



Homophobie, vous avez dit homophobie ?



Isabelle AYACHE-REVAH

Avocat associé

Raphaël Avocats

www.raphael-avocats.com

Identifier les différentes manifestations d'homophobie dans l'entreprise pour les prévenir, voire les combattre.

Le 19 juillet dernier, *Muriel Pénicaud*, Ministre du travail, signait la chartre d'engagement LGBT ⁽¹⁾ portée par l'association *l'Autre cercle* qui milite pour la diversité et l'inclusion dans le monde du travail des personnes victimes d'actes LGBT-phobes, et donc homophobes.

Un an plus tôt, le décret du 3 août 2017 ⁽²⁾ est également venu améliorer la lutte contre les manifestations de l'homophobie en renforçant à cette fin la répression des contraventions de provocation, diffamation et injure non publique à caractère homophobe. Désormais, les diffamations et injures non publiques constituent des contraventions de 5^e classe, punies d'une amende maximale de 1 500 euros, ou 3 000 euros en cas de récidive.

(1) Lesbiennes, Gay, Bisexuelles ou Transgenres.

(2) D. n° 2017-1230, 3 août 2017, relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire.

C'est bien. Mais est-ce assez ? Pas vraiment...

Malgré le renforcement de l'arsenal juridique, des politiques publiques et la multi-

plication des actions menées en faveur des personnes homosexuelles ces dernières années, l'association *SOS homophobie* rappelle, dans son rapport publié en 2018, que les actes et propos homophobes sont toujours à déplorer dans notre société et notamment en milieu professionnel.

DRESSER LE CONSTAT DE LA SITUATION DANS L'ENVIRONNEMENT PROFESSIONNEL

Qu'est-ce que l'« homo » « phobie » ?

Le terme homophobie, apparu dans les années 1970, vient de « homo », abréviation de « homo-

sexuel », et de « phobie » du grec *phobos* qui signifie « crainte ».

Il désigne les manifestations de mépris, rejet, haine, les injures, le harcèlement, la discrimination envers des personnes, des pratiques ou des représentations homosexuelles ou supposées l'être.

Est ainsi homophobe toute organisation ou individu rejetant l'homosexualité et les homosexuels, et ne leur reconnaissant pas les mêmes droits qu'aux hétérosexuels.

L'homophobie traduit donc un rejet de la différence propre à l'orientation sexuelle, au même titre que la xénophobie, le racisme, le sexisme, les discriminations sociales, celles liées aux croyances religieuses, aux handicaps, etc. ⁽³⁾.

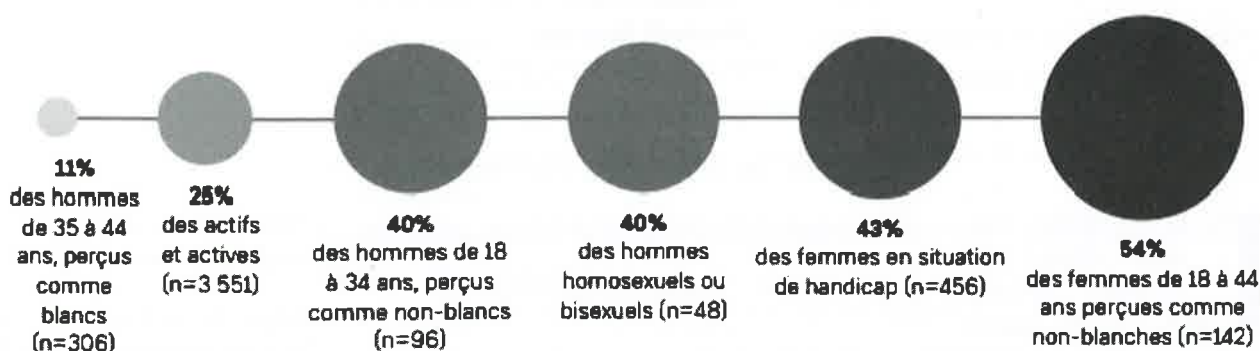
Perception des discriminations

Le 28 septembre 2018, le Défenseur des droits, associé à l'Organisation internationale du travail (OIT), a publié les résultats d'une enquête ⁽⁴⁾ sur l'exposition des personnes actives aux propos et comportements homophobes, sexistes, racistes, liés à la religion ou à l'état de santé, ou handiphobes sur 3 551 personnes.

Cette dernière révèle notamment que le monde du travail apparaît encore aujourd'hui comme un milieu stigmatisant : **une personne sur quatre déclare avoir fait l'objet de tels propos ou comportements.**

Plus précisément, sur les 48 hommes qui se déclarent homosexuels ou bisexuels interrogés dans l'enquête, 40 % rapportent y avoir été confrontés au moins une fois.

