

Paris, le 3 décembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-225

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 convention internationale relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 ;

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

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 le code du travail ;

Saisie d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination en lien avec son handicap ;

Constate qu'en ne présentant pas Madame X à la visite médicale d'embauche, la société Y a manqué à son obligation de sécurité et à son obligation d'aménagement raisonnable ;

Constate que Madame X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire fondé sur son handicap au sens de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, ayant eu pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer son état de santé et de compromettre son avenir professionnel ;

Constate que le non-renouvellement du contrat de travail de Madame X s'inscrit dans le cadre de ce harcèlement et s'analyse en une mesure de rétorsion faisant suite à la dénonciation des faits ;

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

Claire HÉDON

Observations devant la Cour d'appel de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le 16 juin 2015, le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de Madame A, déléguée territoriale du B, d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination liés à son handicap.

Rappel des faits

2. Par décision du 25 juillet 2011, la maison départementale des personnes handicapées de B reconnaît la qualité de travailleur handicapé à Madame X pour la période du 1^{er} mai 2011 au 30 avril 2016.
3. Par douze contrats de travail à durée déterminée successifs couvrant la période du 8 novembre 2013 au 2 juillet 2015, Madame X est recrutée par la société Y - C, en qualité d'employée commerciale, pour remplacements de salariés ou accroissement temporaire d'activité. Elle est affectée au magasin de D.
4. Le dernier contrat de travail est conclu pour la période du 3 novembre 2014 au 2 juillet 2015, afin de pourvoir au remplacement d'une salariée en congé parental, Madame E.
5. Madame X estime avoir subi un harcèlement moral, depuis décembre 2014, de la part du nouveau directeur du magasin, Monsieur F, qui aurait formulé à son encontre de nombreux reproches, en lien avec son handicap.
6. Elle allègue également que les préconisations du médecin du travail relatives à l'octroi d'un siège ergonomique formulées dans l'avis d'aptitude avec réserve du 17 février 2015 n'ont pas été respectées.
7. À compter du 28 mai 2015, Madame X est arrêtée pour « *souffrance au travail* », et ce jusqu'au 2 juillet 2015, date du terme de son contrat de travail.
8. Par courrier du 12 juin 2015, elle alerte la direction régionale des difficultés rencontrées.
9. Par courrier du 22 juin 2015, la direction opérationnelle B lui répond qu'elle porte à leur connaissance « des allégations graves à l'encontre du directeur du magasin (...) sans apporter de dates précises quant aux situations décrites ni de témoignage corroborant [sa] version des faits ».
10. Le contrat de travail de Madame X n'est pas renouvelé alors que, selon la réclamante, la salariée qu'elle remplaçait, Madame E, a prolongé son congé parental jusqu'au 23 avril 2016.

Enquête du Défenseur des droits

11. Au vu des éléments communiqués par la réclamante, le Défenseur des droits, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, a sollicité, par courrier du 28 juillet 2015, la direction opérationnelle B de la société Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués et solliciter la communication d'un certain nombre de pièces.
12. La société y a répondu par courrier du 23 septembre 2015.

13. Après analyse des éléments de réponse de la société Y, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier du 8 décembre 2015, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier, en l'invitant à présenter tout élément et document utiles.
14. Par courrier du 8 janvier 2016, la société a présenté des explications complémentaires et un certain nombre de pièces qui ont été analysées par le Défenseur des droits.
15. Enfin, par courrier du 31 mars 2016, le Défenseur des droits a interrogé la société Y sur l'absence de visite médicale d'embauche relevée au cours de son enquête et lui a demandé de fournir tout document concernant la date de retour de Madame E au sein de l'entreprise.
16. Par courrier du 20 avril 2016, la société a confirmé que Madame X n'avait pas fait l'objet d'une visite médicale avant son embauche et a indiqué que Madame E avait prolongé son congé parental, sans communiquer de document. Elle réfutait toute discrimination à l'encontre de son ancienne salariée.

