ou au sexe, se manifeste, et 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.

38. L'article 2 de la directive 2006/54 ajoute que le harcèlement sexuel est 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.
39. En droit interne, c'est la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 qui a transposé cette définition du harcèlement dit discriminatoire et sexuel, en son article 1^{er} : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement (...) de son âge (...), de son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. (...) La discrimination inclut 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa 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* ».
40. Le harcèlement discriminatoire fondé sur le sexe et/ou sexuel, tel qu'entendu par la loi du 27 mai 2008, interprété à la lumière des directives 2000/78 et 2006/54, constitue donc une forme de discrimination et fait référence à deux conditions : l'atteinte à la dignité de la personne et la création d'un environnement de travail hostile, dégradant, humiliant et offensant.
41. L'article L.1153-1 du code du travail définissant le harcèlement sexuel reprend ces deux conditions⁶ en termes de conséquences sur la victime, tout comme l'agissement sexiste, introduit dans le code du travail à l'article L.1142-2-1⁷ par la loi n°2015-994 du 17 août 2015.
42. Il résulte ainsi de l'article L 1153-1 du code du travail que le harcèlement sexuel est constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle qui :
- soit portent atteinte à la dignité de la victime en raison de leur caractère dégradant ou humiliant ;
 - soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.
43. De plus, la chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt du 22 septembre 2015 (n°14-11563), a considéré que l'accumulation de micro agressions en lien avec un critère prohibé, créant un environnement hostile portant atteinte à la dignité du salarié, constituait une discrimination.

⁶ Art. L.1153-1 code du travail : « *Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* »

⁷ Art. L.1142-2-1 code du travail : « *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* »

➤ **Répartition de la charge de la preuve en matière de harcèlement discriminatoire lié à l'âge ou au sexe**

44. S'agissant du régime probatoire applicable, l'article L. 1134-1 du code du travail relatif à la charge de la preuve en matière de discrimination et l'article L. 1154-1 relatif au harcèlement sexuel précisent que, lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination ou d'un harcèlement, il appartient à l'employeur, de démontrer que ses décisions et son comportement sont fondés sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination.
45. S'agissant du harcèlement sexuel, la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt du 25 septembre 2019, sur l'argument de l'employeur consistant à justifier les agissements qui lui étaient reprochés par l'attitude qu'aurait adoptée la salariée en l'espèce. Selon la Cour de cassation :
« *Mais attendu qu'ayant constaté, (...) d'une part que la salariée se plaignant de harcèlement sexuel avait répondu aux SMS du salarié, sans que l'on sache lequel d'entre eux avait pris l'initiative d'adresser le premier message ni qu'il soit démontré que ce dernier avait été invité à cesser tout envoi, et qu'elle avait, d'autre part, adopté sur le lieu de travail à l'égard du salarié une attitude très familière de séduction, la cour d'appel, qui a fait ressortir l'absence de toute pression grave ou de toute situation intimidante, hostile ou offensante à l'encontre de la salariée, en a exactement déduit que l'attitude ambiguë de cette dernière qui avait ainsi volontairement participé à un jeu de séduction réciproque excluait que les faits reprochés au salarié puissent être qualifiés de harcèlement sexuel (...)* »⁸.
46. Il ressort de cette jurisprudence que lorsque la salariée s'estimant victime de harcèlement a adopté une « *attitude très familière de séduction* », « *ambiguë* » et a « *volontairement participé à un jeu de séduction réciproque* », la qualification de harcèlement sexuel est écartée. Des arrêts antérieurs avaient déjà retenu cette solution⁹.
47. Toutefois, la Cour de cassation précise expressément que cette solution repose en l'espèce sur « *l'absence de toute pression grave ou de toute situation intimidante, hostile ou offensante à l'encontre de la salariée* ».
48. Ainsi, même lorsque la salariée s'estimant victime de harcèlement a participé aux échanges dont elle se plaint, l'existence d'une pression grave ou d'une situation intimidante, hostile ou offensante permet de retenir la qualification de harcèlement sexuel.
49. Il convient également de relever qu'aux termes du même arrêt, bien que le harcèlement sexuel n'ait pas été retenu en l'espèce, le licenciement pour faute simple du salarié auteur des SMS « *au contenu déplacé et pornographique* » a été validé. Selon la Cour de cassation, ses responsabilités hiérarchiques et l'usage de son téléphone professionnel pour l'envoi de messages écrits entraîne la perte de « *toute autorité et toute crédibilité dans l'exercice de sa fonction de direction* ». Ainsi selon la Cour, « *ces faits se rattachaient à la vie de l'entreprise, pouvaient justifier un licenciement disciplinaire et constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement* ».