Répartition des expériences de propos et comportements sexistes, racistes, homophobes, liés à la religion, handiphobes ou liés à l'état de santé au travail, pour certains groupes sociaux



11^e baromètre publié par le Défenseur des droits sur la perception des discriminations dans l'emploi.

Plus encore, 86 % des personnes ayant vécu une telle expérience affirment avoir fait l'objet par la suite d'une discrimination ou d'une forme de dévalorisation de leur travail.

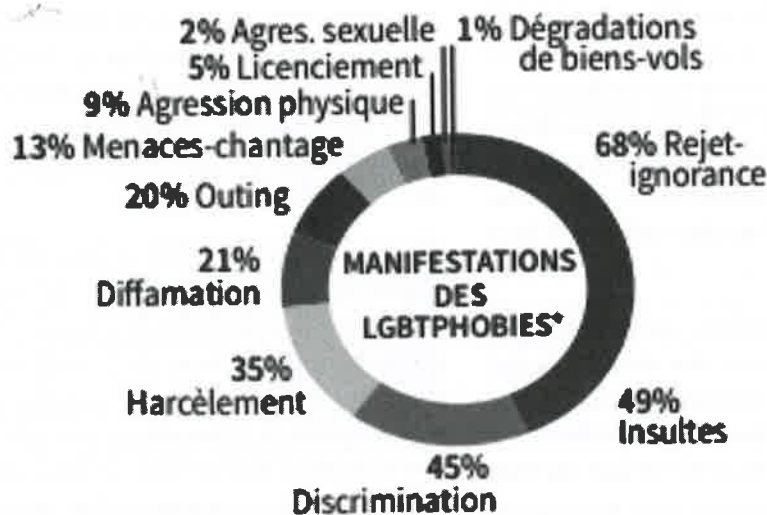
L'enquête met ainsi en évidence la récurrence de ces propos et comportements avec d'autres formes d'hostilité et de dévalorisation du travail, telles que des faits de discrimination ou de harcèlement dit « *discriminatoire* ».

Variété des manifestations homophobes

Le 17 mai 2018, le 22^e rapport sur l'homophobie avait fait état des différentes manifestations que pouvaient générer les LGBTphobies au travail (lesbophobie, gayphobie, biphobie et transphobie).

(3) Rapport sur l'homophobie 2018.

(4) 11^e baromètre publié par le Défenseur des droits sur la perception des discriminations dans l'emploi.



Rapport sur l'homophobie 2018 – pages 122

Selon ce rapport, « au niveau des types d'actes LG-BTphobes ⁽⁵⁾, actes incluant l'homophobie, les cas d'agression physique, de rejet, de discrimination, de harcèlement et de diffamation auraient légèrement augmenté en 2017, tandis que les cas de menace et d'agressions sexuelles seraient restés stables. »

Les insultes toujours présentes dans l'environnement professionnel (en hausse de 5 points), et la « LGBTphobie des dirigeants » engendreraient encore des licenciements dans 5 % des cas signalés en 2017. Ces chiffres sont évidemment difficiles à vérifier.

Ainsi, les propos et comportements homophobes seraient minimisés dans les milieux du travail et ne se résument pas à des actes isolés (insultes ou agressions), puisque très souvent ces derniers se traduiraient également par des faits de discrimination, de harcèlement et, plus largement, par des formes de dévalorisation du travail.

Or, ces formes de manifestations sont plus discrètes, et parfois difficiles à déceler pour l'employeur.

Homophobie, cause de discrimination liée à l'orientation sexuelle

Selon le Code du travail ⁽⁶⁾, « [...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de

distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de [...] son orientation sexuelle, [...] de son identité de genre [...] ».

Pour le législateur ⁽⁷⁾, « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son [...] orientation sexuelle ou de son identité de genre, 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. [...] ».

En 2013, et pour la première fois, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'une discrimination liée à l'orientation sexuelle d'un salarié qui avait subi un retard dans son évolution de carrière ⁽⁸⁾.

Plus précisément, l'intéressé avait postulé en vain à 14 reprises à un poste de sous-directeur ou à un poste de niveau équivalent, et il était le seul cadre dirigeant de sa promotion à ne pas avoir eu une telle promotion après avoir réussi le concours interne, bien qu'il ait été parmi les candidats les plus diplômés.

En mars 2014, le Défenseur des droits, saisi par une salariée, a considéré discriminatoires la mutation et le licenciement pour faute grave de l'intéressée au motif que les raisons évoquées (« [...] votre management orienté par la relation que vous entretenez avec Madame Z, votre subordonnée dans l'entre-

(5) Manifestations de l'homophobie (lesbophobie, gayphobie), de la biphobie et de la transphobie.