Procédure judiciaire

17. Le 13 juillet 2016, Madame X a saisi le Conseil de prud'hommes de Z. L'audience devant le bureau de jugement était fixée au 3 octobre 2016.
18. Le Défenseur des droits a pris la décision de présenter des observations, par décision 2016-181 du 28 juin 2016, notifiée le 30 juin au Conseil de prud'hommes et aux parties au litige.
19. Lors de l'audience en date du 3 octobre 2016, les parties ont été entendues, de même que l'agent représentant le Défenseur des droits.
20. Par jugement en date du 20 mars 2017 notifié le même jour, le Conseil de prud'hommes de Z a :
 - jugé que Madame X a subi un réel préjudice du fait de l'absence de visite médicale d'embauche ;
 - jugé que Madame X n'avait pas subi de harcèlement moral ni de discrimination ;
 - jugé qu'il y avait lieu de requalifier l'ensemble de la relation de travail de Madame X au service de la SAS Y pendant la période du 8 novembre 2013 au 2 juillet 2015 en un contrat de travail à durée indéterminée ;
 - jugé que la SAS Y n'a pas respecté la procédure de licenciement de Madame X ;
 - jugé que la rupture du contrat de travail de Madame X intervenue le 2 juillet 2015 s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En conséquence, le Conseil de prud'hommes de Z a condamné la SAS Y aux sommes suivantes :

- 1.000€ à titre d'indemnité pour absence de visite médicale d'embauche ;
 - 1.486,22€ au titre de l'indemnité de requalification de contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ;
 - 2.972,44€ à titre d'indemnité compensatrice de préavis ;
 - 297,24€ au titre des congés payés afférents ;
 - 544,95€ à titre d'indemnité de licenciement ;
 - 4.500 € à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.
21. Madame X a interjeté appel du jugement, objet de la présente décision.

Analyse juridique

I. A titre liminaire, sur le pouvoir d'enquête du Défenseur des droits et celui d'intervenir devant une juridiction

22. Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée en vertu de l'article 71-1 de la Constitution. Conformément à la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé de connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international auquel la France est partie.
23. Dans le cadre de cette mission, le législateur lui a conféré des pouvoirs d'enquête, conformément aux articles 18 à 22 de la loi organique du 29 mars 2011.
24. Le Défenseur des droits peut ainsi demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui. Il peut demander que lui soient communiqués des informations et des documents, quel qu'en soit le support.
25. L'enquête diligentée par le Défenseur des droits met donc la personne mise en cause en mesure de s'expliquer et d'apporter toute information utile.
26. Au cours de cette enquête, les documents que le Défenseur des droits peut recevoir ne sont pas communicables aux tiers, y compris lorsque ceux-ci sont visés dans le litige. La Commission d'accès aux documents administratifs (« CADA ») a en effet estimé que tous les « *documents tels que les lettres de plainte ou de dénonciation ainsi que les témoignages adressés à une administration, dès lors que leur auteur est identifiable, (...) ne sont pas communicables à des tiers, y compris lorsque ceux-ci sont visés par la plainte ou la dénonciation en question* »¹.
27. En l'espèce, tel que mentionné aux paragraphes 11 à 16 de la présente décision, le Défenseur des droits a permis à la SAS Y d'exposer ses arguments et de communiquer les informations et documents qu'elle jugeait utiles. La note récapitulative que le Défenseur des droits lui a adressée – et qui permet de résumer en un seul document les faits exposés par Madame X et les échanges intervenus au cours de l'enquête – était elle aussi soumise à discussion. La SAS Y n'a d'ailleurs pas manqué d'y répondre, le 8 janvier 2016, en présentant une réponse et des pièces.
28. A l'issue de son enquête, le Défenseur des droits peut, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, présenter des observations écrites ou orales devant la juridiction compétente devant laquelle est porté le litige qui oppose les parties et produire les pièces recueillies au cours de son enquête sur lesquelles il appuie sa décision.
29. Le choix de présenter des observations devant une juridiction est matérialisé par une décision du Défenseur des droits, dans laquelle il procède à un rappel des faits et de la procédure menée par ses services et de l'éventuelle procédure judiciaire ou administrative en cours. La décision reprend enfin l'analyse juridique que le Défenseur des droits entend livrer au regard des faits portés à sa connaissance, après enquête contradictoire.
30. Dans ce cas, le Défenseur des droits n'agit pas en tant que partie au procès mais comme un « expert », un « sachant » ou encore un « observateur ». En effet, les Cours suprêmes de l'ordre judiciaire² et de l'ordre administratif³ ont reconnu à la Haute autorité de lutte contre