⁸ Cass. soc, 25 septembre 2019, n°17-31.171

⁹ Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12.11.787

➤ **Obligation de santé et de sécurité pesant sur l'employeur**

50. Par ailleurs, conformément à l'article L. 4121-1 du code du travail, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.
51. A l'instar du harcèlement moral, il a une obligation de sécurité de moyens renforcée en matière de harcèlement sexuel. En effet, les dispositions de l'article L.1153-5 du Code du travail précisent que « *l'employeur prend toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel* ».

Analyse :

➤ **Éléments de présomption présentés par la réclamante relatifs au harcèlement sexuel**

52. Il ressort des éléments communiqués par Madame X au Défenseur des droits qu'elle a été la cible, entre 2016 et 2018, d'une multitude de remarques de la part de son responsable, laissant présumer l'existence d'un harcèlement discriminatoire fondé sur le sexe.
53. Pendant près de deux ans, des dizaines de courriels et SMS pouvant être qualifiés d'injurieux, grossiers, autoritaires, déplacés, dénigrants et/ou humiliants, certains à caractère sexiste, sexuel, et d'autres en lien avec son âge, lui ont été adressés.
54. À titre d'exemples de propos injurieux et grossiers, Monsieur Z emploie les termes suivants dans ses échanges avec Madame X :
- « *Putain* » (16 décembre 2016), « *je leur pisse dessus* » (19 avril 2017), « *qu'est-ce que vous foutez ?* » (17 juillet 2017), « *vous êtes à l'ouest* » (22 février 2018), « *secouez-le putain* » (26 février 2018), « *faites pas ça comme ça bordel* » (26 février 2018), « *je vais l'étripier, putain* » (SMS 3 avril 2018), « *Laurence, concentrez-vous, on s'en branle* » (10 avril 2018), « *Non, comme un prince (moi) à son singe (vous)* » (18 avril 2018), « *Laurence, fermez-la* » (3 mai 2018), « *vous me cassez les burnes* » (SMS 30 mai 2018), « *où sont les putains de facture Wecasa pour mai bordel ?????* » (28 juin 2018), « *regardez votre putain de téléphone* » (26 juillet 2018), « *j'ai mis exprès ces points alors arrêtez de me faire chier* » (27 juillet 2018), « *TA GUEULE* » (SMS 3 août 2018), « *ne parlez pas la bouche pleine, fermez la bouche quand vous mangez* » (6 août 2018), « *Qu'est-ce que c'est que ces conneries ?* » (11 septembre 2018), « *vous vous foutez de ma gueule* » (6 novembre 2018).
55. De nombreux autres messages revêtent une connotation sexuelle voire pornographique ou ont un caractère ouvertement sexiste et humiliant à l'égard des femmes :
- « *vous pute* » (13 septembre 2018),
« *vous savez ce que signifie CIM (...) Cum in mouth (...) foutre* » (17 septembre 2018),
« *on va pouvoir saigner cette pute de traître A qui va pleurer chez le collabo F* » (16 octobre 2018),
« *Pourquoi vous dites non ? Quand on vous propose une sodo* » (29 janvier 2018),
« *l'ambulance fait « pompez-moi, pompez-moi »* » (11 avril 2018),

