

Paris, le 19 novembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-223

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 subis dans le cadre de son emploi, suivis d'un licenciement, qu'elle estime constitutifs d'un harcèlement sexuel,

- Constate que Madame X a subi un harcèlement discriminatoire lié au sexe dans le cadre de son emploi ;
- Constate que le licenciement est fondé sur ses absences et encourt la nullité ;
- Constate que la société Y a manqué à son obligation de santé et de sécurité ;
- Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z.

Claire HÉDON

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

1. Le 14 février 2017, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à des agissements subis dans le cadre de son emploi, suivis d'un licenciement, qu'elle estime constitutifs d'un harcèlement sexuel.

Rappel des faits et de la procédure

2. Le 7 décembre 2015, la réclamante est embauchée sous contrat à durée indéterminée en qualité de chef de produits par la société Y.
3. Quelques années auparavant, entre 2009 et 2010, elle effectue un stage au sein de l'entreprise, ainsi qu'une mission d'intérim et un contrat à durée déterminée de six mois. Elle a travaillé ensuite pour d'autres employeurs dans le domaine de l'électronique, entre 2010 et 2015.
4. Au sein de Y, la réclamante est affectée à la gamme de produits télévisuels.
5. Elle indique avoir atteint ses objectifs professionnels dès le premier trimestre 2016. La société Y considère en revanche que la qualité de son travail était insatisfaisante et, par courriel du 30 mars 2016, sa responsable, Madame A, chef marketing ventes, demande un renouvellement de sa période d'essai. Toutefois, le délai légal étant expiré, le contrat de travail se poursuit. Des primes sur objectifs lui sont versées, la société Y expliquant toutefois qu'il s'agirait de primes sur objectifs collectifs.
6. La société dispose d'un « *Plan de prévention des situations de violence et/ou de harcèlement au travail* », communiqué à l'embauche, qui identifie le sexe comme un facteur de risque de harcèlement et prévoit des mesures en cas de plainte (médiation, suivi psychologique...). Une « hotline » est disponible, et un sondage réalisé en 2016 par un cabinet externe a conclu à la satisfaction des salariés en matière d'égalité de traitement entre les sexes.
7. Madame X indique que dès janvier 2016, elle aurait été la cible de propos à caractère sexiste et sexuel de la part de collègues et de responsables de sexe masculin. Monsieur B, responsable de l'équipe de ventes, lui aurait déclaré « *Pourquoi ne vas-tu pas travailler chez XY, dans la mode ou les cosmétiques ?* ». Monsieur C, commercial, l'aurait insultée de « *sale pute* », en présence de son stagiaire. La semaine du 7 avril 2016, alors que sa période d'essai est validée, Monsieur D, commercial, lui aurait déclaré « *t'es une fille tout à fait compétente en tant que chef produit mais pas pour Y* » et « *on aurait voulu un mec à ta place* ».
8. Le 22 avril 2016, elle aurait alerté oralement Madame A sur le comportement de Monsieur D, ce que Madame A conteste. En juin 2016, elle aurait également évoqué oralement avec Monsieur E, responsable du service électroménager, sa situation conflictuelle avec les commerciaux.
9. Lors de l'évaluation de Madame X du 27 juin 2016, une note de 2.1/5 lui est attribuée, correspondant à la catégorie « *faible à bonne performance* ». Les commentaires de Madame A sont néanmoins plutôt positifs.