¹ CADA, avis n° 20132163 du 25 juillet 2013 et avis n° 20142672 du 16 octobre 2014.

² Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-40628.

³ Conseil d'Etat, 11 avril 2012, n°322326, *Gisti*.

les discriminations – et *a fortiori* au Défenseur des droits qui a repris ses missions⁴– le statut d'*amicus curiae* ou « ami de la cour ». Ce positionnement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris, qui a jugé que le Défenseur des droits n'avait pas la qualité juridique d'intervenant volontaire ou forcé et partant n'était pas une partie au procès⁵.

31. Enfin, il convient de rappeler que la Cour de cassation a jugé que lorsque le Défenseur des droits présente des observations en justice qui sont portées à la connaissance des parties, « cette faculté ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement par ses observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire »⁶.
32. En l'espèce, la décision prise par le Défenseur des droits de présenter des observations devant le Conseil de prud'hommes de Z a été notifiée aux parties dans un délai raisonnable avant l'audience, de sorte qu'elles étaient en mesure d'y répliquer par écrit et oralement le jour de l'audience.

II. Sur l'aménagement de la charge de preuve

33. Le régime probatoire applicable en matière de lutte contre les discriminations est défini à l'article L.1134-1 du code du travail, qui prévoit un principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...]. 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* ».
34. Ainsi, la personne qui s'estime victime de discrimination doit présenter des éléments de nature à mettre en lumière une apparence de discrimination, à créer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination. Il ne lui est pas demandé de rapporter la preuve incontestable du fondement de la discrimination qu'elle allègue, mais de faire naître une présomption dans l'esprit du juge quant à son existence.
35. Pour rendre effective la présentation d'un faisceau d'indices, la Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée⁷.
36. En l'espèce, les éléments produits au débat par Madame X laissent supposer l'existence d'une discrimination. Il appartient ensuite à son employeur de faire tomber cette présomption.

III. Sur le fond

➤ Sur l'interdiction des discriminations fondées sur le handicap

37. En vertu des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail, 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^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions

⁴ Article 44 de la loi organique n°2011-333.

⁵ CA Paris, 11 septembre 2014, S12/02280.

⁶ Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-40.628 et Cass.28 septembre 2016, n° 14-26.387.

⁷ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations en raison de son handicap.

38. La protection des personnes handicapées contre les discriminations est renforcée par le principe d'aménagement raisonnable, défini à l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), en ces termes : « *La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable* ».
39. Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, l'article 5 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 impose ainsi aux employeurs de prévoir des aménagements raisonnables : « *Cela signifie que l'employeur est tenu de prendre les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées* ».
40. En droit interne, ces dispositions sont transposées à l'article L. 5213-6 du code du travail : « *Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L.5212-13⁸ d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.*
Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte-tenu de l'aide prévue à l'article L.5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.
Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L.1133-3 ».
41. Ainsi, en vertu de ce principe d'aménagement raisonnable, pèse sur l'employeur une obligation de prendre des mesures appropriées pour les travailleurs handicapés, afin de favoriser leur accès à un emploi ou leur maintien dans l'emploi. Ces mesures n'ont pas pour but de favoriser un salarié par rapport à un autre mais de compenser l'inégalité induite par le handicap, en vue de garantir l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés. Il s'agit donc de mesures individualisées, adaptées à une personne en particulier, en fonction de la nature de son handicap, de son degré d'autonomie et du poste de travail occupé.
42. Les mesures appropriées doivent être envisagées à toutes les étapes du parcours professionnel et peuvent ainsi concerner l'aménagement des postes de travail (mise à disposition d'équipements individuels, etc.) ou des lieux de travail, l'aménagement de l'organisation du travail (horaires de travail, répartition des tâches, etc.) ou la mise en place d'une assistance professionnelle.