« *je vous attends (je suis déjà nu)* » (20 avril 2018),
 « *un biberon plein de foutre pour maman X* » (8 juillet 2018),
 « *vous êtes très catho, très française (...) je vais vous sodo pour vous apprendre la vie* » (SMS 11 juillet 2018),
 « *je vous ferai un baiser de Judas ce soir, vous voulez, c'est une fellation qui se termine sans qu'on soit prévenus, autrement dit quand ça sort, sans qu'on dise à la fille attention ça va sortir* » (11 juillet 2018),
 « *X, bite, suce bite* » (25 juillet 2018),
 « *pas de ça entre nous sinon je vais vraiment vous baiser et vous n'aurez pas besoin d'acheter de la giclette Evian* » (3 août 2018),
 « *me faire pardonner de quoi, de vous exciter, de vous faire vibrer de désir sexuel pour moi, ou plutôt de rêves incestueux* » (5 août 2018),
 « *mon hot dog dans votre cul plein de crème fouettée, un biberon de foutre pour Lolo, (...) on ira jouer de la trompette dans votre boule* » (5 septembre 2018),
 « *votre cul sur ma bite* » (12 septembre 2018),
 « *faut que j'aille voir une pute, pour 250 euros tu la ken une heure dans tous les sens* » (17 septembre 2018),
 « *pipe royale, une technique de fellation surprenante !* » (courriel du 24 septembre 2018),
 « *vous me proposez de « me sucer la bite ». Je vous réponds. D'accord, avec plaisir. A demain* » (4 octobre 2018),
 « *vous sur ma queue* » (9 octobre 2018), « *je vais vous déviander la chatte* » (16 octobre 2018), « *je vous sens chaude* » (18 octobre 2018),
 « *merci jeune catin* » (24 octobre 2018),
 « *elle vous lèche la chatte pour se faire bien voir* » (18 octobre 2018).

56. Monsieur Z envoie en outre des photographies à connotation sexuelle ou pornographique le 12 septembre 2018.

57. Il ressort des conversations écrites que la réclamante travaillait avec son supérieur dans une promiscuité physique permettant à Monsieur Z de lui dicter ses moindres gestes jusqu'aux plus anodins :

« *arrêtez de lire à haute voix* » ; « *X, vos chaussures ! Mettez des baskets ou des talons* » (2 juin 2017), « *mouchez-vous svp* » (29 novembre 2018) ; « *fermez la bouche quand vous mangez* » ; « *évittez de souffler et de parler toute seule comme une folle* » (24 septembre 2018), « *bordel, arrêtez de lire à haute voix ce que vous êtes en train d'écrire* » (16 octobre 2018), « *arrêtez de parler tout haut putain* » (22 octobre 2018).

58. Le Défenseur des droits relève que la majorité de ces échanges a lieu en 2018, soit juste avant la décision de Monsieur Z de rompre le contrat de travail, qui s'est traduite par une proposition de rupture conventionnelle refusée le 3 décembre 2018, par la réclamante, suivie de l'engagement d'une procédure disciplinaire le 22 février 2019.

59. Parallèlement à ce flot de messages, Monsieur Z multiplie les éloges et félicitations sur le travail de la réclamante, et ce jusqu'en 2019, soit peu de temps avant son licenciement :

1^{er} décembre 2016 : « *Bravo pour ces performances. Je sais que vous n'êtes qu'à 1% de votre potentiel (...) on va faire en sorte de corriger cela afin de débrider la machine à tuer (vous) à hauteur* » ;
 9 février 2017 : « *Bravo X. Vous êtes née pour faire du business !* » ;
 21 août 2017 : « *Nous et pas je formons un duo hors du commun* » ;
 2 janvier 2018 : « *Top ! Vous êtes une tueuse X!* » ;

13 janvier 2018 : « *J'admire votre optimisme, votre positivité et votre dynamisme* ».

60. La réclamante indique qu'il « *s'amuse* » en effet de sa crainte de perdre son emploi, en « *soufflant continuellement le chaud et le froid* » pour la maintenir dans un état permanent d'insécurité.
61. Selon Madame X, ces agissements ont eu des conséquences importantes sur sa santé psychique. Le 25 février 2019, elle est arrêtée par son médecin psychiatre pour dépression sévère, insomnies, et idées suicidaires.
62. Au vu de ces éléments, le Défenseur des droits considère que ces messages quasi hebdomadaires ont pu, par leur fréquence et leur durée, créer un sentiment de dévalorisation constante rendant difficilement supportables ses conditions de travail et portant gravement atteinte à la dignité de Madame X, répondant ainsi aux conditions posées pour caractériser des agissements constitutifs de harcèlement discriminatoire lié au sexe.