10. Madame X indique qu'en août 2016, Monsieur B aurait touché sa cuisse en déclarant « *c'est du bon cuissot, ça* ». Par SMS, un collègue témoin de ces faits refuse de rédiger une attestation, craignant de « *se mettre à dos* » ses responsables.
11. Par courriel du 30 août 2016 adressé à la réclamante, Madame F, directrice des ressources humaines, fait état de « *lacunes* » constatées dans son « *niveau de connaissance du marché et des produits* » et dans sa « *compréhension du business* ». Il en résulterait un « *manque de proactivité* » et « *une implication terrain insuffisante* ».
12. À compter du 1^{er} septembre 2016, la réclamante est affectée à une gamme de produits différente : le « *XX* ». Madame X indique avoir accepté ce changement, pour ne plus subir « *les réflexions, les railleries et les insultes* ».
13. Lors d'un séminaire des 13 et 14 septembre 2016, Monsieur G, directeur des ventes réseau, se serait tenu derrière elle, alors qu'elle se penchait, pour « *simuler un acte sexuel* » dans son dos, devant les salariés présents. Madame H, responsable ressources humaines, également présente, l'aurait alors brièvement repris à l'ordre.
14. Le 15 septembre 2016, lors d'une formation, Monsieur B l'aurait « *humiliée* » en déclarant devant l'ensemble des salariés présents qu'elle « *s'est faite larguer, elle n'a plus de mec, elle est toute seule* ». Le lendemain, Madame X ne se présente pas pour terminer la formation.
15. Elle est placée en arrêt de travail pour maladie par son médecin généraliste à compter du 16 septembre 2016.
16. Par courriel du 17 septembre 2016, elle informe Monsieur E de son arrêt de travail et affirme avoir « *subi trop de fois des railleries et critiques sur [son] travail, [ses] compétences et [sa] vie personnelle, qui rendent [son] retour impossible.* »
17. Le 21 septembre 2016, Madame X dépose une main courante au commissariat de I, pour harcèlement sur le lieu de travail.
18. Elle consulte le médecin du travail le 5 octobre 2016, qui mentionne dans son compte-rendu des difficultés rapportées par Madame X avec ses collègues et responsables, liées à « *son physique* ».
19. Par courrier du 25 octobre 2016 adressé au CHSCT de l'entreprise, Madame X signale des agissements « *sexistes* » et « *dégradants* » de la part de Messieurs B, D, G et C. Elle précise avoir été atteinte dans sa dignité, soutient que son avenir dans l'entreprise serait compromis, et demande au CHSCT de signaler ces faits à la direction.
20. Une enquête interne est alors engagée et par courrier du 8 novembre 2016, Madame F informe la réclamante que les quatre salariés qu'elle a mis en cause, ainsi que des témoins, ont été auditionnés en présence de représentants du personnel. Les comptes rendus d'entretiens ont été transmis par la société Y au Défenseur des droits.

21. Lors de son entretien, Monsieur B, a indiqué que son commentaire relatif à « XY » était un conseil donné à Madame X sans intention de la blesser. Il aurait en effet constaté son désintérêt pour les produits télévisuels. Il ajoute « *ne pas [être] fier* » de ses propos sur sa vie privée lors de la formation, mais il précise que la réclamante elle-même avait évoqué ce sujet devant ses collègues.
22. Lors de son entretien, Monsieur D nie les propos qui lui sont prêtés et se plaint de la qualité du travail de la réclamante.
23. Madame A affirme quant à elle ne pas avoir été témoin de propos à caractère sexiste ou sexuel et précise que les plaintes de la réclamante portaient uniquement sur un « *climat global de tension et de pression des ventes* ». Elle ajoute que le changement d'affectation de la réclamante était uniquement motivé par l'insuffisance de ses performances.
24. Lors de son entretien, Monsieur C, commercial, indique connaître la réclamante de longue date et faire souvent des « *blagues* » avec elle. Il nie avoir utilisé les termes « *sale pute* ». Il ajoute qu'elle aurait une attitude « *provocante* », qu'elle le complimentait sur son physique sur les réseaux sociaux. Il précise qu'elle aurait « *eu une histoire avec un salarié de l'entreprise avant d'être embauchée* ». En outre, lors du séminaire des 13 et 14 septembre 2016, elle aurait pris un selfie avec trois collègues masculins dans un jacuzzi. Il réitère ces éléments dans une attestation du 14 avril 2017.
25. Monsieur G, chef des ventes, confirme avoir « *mimé un acte sexuel* » mais que celui-ci était « *destiné à Madame H qui se trouvait en face* ». Il ajoute que la réclamante serait « *assez ouverte, (...) assez taquine* » et qu'elle « *dansait devant tout le monde en se trémoussant* ». Monsieur G relate lui avoir un jour demandé de mettre un foulard pour dissimuler une marque de suçon sur son cou. Elle aurait répondu qu'elle « *profitait de la vie, qu'elle s'était fait démonter* ».
26. Madame J, déléguée syndicale, est également entendue par la direction et déclare que Madame X avait dansé « *en se frottant à Melle K* » lors du séminaire de septembre 2016 et que « *cette danse était déplacée* ».
27. Dans son courrier du 8 novembre 2016 précité, adressé à la réclamante, la société Y déduit de ces auditions qu'il n'y aurait pas de « *preuve irréfragable* » du harcèlement dénoncé.
28. La société ajoute que son enquête lui a permis d'identifier « *certaines comportements* » adoptés par Madame X : celle-ci aurait dansé lors d'un pot de départ en juillet 2016, alors qu'« *il n'est pas coutume dans notre entreprise de danser* ». Elle aurait utilisé les termes « *elles font que sucer* » lors d'une conversation portant sur la prostitution, la semaine du 2 septembre 2016. Lors de la soirée du 13 septembre 2016, elle se serait « *livrée à une démonstration chorégraphique qui n'a pas manqué d'interpeler en raison de la sensualité, voire de la provocation véhiculée* ». Madame X aurait également évoqué devant ses collègues avoir un tatouage dans une zone « *qu'elle ne pouvait pas nommer* ».