⁸ L'article L.5212-13 vise notamment le salarié titulaire d'une pension d'invalidité et le salarié reconnu travailleur handicapé à l'instar de la réclamante.

43. Les mesures appropriées visent la personne dans une situation concrète et non une catégorie de personnes de façon abstraite, le type d'aménagement nécessaire dépendant ainsi de l'emploi occupé et de l'autonomie de la personne concernée eu égard à son parcours de vie.
44. La recherche de mesures appropriées suppose donc une appréciation au cas par cas, en vue de trouver des solutions concrètes et appropriées à la situation de la personne handicapée.
45. L'employeur peut s'exonérer de cette obligation en démontrant que les charges consécutives à la mise en œuvre des mesures appropriées sont disproportionnées, compte tenu des aides prévues par l'article L.5213-10.
46. Le refus de l'employeur de prendre les mesures appropriées sans justifier du caractère disproportionné de ces mesures constitue une discrimination.

➤ **Sur l'absence de visite médicale avant l'embauche de Madame X**

47. Le médecin du travail tient un rôle central dans la mise en place et la recherche des mesures appropriées puisque la loi l'habilite à proposer toutes les mesures individuelles qu'il juge nécessaires pour préserver la santé et la sécurité des salariés, l'employeur étant tenu d'assurer l'effectivité de ses préconisations, conformément aux dispositions de l'article L.4624-3 et L.4624-6 du code du travail.
48. Au titre de son obligation de sécurité définie aux articles L.4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur doit faire en sorte de rendre effectives ces préconisations⁹. Celles-ci s'inscrivent dans le respect des principes généraux rappelés à l'article L.4121-2 du code du travail et notamment celui de l'adaptation du travail à l'homme, et non l'inverse¹⁰.
49. L'employeur qui refuse de suivre les préconisations du médecin du travail pour aménager le poste d'une salariée reconnue travailleur handicapé manque à son obligation de sécurité prévue par l'article L.4121-1 du code du travail, celui-ci ne rapportant pas la preuve de sa recherche d'aménagement du poste de travail¹¹.
50. En l'espèce, le Conseil de prud'hommes de Z a jugé que l'absence de visite médicale avant l'embauche par contrat à durée déterminée du 3 novembre 2014 a causé un réel préjudice à Madame X.
51. Selon le Défenseur des droits, cette constatation doit aller plus loin, s'agissant d'une salariée handicapée bénéficiant d'une protection particulière.
52. A ce titre, l'article R.4624-10 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur au moment des faits, prévoit que « *le salarié bénéficie d'un examen médical avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai par le médecin du travail* ».
53. L'examen d'embauche a pour finalité de s'assurer que le salarié est médicalement apte au poste de travail auquel l'employeur envisage de l'affecter et, le cas échéant, de proposer les aménagements du poste au handicap du salarié.

⁹ Cass. soc., 19 décembre 2007, n°06-43918.

¹⁰ CA Douai, 30 novembre 2018, n°2199/18.

¹¹ CPH de Saint Denis, 28.07.2017, RG n°F 15/0246.