➤ **Éléments de présomption présentés par la réclamante relatifs au harcèlement discriminatoire lié à l'âge**

63. La réclamante est âgée de 56 ans en 2018.
64. De nombreux échanges sont communiqués au cours desquels Monsieur Z fait référence à son âge, voire à un lien entre son âge et sa sexualité :
- « *parce que vous êtes un peu rouillée mais que vous êtes une bonne brêle qui fonctionne bien* » (SMS 11 juillet 2018),
« *je pense que plus vous prenez de l'âge, plus du coup les femmes que vous fréquentez ont un vagin qui s'agrandit et qui du coup enserme de moins en moins votre teub, du coup moins de sensation du coup on est tentés par la sodo qui permet de retrouver la sensation de serrage. (...) vous pensez quoi de ma théorie ?* » (SMS 1er septembre 2018),
« *je pensais que vous étiez plus résistante ma vieille* » (SMS 16 juillet 2018),
« *vous êtes folle ma vieille* » (SMS 25 juillet 2018),
« *ça fonctionne très bien pour tout le monde sauf pour vous, arrêtez de faire la vieille anti technologie* » (SMS 31 juillet 2018),
« *Maman X* » (SMS 3 août 2018),
« *sale vieille* » (SMS 4 septembre 2018),
« *allez-vous coucher, il est tard ma vieille* » (SMS 5 septembre 2018),
« *arrêtez de lire tout haut vos mails, ça fait mamie* » (16 octobre 2018).
65. S'agissant de la mesure de licenciement, Madame X fait valoir que la décision de Monsieur Z de rompre son contrat de travail serait en réalité liée à sa volonté de réorganiser sa société et de recruter une équipe plus jeune.
66. Le compte-rendu d'entretien préalable au licenciement, rédigé par Monsieur C, conseiller du salarié, indique « *Monsieur Z a reconnu que le licenciement (...) s'inscrivait dans une volonté de sa part de changer d'organisation* ».

67. Alors même que son licenciement ne lui est pas notifié, les clients de la société sont déjà avertis de son départ, et lui adressent des courriels de remerciement, donnant un caractère vexatoire à la rupture.
68. Madame X aurait d'ailleurs été remplacée dès son départ de l'entreprise par un salarié plus jeune, Monsieur D, en qualité de directeur commercial.
69. Pour le Défenseur des droits, l'accumulation de propos malveillants et injurieux liés à l'âge de la réclamante lors de la relation contractuelle, peu avant une proposition de rupture conventionnelle et l'engagement d'une procédure disciplinaire, constitue un élément laissant présumer la prise en compte de l'âge de la réclamante dans la décision de la licencier.
70. La Cour de cassation réitère régulièrement que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée¹⁰.
71. Pour le Défenseur des droits, ces éléments, pris dans leur ensemble, constituent des indices laissant supposer que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en lien avec son sexe et son âge.

➤ **S'agissant des explications fournies par la société Y**

72. Par courrier du 5 mars 2020 adressé au Défenseur des droits, la société Y ne conteste pas les propos tenus par Monsieur Z mais produit d'autres messages écrits, envoyés par la réclamante, et dans lesquels celle-ci se place dans le même registre que celui reproché à son responsable.
73. La société Y en déduit que le comportement de Monsieur Z ne peut constituer un harcèlement sexuel, dès lors que Madame X aurait « *partagé, voire appuyé* », ce mode de communication (i).
74. La société soutient également que le licenciement notifié le 8 mars 2019 reposerait sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination liée à l'âge (ii).

(i) Sur l'attitude adoptée par Madame X et ses conséquences sur la qualification de harcèlement sexuel

75. Dans son courrier du 5 mars 2020, Monsieur Z explique au Défenseur des droits qu'il entretenait des « *liens d'amitié* » avec la réclamante, dans un contexte de « *franche camaraderie (...) pouvant entraîner des propos parfois grivois* ». Il souligne toutefois qu'il s'agissait d'une situation que Madame X aurait « *elle-même entretenue volontairement et consciemment* » et d'un « *mode de communication qui était le nôtre à l'époque des faits et qui était partagé voire même appuyé par Mme X* ».