La société en conclut dans ce courrier que : « *D'évidence, votre comportement aux lieux et temps de travail a été de nature à semer le trouble chez certains de vos collègues de travail* » et que « *vous dénoncez aujourd'hui un mode relationnel auquel vous avez adhéré et que vous avez même suscité et entretenu.* »

29. En parallèle, le même jour, la société adresse un courriel de « *sensibilisation* » aux quatre salariés visés par la dénonciation, afin « *qu'une telle situation ne se reproduise jamais dans notre entreprise* ». L'employeur leur rappelle qu'il est attendu d'eux un « *comportement irréprochable* », une « *réserve* », une « *neutralité bienveillante (...) tant dans [les] propos que dans [les] gestes* ».
30. Les courriels ainsi adressés à Messieurs G et B, qui ont des fonctions managériales, précisent : « *(...) d'autant plus lorsque l'on exerce des fonctions managériales* » ainsi que « *tout geste déplacé est inacceptable (...) il ne peut y avoir aucune circonstance atténuante* ».
31. Le 22 novembre 2016, elle consulte un médecin psychiatre. Le 2 décembre 2016, son médecin généraliste constate un « *état dépressif* » présent depuis septembre 2016.
32. Par courrier de la société du 6 janvier 2017, Madame X est convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour « *absence ininterrompue depuis le 16 septembre 2016 perturbant le fonctionnement du département « XX* ».
33. Par courrier du 8 janvier 2017, elle conteste les conclusions de l'enquête interne et reproche à son employeur de ne pas l'avoir auditionnée. Le 13 janvier 2017, elle explique que son état de santé ne lui permet pas de se rendre à l'entretien préalable.
34. En réponse, le 24 janvier 2017, Madame F propose d'organiser une « *confrontation* » avec les quatre salariés visés par la dénonciation. Madame X refuse en raison de son état de santé.
35. Le 9 février 2017, elle est reçue pour une visite médicale de pré-reprise, à sa demande, par le médecin du travail. Celui-ci constate un « *syndrome dépressif* » et des « *difficultés relationnelles au travail* » se traduisant par des insomnies, un repli sur soi et un épuisement. Une étude de poste est prévue le 2 mars 2017.
36. Le 10 février 2017, Madame X est licenciée pour absence perturbant le fonctionnement du service.
37. Par attestation du 20 février 2017, Madame L, directrice de clientèle, indique qu'elle était avec la réclamante lorsque celle-ci est passée voir les collègues masculins qui se trouvaient dans le jacuzzi, comme rapporté lors de l'audition de Monsieur C. Madame L indique qu'elles n'avaient d'autre but que de « *faire un coucou* » et de « *prendre quelques selfies* » et que « *d'autres personnes ont d'ailleurs dû passer les voir* ».
38. Par courrier du 21 février 2017 adressé à la société, la réclamante conteste la mesure de licenciement. Son arrêt de travail pour maladie est prolongé pendant son préavis.
39. Par courrier du 1^{er} mars 2017, la société Y lui reproche notamment de ne jamais avoir « *actionné le plan de prévention de situation des violences* » et « *d'accuser sans preuve* ».
40. Par courrier du 15 mars 2017, l'attitude négative de la réclamante lors de la formation de septembre 2016 est confirmée par la société de formation M, qui évoque son « *extrême prise de recul* » et son « *peu de répondant* ».