54. La Cour de cassation précise que l'organisation de la visite médicale d'embauche ressort de l'obligation de sécurité de l'employeur et la carence ou le retard dans l'organisation de celle-ci cause nécessairement au salarié un préjudice¹².
55. L'employeur a, par ailleurs, l'obligation de mettre en place une surveillance médicale renforcée à l'égard du travailleur handicapé aux termes des articles R. 4624-16 et suivants du code du travail.
56. Constitue ainsi un manquement à son obligation de sécurité, le fait « *de n'avoir demandé au médecin du travail ses suggestions pour aménager le poste de travail que six mois après le commencement d'exécution du contrat alors que l'employeur est tenu de faire passer une visite médicale avant l'embauche d'un travailleur handicapé* »¹³.
57. En l'espèce, les éléments de l'enquête menée par le Défenseur des droits laissent apparaître que la société Y avait connaissance de la qualité de travailleur handicapé de Madame X au moment de son embauche et qu'elle ne s'est pourtant pas conformée à son obligation de lui faire passer une visite médicale avant son recrutement.
58. Cela aurait pourtant permis au médecin du travail de se prononcer sur la nécessité d'aménager son poste de travail dès sa prise de poste au lieu d'attendre le 17 février 2015, soit trois mois après son embauche, ce qui a eu pour effet de retarder l'aménagement de son poste de travail.
59. Dès lors, le Défenseur des droits constate que la société Y a manqué à son obligation de sécurité prévu par les articles L.4121-1 et suivants du code du travail et a nécessairement causé un préjudice à Madame X en ne prenant pas en compte sa qualité de travailleur handicapé et en retardant l'aménagement de son poste de travail.

➤ **Sur l'existence d'un harcèlement discriminatoire fondé sur le handicap de Madame X**

60. L'article 1 1° de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail, précise que la discrimination inclut tout agissement lié au handicap subi par 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.
61. L'objet de cette loi était de compléter la transposition de textes communautaires et notamment la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 qui prévoit, dans son article 2 : « *Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1er 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. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres* ».
62. En vertu de ces dispositions, le Défenseur des droits considère que tout agissement subi par un salarié ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, et lié à un critère de discrimination prohibé, tel que celui de l'état de santé ou du handicap, caractérise un harcèlement constitutif d'une discrimination. Cette notion a d'ailleurs été retenue par

¹² Cass. soc., 5 octobre 2010, n°09-40913 ; Cass. soc., 11 juillet 2012, n°11-11709.

¹³ Cass. soc., 25 janvier 2012, n°09-72671.

plusieurs juridictions dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations¹⁴.