¹⁰ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792

76. Il ressort en effet des pièces transmises au Défenseur des droits que la réclamante a usé de termes pouvant être qualifiés de déplacés, voire d'injurieux et/ou à connotation sexuelle, à l'égard de Monsieur Z :

- 28 mai 2018 : « *je ne trouve plus de doigt d'honneur dans les émoticônes* » ;
- 24 septembre 2018 : « *c'est vous le foutraque* » ;
- 4 octobre 2018 : « *je vous aime Louis* » ;
- 18 septembre 2018 : « *faites plaisir à votre petite protégée* » ;
- 19 septembre 2018 : « *mon cher gros lard* » ; « *mon tout gros* » ;
- 23 novembre 2018 : « *on va finir par se monter dessus Louis* » ;
- 14 novembre 2018 : « *je vous ferai enfin passer à la casserole* » ; « *j'irai vous subtiliser votre maillot de bain une fois que vous serez dans votre piscine du sud et puis je la viderai* » ;
- 16 octobre 2018 : « *vous à plat ventre* » ;
- 22 février 2018 : émoticône « doigt d'honneur ». Lui : « *ca fait chaud au cœur lorsque vous vous inclinez* » ; Elle : « *bien bas* ».
- 13 janvier 2018 : « *me permettez-vous d'user d'une métaphore entre Louis XIV et sa favorite ?* »
- 16 octobre 2018 : « *à chaque coup de pédale, je penserai à votre tête* »
- 8 novembre 2018 : « *allez donc vs faire voir un peu* » ; « *allez vous faire foutre* »
- 5. octobre 2018 : « *bordel, vous sortez ?* »
- 4. octobre 2018 : « *c'est un gros enculé* »
- 6 novembre 2018 : « *vous ne faites pas la couille molle (...)* »
- 5 octobre 2018 : « *elle est très bien votre main qui mime le trou du cul* » / « *vous vous foutez de ma gueule ?* » ; « *vous vous foutez de moi ?* » ;
- 15 octobre 2018 : « *fumier* » ; « *(...) en me chaint régulièrement dans les bottes afin de ruiner mon autorité* » ;
- 4 octobre 2018 : « *il faut les niker mais pas comme ca* » « *si vs me faites attendre, je défonce votre putain de porte* » ;
- 25 septembre 2018 : « *je vais vous y trainer par les couilles à la piscine* » ;
- 18 septembre 2018 : « *je ne suis pas fourbe et je vous emmerde* » ;
- 19 septembre 2018 : émoticône « cœur » ;
- 8 novembre 2018 : « *vous commencez sérieusement à me brouter avec votre sale esprit torve* » ;
- 17 septembre 2018 : « *bougez vous votre gros cul Louis* » ;
- 24 octobre 2018 : « *faites bien le régime avant afin de ne pas accumuler (...) ou autrement dit plus spartiatement : bougez votre trou du cul* » ;
- 24 septembre 2018 : « *c'est vous le foutraque* » ;
- 13 septembre 2017 : « *il reste encore dans votre style (...) l'esprit du petit garçon qui s'adresse à la grande dame* »
- 26 août 2018 : « *je déteste rester fachée avec vous <3* »
- 03 août 2018 : « *ça n'a jamais été professionnel entre nous* ».

77. La société Y s'appuie sur l'arrêt précité de la Cour de cassation du 25 septembre 2019, ayant rejeté la qualification de harcèlement sexuel en raison de l'attitude ambiguë adoptée par la salariée en l'espèce.

78. L'employeur soutient ainsi qu'en participant aux échanges de messages à caractère grossier et/ou sexuel, Madame X aurait consenti au traitement infligé par son supérieur hiérarchique et ne pourrait se prévaloir d'un harcèlement sexuel.