41. Le 26 mars 2017, Madame X est admise aux urgences suite à une tentative de suicide. Le compte-rendu de l'hôpital mentionne un « *conflit avec les collègues* », un « *harcèlement moral et sexiste* » et des difficultés à retrouver un emploi. Elle hospitalisée en service de psychiatrie jusqu'au 31 mars 2017.
42. Le 16 mai 2017, elle consulte un médecin psychiatre.
43. Une nouvelle salariée est engagée en remplacement de Madame X à compter du 3 juillet 2017.
44. Par attestation du 28 septembre 2017, Monsieur G précise que son « *mime d'un acte sexuel* » a eu lieu dans un « *contexte d'amusement* » et de « *franche camaraderie* », afin de signifier à une autre collègue, Madame H, responsable RH, qui s'était tordu la cheville, qu'elle ne pourrait plus pratiquer d'« *activités sportives* », l'acte sexuel correspondant donc à un exemple d'activité sportive.
45. Le 30 novembre 2017, Madame X saisit le conseil de prud'hommes de Z et demande réparation pour des agissements de harcèlement sexuel et sexiste, harcèlement moral, pour manquement à l'obligation de sécurité, discrimination et pour licenciement nul.

Enquête du défenseur des droits :

46. Le 16 août 2017, un courrier d'instruction est adressé par les services du Défenseur des droits à la société Y, qui y répond par courrier du 29 septembre 2017, en communiquant des pièces au soutien de sa position.
47. Le 1^{er} août 2019, au vu des éléments communiqués par la réclamante et la société Y, 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.
48. Le 23 juin 2020, un courrier de relance est adressé par les services du Défenseur des droits à la société Y. Le 30 juillet 2020, la société répond par l'intermédiaire de son avocat, en communiquant de nouvelles pièces au soutien de sa position.

Cadre et analyse juridiques

➤ Rappels relatifs au harcèlement sexuel et à son caractère discriminatoire

49. 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* ».
50. 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 ».

51. Les directives 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000¹ et 2006/54 précitée indiquent en leurs articles 2 que le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1^{er}, tel que le 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.

52. Ainsi, le harcèlement constitue en lui-même une discrimination, dès lors qu'il est en lien avec un critère prohibé, tel que le sexe. Le harcèlement sexuel est donc également un harcèlement discriminatoire en lien avec le sexe.

53. En droit interne, c'est la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 qui a transposé cette définition du harcèlement discriminatoire en lien avec le sexe, en son article 1^{er} : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement (...) 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* ».

54. Le harcèlement discriminatoire fondé sur le sexe 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.

55. Ces conditions sont reprises dans l'article L 1153-1 du code du travail, aux termes duquel 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.

56. Plusieurs juridictions ont ainsi retenu que le harcèlement était constitutif d'une discrimination dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations².

¹ **Portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail**

² 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

57. La chambre sociale de la Cour de cassation a également considéré que l'accumulation de moqueries et d'injures, en lien avec un critère prohibé, créant un environnement hostile portant atteinte à la dignité du salarié, constituait une discrimination :

« Qu'en statuant ainsi, 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, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés. »³

58. Par un arrêt du 7 février 2017, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté ses observations⁴, la Cour d'appel d'Orléans a par ailleurs reconnu la notion de « harcèlement environnemental ou d'ambiance ». La salariée dénonçait un environnement de travail ponctué, entre autres, de blagues à connotation sexuelle :

« 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 »⁵.

59. 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 obscènes ou vulgaires qui lui deviennent insupportables ».*

60. Cette définition a été confirmée dans une affaire similaire par le Conseil de prud'hommes de Saint-Denis de la Réunion du 8 septembre 2017 dans laquelle le Défenseur des droits avait également présenté ses observations⁶.