63. La Cour de cassation est venue préciser que le non-respect répété par un employeur des préconisations du médecin du travail peut constituer un harcèlement moral¹⁵.
64. En vertu de l'article 1 1° de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précité, le refus de mettre en place des mesures appropriées pour permettre à une personne handicapée d'exercer son emploi ou d'y progresser constitue un harcèlement fondé sur le handicap s'il apparaît que les besoins spécifiques du salarié handicapé sont systématiquement laissés de côté¹⁶.
65. Le Défenseur des droits rappelle également que l'existence d'un acte unique est constitutif d'un harcèlement discriminatoire, sans que des agissements répétés ne soient nécessaires¹⁷.
66. Le Défenseur des droits rappelle qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière civile, le harcèlement ne suppose pas d'établir la preuve d'une quelconque intention¹⁸ et que les faits de harcèlement et de discrimination doivent être appréciés de manière globale¹⁹.
67. Enfin, l'article L.1132-3 du code du travail sanctionne les mesures de rétorsion faisant suite à la dénonciation de faits de discrimination : « *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* ».
68. En l'espèce, Madame X explique qu'antérieurement à sa visite médicale de février 2015 – soit après son embauche - et face au besoin d'aménager son poste de travail, elle a pris contact avec Madame G, chargée de la Mission handicap de la direction opérationnelle B. Monsieur F lui aurait alors vivement reproché cette initiative en lui déclarant « *Je ne vous pardonnerai pas, vous avez voulu passer au-dessus de moi, qui est-ce qui commande ici, c'est moi, qui est-ce qui vous paie, c'est moi, il m'a dit que j'étais en CDD et que je n'avais droit à rien ici* ». Madame X a dénoncé ces propos par courrier du 12 juin 2015 à la direction de la société.
69. Elle indique également que les faits de harcèlement se seraient aggravés après que le médecin du travail a préconisé un aménagement de poste. Dans son courrier du 12 juin 2015, elle précise : « *Le mercredi 27 mai (...) Monsieur F me reçoit dans son bureau et il me dit qu'il met fin à mon CDD et que de toute façon il ne me reprendra plus jamais même s'il a besoin de quelqu'un, il a continué à me faire des reproches parce que j'avais appelé le siège social et que je n'aurais jamais dû faire ça ! Je lui ai demandé où était mon siège que j'attends depuis longtemps et dont j'ai besoin, il m'a répondu que si le siège était là, il servirait à quelqu'un d'autre* ».
70. Afin de confirmer ses déclarations, Madame X produit l'attestation de Monsieur H, responsable adjoint zone marché de la société au moment des faits, datée du 27 septembre 2015, qui déclare avoir distinctement entendu Monsieur F s'adresser à elle en ces termes : « *Vous vous êtes permis de passer par-dessus moi, en appelant la DRH, vous n'avez aucun droit ici (...). Ce n'est parce que vous êtes handicapée que vous pouvez vous permettre de faire ce que vous voulez ! (...)* ».

¹⁴ Voir notamment Déc. DDD n°2014-105 et CA Rennes, 10 déc. 2014, n°14/00134 ; Déc. DDD n°2015-064 et CA Toulouse, 29 janv. 2016, n°14/00360 ; Déc. DDD n°2015-044 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.

¹⁵ Cass. soc., 28 janv. 2010, n°08-42616.

¹⁶ Déc. DDD n°2018-181.

¹⁷ Déc. DDD n°2014-105.

¹⁸ Cass. soc., 10 novembre 2009, n°08-41497.

¹⁹ Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603 ; 29 juin 2011, n°10-15792.

71. En outre, dans un courriel du 16 juin 2015, Monsieur H, délégué du personnel et délégué syndical CFTC, a indiqué à Madame A, déléguée du Défenseur des droits qui l'avait interrogé, que « *Madame X qui est une personne reconnue comme travailleur handicapé a eu le malheur de téléphoner à Madame G (...) Monsieur F l'a pourrie en salle de pause devant les salariés avant de finir sa conversation dans son bureau en lui disant que même s'il recevait la chaise ergonomique, elle ne serait pas pour elle* ». Il indique ensuite qu'à la demande de Madame X, il a sollicité Monsieur F qui lui a déclaré qu'il ne la « *reprendrait pas à la fin de son CDD (...) puisqu'elle a voulu passer au-dessus de moi, elle est grillée ici et même dans les autres magasins, j'ai déjà appelé les directeurs* ».
72. Enfin, les éléments communiqués par Madame X laissent apparaître une dégradation de son état de santé concomitante aux propos dénoncés puisqu'elle a été placée en arrêt de travail pour souffrance au travail dès le 28 mai 2015, soit le lendemain de l'altercation avec Monsieur F dénoncée auprès de la direction.
73. Dans ses réponses, la société Y nie toute discrimination à l'encontre de Madame X et fait valoir que la réclamante a été embauchée en qualité de travailleur handicapé, grâce à l'aide du CAP EMPLOI du B avec lequel collabore la société. Toutefois, les faits dénoncés se sont produits en 2014, après la nomination en tant que directeur de magasin de Monsieur F.
74. La société Y produit également plusieurs attestations de salariés faisant état de l'absence de comportement discriminatoire de Monsieur F à l'encontre de Madame X. Néanmoins, ces attestations ne permettent pas de justifier de manière objective les faits dénoncés et constatés par ailleurs, compte tenu du lien de subordination hiérarchique et d'intérêt économique les liant à l'entreprise.
75. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que les agissements de Monsieur F à l'encontre de Madame X sont en lien avec sa qualité de travailleur handicapé et ont eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant au sens de l'article 1er de la loi n°2007-496 du 27 mai 2008 et des dispositions précitées.