79. Or, comme précédemment relevé, dans l'arrêt du 25 septembre 2019 précité, la Cour de cassation précise expressément que les agissements de l'employeur peuvent être qualifiés de harcèlement sexuel lorsqu'est constatée l'existence d'une « *pression* »

grave » ou « de toute situation intimidante, hostile ou offensante à l'encontre de la salariée ».

80. À cet égard, le Défenseur des droits considère que le ton et le vocabulaire employés par Monsieur Z ont indéniablement un caractère intimidant, hostile ou offensant.
81. En outre, Madame X a fait part à Monsieur Z, à plusieurs reprises, de son malaise, tentant de poser certaines limites à ses propos ou à l'usage abusif de son pouvoir de direction :
- 25 juillet 2018 : « *Vous laissez ma vie privée de côté. Je n'apprécie pas du tout vos menaces d'ingérence* » ; « *Je n'apprécie pas du tout et cela me déçoit une nouvelle fois* » ; « *Cela n'a rien à voir, nous sommes dans la sphère professionnelle* » ;
- 5 avril 2018 : « *Vous passez très rapidement du chaud au froid et vous n'êtes pas toujours juste* » ;
- 15 octobre 2018 : « *je vous présente mes excuses pour quelque chose que je n'ai pas fait, mais comme vous êtes mon patron, que vous me faites du chantage et que je n'ai pas le choix, je vous les présente à nouveau* ».
82. De surcroît, le Défenseur des droits ne peut que constater que Monsieur Z avait parfaitement conscience du caractère inapproprié de ses agissements, qu'il revendiquait ouvertement. Le 16 juillet 2018, il écrit à Madame X : « *je suis machiavélique, calculateur, distant, froid, égoïste, j'alterne le chaud et le froid, pour mieux manipuler mes proies* ». Le 5 avril 2018, il déclare : « *je suis pervers narcissique* ».
83. Dans le cadre de sa réponse au Défenseur des droits du 5 mars 2020, Monsieur Z reconnaît également le caractère inadapté de ses propos. Il évoque en effet des « *messages (...) extrêmement grivois et déplacés dans un contexte professionnel* » et un « *esprit carabin fort peu adapté, je le reconnais désormais, aux relations professionnelles* »
84. Les échanges écrits transmis au Défenseur des droits confirment par ailleurs que Monsieur Z donnait pour instruction à Madame X de l'aider à se rendre aux toilettes, ce qui ne relevait aucunement de ses fonctions. Le 17 octobre 2018, il déclare : « *Je vais me pisser dessus. Je pensais que vous étiez là* ». Le 25 juillet 2018, il évoque « *la pisse du patron* ». Le 25 août 2018, la réclamante affirme que « *la pisse du roi fait encore partie de mes attributions* ».
85. A cet égard, la Cour de cassation a jugé que le salarié indûment tenu de réaliser des tâches subalternes, telles que passer la serpillière, intervenir dans les sanitaires ou ramasser les mégots de cigarettes, et qui était par ailleurs la cible d'injures, était victime de harcèlement¹¹.
86. Le Défenseur des droits déduit des conversations écrites précitées que Monsieur Z exigeait que Madame X l'assiste dans un domaine relevant de la sphère intime.

¹¹ Cass. soc., 20 octobre 2011, n°10-15623

87. Le Défenseur des droits considère, au vu de l'ensemble de ce qui précède, que la multiplication de messages écrits injurieux, déplacés, humiliants, à caractère sexiste et sexuel, la surveillance des faits et gestes de la réclamante et sa participation à des tâches relevant de la vie personnelle et intime de son responsable, ont créé une situation intimidante, hostile ou offensante à l'encontre de la salariée.
88. Dès lors, le fait que la réclamante ait elle-même employé certains termes du même registre ne permet pas d'écarter la qualification de harcèlement sexuel.
89. La gravité des faits, leur régularité dans le temps, les tentatives d'opposition de la salariée et le caractère transgressif largement assumé par la président de la société Y indiquent que Madame X se trouvait, malgré les apparences, dans une situation de faiblesse.
90. Le Défenseur des droits rappelle que la conclusion du contrat de travail place le salarié dans une situation de subordination, voire de dépendance économique, justifiant qu'en présence d'une situation entretenue par l'employeur, comme l'admet Monsieur Z, il incombe juridiquement à l'employeur, et non au salarié, d'en assumer la responsabilité et le cas échéant de faire cesser la situation.
91. S'agissant de Madame X, ce déséquilibre inhérent à la relation de travail est d'autant plus flagrant que l'employeur a *de facto* fait usage de son pouvoir disciplinaire pour mettre fin au contrat de travail le 8 mars 2019.
92. Enfin, le Défenseur des droits rappelle que l'employeur est garant de la santé et de la sécurité des salariés. Cette obligation de moyens est renforcée en matière de harcèlement moral et sexuel. Il revenait donc à Monsieur Z de prévenir les agissements de harcèlement discriminatoire dans la société qu'il dirige.