61. Le harcèlement discriminatoire peut également être caractérisé par un acte unique d'une particulière gravité, portant atteinte à la dignité de la personne visée⁷. La Cour d'appel de RENNES a ainsi considéré que *« lorsque le harcèlement moral prend la forme d'une discrimination, il peut être constitué même lorsque ce fait indésirable est unique ».*

³ Cour de cassation, 20 mai 2015, n°14-13.357

⁴ Décision n°2016-212

⁵ CA Orléans, 7 février 2017, n°15/02566

⁶ CPH St-Denis, 8 septembre 2017, n°15/00279 et décision n°MLD-2016-037 du Défenseur des droits

⁷ Décision du Défenseur des droits n°MLD-2014-105 et arrêt CA Rennes, 10 décembre 2014 ; Décision du Défenseur des droits n°2019-041 et arrêt CA PARIS 5 décembre 2019 n°17/10760, Cour de cassation, 17 mai 2017, n° 15-19.300

➤ **Répartition de la charge de la preuve en matière de harcèlement discriminatoire**

62. 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.

63. Ainsi, il n'appartient 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.

64. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination doivent être appréciés de manière globale⁸ et que la chronologie des faits pouvait être prise en compte⁹.

65. Concernant le 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 (...) »¹⁰.

66. 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 solution¹¹.

67. 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 ».

⁸ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15.792

⁹ Cass. soc., 6 nov. 2013, n°12-22.270

¹⁰ Cass. soc., 25 septembre 2019, n°17-31.171

¹¹ Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12.11.787

68. 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.

69. Il convient également de relever qu'aux termes du même arrêt, l'exercice de responsabilités hiérarchiques par le salarié auteur des faits dénoncés est pris en compte par la Cour.

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

70. En application de 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.

71. 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* ».

➤ **Sanction du harcèlement discriminatoire**

72. L'article L. 1153-6 du code du travail précise que « *tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire* ».

73. L'article L.1132-4 du même code prévoit que toute décision ou acte pris en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul.

74. Lorsqu'un harcèlement ou un manquement à l'obligation de santé et de sécurité a eu des répercussions sur l'état de santé du salarié, le licenciement pour absence prolongée perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise est jugé nul par la Cour de cassation¹².

Analyse :

➤ **Éléments de présomption à l'appui de la position de Madame X**

75. Il ressort des éléments communiqués par Madame X et par la société Y au Défenseur des droits, qu'elle a subi des remarques et des agissements de la part de ses collègues et responsables, laissant présumer l'existence d'un harcèlement discriminatoire fondé sur le sexe.

76. En effet, lors de son audition, Monsieur B confirme avoir conseillé à Madame X de travailler pour « XY ».

77. Il explique cette remarque par le désintérêt de la réclamante pour les produits télévisuels. Il ressort toutefois de l'instruction que Madame X a travaillé dans le domaine de l'électronique tout au long de sa vie professionnelle, au sein de N et O, et qu'elle a souhaité réintégrer Y quelques années après y avoir effectué des contrats courts.

¹² Cass. soc., 30 janvier 2019, n° 17-31.473 ; Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.082

78. Monsieur B nie avoir touché la cuisse de Madame X. Celle-ci démontre toutefois avoir demandé à un collègue d'apporter son témoignage, ce dernier ayant alors exprimé ses craintes de représailles de la part de l'employeur.
79. Monsieur B ne dément pas avoir exposé la vie sentimentale de Madame X lors de la formation de septembre 2016, ce dont il avoue ne pas être fier, lors de son audition.
80. C'est à la suite de cet évènement que Madame X est placée en arrêt de travail pour maladie et qu'elle dénonce auprès de son responsable, Monsieur E, avoir « *subi trop de fois des railleries et critiques sur [son] travail, [ses] compétences et [sa] vie personnelle, qui rendent [son] retour impossible.* ». Elle dépose une main courante pour harcèlement sur son lieu de travail quelques jours plus tard.
81. Monsieur G confirme quant à lui lors de son audition avoir « *mimé un acte sexuel* », tout en expliquant que ce geste était « *destiné à Madame H qui se trouvait en face* ».
82. Il ressort toutefois de l'instruction que Madame X se trouvait penchée en avant pour examiner la cheville de Madame H qui s'était blessée, et que Monsieur G se tenait derrière elle, ce qui rend peu crédible une version selon laquelle ce geste ne lui était pas destiné.
83. Madame X démontre avoir rapidement entrepris plusieurs démarches afin de signaler cette situation à son employeur : par courriel à Monsieur E dès le 17 septembre 2016, au médecin du travail le 5 octobre 2016, et au CHSCT le 25 octobre 2016.
84. Une fois l'enquête interne initiée, Madame X n'a pas été entendue et seule une confrontation lui a été proposée plusieurs mois après, à sa demande, alors que la procédure de licenciement était déjà engagée.
85. Enfin, le licenciement notifié à Madame X est fondé sur ses absences. Or, le Défenseur des droits relève de nombreux éléments attestant de la dégradation de son état de santé à compter de de septembre 2016, tels que des arrêts de travail pour maladie, des consultations avec un médecin psychiatre, et le compte rendu du médecin du travail du 5 octobre 2016 mentionnant des difficultés au travail liées à « *son physique* ».
86. Son état de santé s'est encore dégradé suite à la mise en œuvre de la procédure de licenciement. Le médecin du travail constate, la veille de son licenciement, un « *syndrome dépressif* » et des « *difficultés relationnelles au travail* » et programme une étude de poste.
87. Ces éléments, appréciés de manière globale, constituent des indices laissant supposer que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire en lien avec son sexe ayant entraîné une dégradation de son état de santé.