➤ **Sur l'absence de renouvellement du contrat de travail de Madame X**

76. Aux termes de l'article L.1132-3, « *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* ».
77. Sont ainsi prohibées les mesures de rétorsion fondées sur la dénonciation, par un salarié, de faits de discrimination dont il s'estime victime dans le cadre de son activité professionnelle.
78. Comme en matière de harcèlement moral, le salarié qui relate des faits de discrimination ne peut voir son contrat de travail rompu pour ce motif, sauf à démontrer qu'il était de mauvaise foi.
79. La jurisprudence est particulièrement stricte s'agissant de l'appréciation de la mauvaise foi du salarié. La Cour de cassation a ainsi considéré, à propos de la dénonciation de faits de harcèlement moral, que la mauvaise foi ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis²⁰. Elle doit résulter de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce²¹.

²⁰ Cass, soc., 10 mars 2009, n°07-44092.

²¹ Cass, soc., 7 février 2012, n°10-18035 ; Cass. soc., 10 juin 2015, n°13-25554 et n°14-13318.

80. En l'absence de preuve de la mauvaise foi du salarié par l'employeur, la sanction est la nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.
81. En l'espèce, les éléments recueillis au cours de l'enquête du Défenseur des droits laissent apparaître que la dénonciation par Madame X des agissements qu'elle estimait subir par Monsieur F semble avoir été prise en compte dans la décision de l'employeur de ne pas renouveler son contrat de travail à durée déterminée.
82. En effet, le courrier du 12 juin 2015 de Madame X, le courriel de Monsieur H du 16 juin 2015 et l'attestation de Monsieur H du 27 septembre 2015 précités permettent de constater que Monsieur F lui a reproché d'avoir dénoncé les difficultés qu'elle rencontrait dans l'aménagement de son poste de travail et lui a indiqué qu'il ne renouvellerait pas son contrat de travail.
83. Ces éléments sont confirmés par une pétition « à l'encontre de Monsieur F » de plus de 40 clients du magasin de D en date du 14 juin 2015 : « *Monsieur F, directeur, lui a annoncé qu'il n'y aura pas de renouvellement du CDD ni maintenant ni jamais selon ses propres propos. Suite à cela, nous trouvons déplorable de nous priver d'une caissière rapide et agréable, ce qui était un plaisir de passer à sa caisse. Sur ce fait, nous soutenons Madame X, nous réfutons les dires du directeur prétextant que Madame X était incompétente et que nous, la clientèle, s'était plainte de cette dernière, ce qui est totalement faux* ».
84. Dans ses réponses, la société Y fait valoir que la décision de ne pas renouveler le contrat de Madame X est fondée sur ses compétences professionnelles et, plus particulièrement, sur son attitude très familière avec certains clients.
85. La société conteste la prise en compte par le Défenseur des droits de la pétition produite par la réclamante. En réponse, elle produit un certain nombre d'attestations de salariés, plus à même, selon elle, d'évaluer les compétences professionnelles de la réclamante.
86. Néanmoins, outre les liens de subordination et d'intérêt économique de ces salariés avec la société, le Défenseur des droits souligne qu'aucun élément matériellement vérifiable, tel que des évaluations professionnelles ou des lettres d'avertissement concomitantes aux faits reprochés à Madame X, ne vient corroborer les déclarations de la société.
87. Le Défenseur des droits relève que la société Y a renouvelé à douze reprises sa collaboration avec Madame X, ce qui tend à démontrer qu'elle était satisfaite de la qualité de son travail, même si cette collaboration s'est exercée dans un cadre illégal. En effet, le recours systématique aux contrats à durée déterminée a été sanctionné par le Conseil de prud'hommes de Z, qui a jugé la requalification de la relation de travail en un contrat à durée indéterminée. Tel que l'a relevé le Conseil de prud'hommes de Z dans son jugement, le Défenseur des droits souligne la précarité et la fragilité dans laquelle se trouvait Madame X, n'ayant jamais l'assurance de la poursuite de la relation de travail.
88. Le courrier du 22 juin 2015 par lequel la direction opérationnelle B annonce à Madame X la fin de leur collaboration ne fait aucune référence à ses compétences professionnelles. Les termes de cette lettre laissent au contraire apparaître que la décision de ne pas renouveler son contrat est en lien avec sa dénonciation des faits : « *Vous portez à notre connaissance des allégations graves à l'encontre du directeur du magasin de D, Monsieur F, mais ce, sans apporter de dates précises quant aux situations décrites ni de témoignages*