(ii) Sur les motifs de licenciement étrangers à toute discrimination

93. Dans sa réponse au Défenseur des droits du 5 mars 2020, la société Y explique que Madame X aurait modifié son comportement à compter de sa promotion de décembre 2018 et aurait adopté une attitude de défiance, d'insubordination, d'agressivité, ainsi qu'un management déviant à l'égard de ses subordonnés.
94. Dès le 11 novembre 2018, Monsieur Z formule des reproches à son encontre : « *vous refusez de suivre mes directives, vous interprétez négativement la moindre remarque (...) vous êtes à la limite du manque de respect et de l'arrogance* ».
95. Le 8 mars 2019, une mesure de licenciement pour faute, avec dispense d'effectuer son préavis, lui est notifiée, au motif de diverses négligences professionnelles et d'« *un comportement totalement inapproprié et inacceptable* » envers d'autres collègues, que Madame X aurait humiliés et injuriés. La lettre mentionne également son « *irrespect* » envers Monsieur Z.

96. S'agissant des négligences professionnelles décrites dans la lettre de licenciement, la société Y ne démontre pas leur matérialité. Au contraire, le travail fourni par Madame X a été fréquemment loué par Monsieur Z.
97. Madame X fait quant à elle valoir avoir subi une surcharge importante de travail suite à la fixation de ses objectifs en décembre 2018. Il ressort en effet des éléments du dossier que la réclamante s'est plaint, à plusieurs reprises, d'une charge excessive de travail. En outre, Monsieur Z n'hésitait pas à lui demander d'annuler la prise de ses congés payés au dernier moment. Ainsi, le 8 août 2018, il écrit : « *Annulez vos vacances. Je vous rembourse le billet, vous ne partez plus* ».
98. S'agissant du comportement de Madame X avec ses équipes, la société mise en cause produit plusieurs attestations de salariés placés sous sa responsabilité se plaignant de son attitude et du stress qu'elle aurait généré.
99. Il ressort toutefois des pièces du dossier que Monsieur Z n'hésite pas à demander à ses salariés de rédiger des attestations sur l'honneur en leur dictant le contenu. Ainsi, par courriel du 24 juin 2018, il demande à la réclamante d'attester contre une tierce personne et rédige lui-même le contenu précis de l'attestation. Cette pratique laisse par conséquent subsister un doute sérieux sur la fiabilité des attestations qu'il a transmises dans le cadre de l'instruction du Défenseur des droits.
100. Au vu des relations entretenues entre ces deux personnes, le Défenseur des droits s'étonne que l'« *irrespect* » de Madame X envers Monsieur Z soit énoncé comme motif de licenciement.
101. Dès lors, le licenciement pour faute, faisant suite à la signature d'un avenant au contrat de travail lui donnant une charge de travail supplémentaire, et à une proposition de rupture conventionnelle, rend compte d'une stratégie mise en place pour évincer la réclamante dans le prolongement d'un contexte professionnel harcelant.
102. Pour le Défenseur des droits, la société Y ne démontre pas que le licenciement repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination liée à l'âge de la réclamante.
103. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que Madame X a été victime d'agissements de harcèlement discriminatoire en lien avec son sexe et son âge de la part de Monsieur Z, imputables à la société Y.
104. Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance du conseil de prud'hommes de A et souhaite soumettre à l'appréciation de la juridiction de jugement.

Claire HÉDON