➤ **Explications fournies par la société Y**

88. En application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination et de harcèlement sexuel, 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 sont fondées sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination.

89. Dans son courrier au Défenseur des droits du 29 septembre 2017 et dans ses conclusions adressées le 30 juillet 2020, la société Y réfute tout harcèlement sexuel et tout manquement à l'obligation de sécurité à l'égard de Madame X. La société soutient que :

- Madame X ne peut invoquer un harcèlement sexuel dès lors qu'elle aurait elle-même eu un comportement déplacé, et que certains faits qu'elle dénonce ont eu lieu dans un « *contexte d'amusement* » (i) ;
- La société a respecté son obligation de santé et de sécurité en menant une enquête interne, elle pouvait donc ensuite licencier Madame X pour absence prolongée (ii).

(i) Sur l'attitude adoptée par Madame X et le « *contexte d'amusement* » entourant certains faits

90. Dans son courrier du 29 septembre 2017, la société Y explique que Madame X « *arborait une attitude de franc-parler et s'ouvrait largement sur des sujets (...) relevant de la sphère (...) intime* » et qu'elle « *a fait preuve à [l']égard [de ses collègues] d'une familiarité que la société juge anormale d'un côté comme de l'autre* ». Cet argumentaire s'inscrit dans la lignée du courrier adressé à Madame X le 8 novembre 2016, selon lequel son « *comportement aux lieux et temps de travail a été de nature à semer le trouble chez certains de [ses] collègues de travail* ». Similairement, dans ses conclusions adressées au Défenseur des droits le 30 juillet 2020, la société Y évoque une « *ambiguïté et une situation de particulière familiarité* » et souligne que la réclamante « *était particulièrement à l'aise, familière, tenant des propos à connotation sexuelle faisant des allusions à sa vie privée* ».

91. La société Y s'appuie sur auditions menées dans le cadre de son enquête interne. Monsieur B a ainsi évoqué que la réclamante s'ouvrait sur des sujets de sa vie privée. Monsieur C, commercial, évoque une attitude « *provocante* », des compliments sur les réseaux sociaux et un selfie pris dans un jacuzzi lors du séminaire. Monsieur G ajoute qu'elle serait « *assez ouverte, (...) assez taquine* » et qu'elle « *dansait devant tout le monde en se trémoussant* », et elle aurait déclaré qu'elle « *profitait de la vie, qu'elle s'était fait démonter* ». Madame J relate que Madame X aurait dansé « *en se frottant à Melle K* » et que « *cette danse était déplacée* ».

92. Il convient de relever que Madame L, présente lorsque la réclamante est passée voir des collègues masculins qui se trouvaient dans le jacuzzi, relate qu'elles n'avaient d'autre but que de « *faire un coucou* », de « *prendre quelques selfies* » et que « *d'autres personnes ont d'ailleurs dû passer les voir* ».

93. Madame X n'ayant pas été auditionnée dans le cadre de l'enquête interne, sa version des faits, ainsi que celles d'éventuels témoins, tels que Madame L, n'ont pas pu être pris en compte par l'employeur.