corroborant votre version des faits (...). Lors de la conclusion de votre contrat de travail à durée déterminée, une date de fin au 2 juillet 2015 a été indiquée correspondant au retour supposé de la salariée remplacée. La poursuite éventuelle d'une relation de travail de façon durable et permanente est possible en fonction des besoins de l'entreprise et de l'entente réciproque entre un employeur et un collaborateur. Il semble, à travers la lecture de vos courriers, qu'aucune de ces deux conditions ne soient réunies. Nous vous souhaitons donc bonne continuation dans votre vie professionnelle ».

89. Par ailleurs, le fait que deux représentants du personnel, Monsieur H et Madame I, attestent en faveur de la société que le non-renouvellement du contrat de travail de Madame X n'est pas en lien avec son handicap ne constitue pas un élément objectif suffisant. En effet, dans son courriel du 16 juin 2015 précité, Monsieur H relate les propos de Monsieur F portant directement atteinte à la qualité de travailleur handicapé de Madame X, tout en considérant que cela ne constitue pas « *une discrimination pure et simple* » puisque Monsieur F faisait également subir des brimades à d'autres salariés de l'entreprise.
90. Enfin, le Défenseur des droits relève que la salariée que remplaçait en dernier lieu Madame X avait décidé de prolonger son congé parental, de sorte que le poste qu'elle occupait était toujours disponible au sein de l'entreprise au 2 juillet 2015.
91. Dès lors, le Défenseur des droits considère que l'absence de renouvellement du contrat de travail de Madame X par la société Y n'est pas fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination mais s'inscrit dans le contexte des faits de harcèlement relevés plus haut et dénoncés par Madame X auprès de la direction.
92. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Madame X n'a pas fait l'objet de visite médicale avant son embauche au sein de la société Y, en dépit de sa qualité de travailleur handicapé dont avait connaissance la société, ce qui caractérise un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, qui a nécessairement causé un préjudice à la salariée au sens de la jurisprudence ;
 - Constate que le refus de prendre des mesures appropriées par l'employeur constitue un manquement à son obligation d'aménagement raisonnable et est constitutif d'une discrimination à l'égard de Madame X.
 - Constate que Madame X a subi des agissements en lien avec son handicap de la part de MONSIEUR F, susceptibles d'être qualifiés de harcèlement discriminatoire au sens des dispositions de l'article 1^{er} de la loi n°2007-496 du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination ;
 - Constate que le non-renouvellement du contrat de travail de Madame X au sein de la société Y s'inscrit dans le cadre des agissements qu'elle a subis et dénoncés auprès de la direction de la société et est ainsi susceptible d'être qualifié de mesure de rétorsion sanctionnée par la nullité au sens des articles L.1132-3 et L.1132-4 du code du travail.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de Z.

Claire HÉDON