94. La société Y déduit des auditions que l'attitude de Madame X ne lui permettrait pas de se prévaloir d'un harcèlement sexuel, en application de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2019. L'employeur considère donc qu'en tenant certains propos ou en « *dansant* » lors d'évènements d'entreprise, Madame X aurait consenti aux propos sexistes et gestes à connotation sexuelle de ses supérieurs hiérarchiques.
95. Le Défenseur des droits rejette avec fermeté l'argumentation selon laquelle la façon de danser d'une salariée lors d'évènements d'entreprise, ou l'emploi de termes familiers, justifieraient les agissements de harcèlement sexuel de ses responsables hiérarchiques.
96. En outre, comme expliqué précédemment, dans l'arrêt du 25 septembre 2019 précité, la Cour de cassation précise expressément que le harcèlement sexuel est constitué dès lors qu'est constatée l'existence « *de toute situation intimidante, hostile ou offensante à l'encontre de la salariée* ».
97. À cet égard, le Défenseur des droits considère que le « *mime d'un acte sexuel* » réalisé dans le dos de Madame X et devant ses collègues a indéniablement un caractère intimidant, hostile et offensant.
98. Par attestation du 28 septembre 2017, Monsieur G précise ce geste a eu lieu dans un « *contexte d'amusement* » et de « *franche camaraderie* », afin de signifier à une autre collègue, Madame H, qui s'était tordu la cheville, qu'elle ne pourrait plus pratiquer d'« *activités sportives* », l'acte sexuel correspondant donc à un exemple d'activité sportive.
99. À cet égard, le Défenseur des droits se réfère au Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, qui a souligné, dans son rapport intitulé « *le sexisme dans le monde du travail : entre déni et réalité* » que : « *Si l'humour a sa place au bureau, il peut également fonctionner comme une arme "à double tranchant" (Malone, 1980). 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* »¹³.
100. Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que les agissements des deux responsables de Madame X ont créé une situation intimidante, hostile ou offensante à son encontre, ne permettant pas d'écarter la qualification de harcèlement sexuel.

(ii) L'enquête interne et le licenciement de Madame X pour absences prolongées ayant désorganisé l'entreprise (ii)

101. La société Y considère que son obligation de sécurité a été remplie car elle a mené une enquête interne suite à la saisine du CHSCT par Madame X. La société a conclu à l'absence de « *preuve irréfragable* » de discrimination et de harcèlement.
102. Le Défenseur des droits relève que la société Y n'a pas appliqué l'aménagement légal de la charge de la preuve et n'a pas tiré les conséquences de la gravité de certains faits confirmés par leurs auteurs lors des auditions. Le courriel de « *sensibilisation* » qui leur a été adressé ne constitue pas une mesure disciplinaire telle que prévue par le code du travail.

¹³ Rapport du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, 6 mars 2015, p.24

103. Le Défenseur des droits note que Madame X n'a pas été reçue dans le cadre de l'enquête et a été destinataire d'un courrier particulièrement offensif remettant en cause son propre comportement dans un contexte où son état de santé était déjà dégradé, traduisant le manque d'impartialité de l'employeur. Aucune des mesures prévues au plan de prévention des situations de harcèlement, dont se prévaut la société, n'ont été mises en œuvre à l'égard de Madame X.
104. Compte tenu de ces éléments, le Défenseur des droits considère que la société Y a manqué à son obligation de santé et de sécurité à l'égard de Madame X.
105. La société Y fait valoir que le licenciement notifié le 10 février 2017 à Madame X repose sur la désorganisation du service causée par ses absences prolongées. Elle produit de nombreuses pièces relatives à la reprise des missions de Madame X par d'autres chefs de produits.
106. Or, selon l'arrêt 6 novembre 2013 (n°12-22270) précité de la Cour de cassation, lorsque qu'un manquement à l'obligation de santé et de sécurité a eu des répercussions sur l'état de santé du salarié, le licenciement pour absence prolongée perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise est jugé nul.
107. Il a déjà été démontré que l'état de santé de Madame X s'est dégradé dès septembre 2016 consécutivement aux actes qu'elle dénonce. Le Défenseur des droits note également que la mesure de licenciement a été notifiée le 10 février 2017 alors que le médecin du travail avait programmé la veille une étude du poste de Madame X à réaliser en mars 2017, qui n'a donc pas pu avoir lieu.
108. 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, que la société Y a manqué à son obligation de santé et de sécurité, et que le licenciement encourt la nullité.
109. Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance du conseil de prud'hommes de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la juridiction de jugement.

Claire HÉDON