(6) C. trav., art. L. 1132-1.

(7) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

(8) Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-15.204.



prise, avait pour effet de porter atteinte à la santé de certains autres salariés [...] ») étaient basées sur sa vie privée, à savoir la relation homosexuelle qu'elle entretenait avec une collègue ⁽⁹⁾. Munie de ces observations, la Cour d'appel de Chambéry a accueilli les demandes de la salariée et déclaré nul son licenciement, car reposant sur un motif discriminatoire lié à son orientation sexuelle ⁽¹⁰⁾.

Dans une autre affaire, les parties, qui ont suivi les recommandations du Défenseur des droits, ont été contraintes de conclure une transaction avec un salarié qui avait subi des propos homophobes, des crachats et diverses humiliations de la part de l'un de ses collègues, ce qui constituait une discrimination en raison de son orientation sexuelle ⁽¹¹⁾.

Plus récemment encore, la jurisprudence de la chambre sociale a jugé discriminatoire le refus d'embauche d'un coiffeur victime d'injures liées à son orientation sexuelle de la part de son supérieur hiérarchique ⁽¹²⁾.

Homophobie conduisant à un harcèlement discriminatoire

Le harcèlement discriminatoire est une forme de discrimination qui se définit comme « *tout agissement lié à [un motif prohibé], subi 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* » ⁽¹³⁾.

En pratique, l'homophobie peut ainsi constituer le moteur de comportements qui, liés à l'orientation sexuelle d'un(e) salarié(e), sont susceptibles de caractériser un harcèlement discriminatoire lorsqu'ils emportent de telles conséquences.

Remarque

Il convient de préciser que les agissements n'ont pas besoin d'être répétés pour qu'une situation puisse être qualifiée de harcèlement discriminatoire, un acte unique peut suffire ⁽¹⁴⁾.

(9) Décision du Défenseur des droits MLD n° 2014-10, 20 mars 2014.

(10) CA Chambéry, 24 juin 2014, n° 13/01496.

(11) Décision du Défenseur des droits MLD n° 2014-120, 15 sept. 2014.

(12) CA Paris, 21 févr. 2018, n° 16/02237.

(13) Fiche pratique, « *Le harcèlement discriminatoire au travail* » publiée par le Défenseur des droits.

(14) Décision du Défenseur des droits MLD-2014-105, 31 juill. 2014 ; CA Rennes n°14/00134, 10 déc. 2014.

Dans une telle situation, le salarié peut obtenir une double indemnisation : pour harcèlement moral, d'une part, et pour discrimination, d'autre part. La Cour de cassation considère en effet ⁽¹⁵⁾ que ces faits entraînent des préjudices différents ouvrant droit à des réparations spécifiques.

La Cour d'appel de Paris a ainsi récemment ⁽¹⁶⁾ prononcé la nullité de la rupture du contrat de travail d'un salarié homosexuel, chargé d'affaire auprès d'une banque, victime de harcèlement discriminatoire, qui recevait sur sa messagerie professionnelle des courriels à connotation sexuelle dans lesquels son supérieur hiérarchique et ses collègues faisaient référence à son homosexualité, assortis de moqueries et d'humiliations, et qui avait été contraint d'adhérer à un plan de départ volontaire. Et elle a ordonné son indemnisation à hauteur de 600 000 €, dont 100 000 € en réparation du préjudice moral subi.

Récemment, la jurisprudence a prononcé la nullité d'un licenciement pour inaptitude d'une salariée au motif que ce dernier était intervenu en lien avec des agissements sexistes et des propos homophobes caractérisant des faits de harcèlement moral ⁽¹⁷⁾.

PRÉVENIR LE RISQUE

Difficiles à déceler, ces différentes manifestations de l'homophobie (propos et/ou comportement homophobes, discrimination, harcèlement discriminatoire) peuvent pourtant avoir des conséquences psychologiques, physiques et sociales, parfois dévastatrices pour les salariés qui en sont victimes.

Intégrer la lutte contre les propos et comportements homophobes à la prévention des risques professionnels

Dans la mesure où ces situations sont de nature à engager la responsabilité de l'employeur sur le fondement de son obligation de sécurité de résultat ⁽¹⁸⁾, en particulier s'il ne parvient pas à démontrer qu'il a pris toutes les mesures propres à faire cesser les agissements fautifs et, le cas échéant, les sanc-

(15) Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-23.521.

(16) Décision du Défenseur des droits MLD-2016-171 ; CA Paris, 22 sept. 2016, n° 14/07337.

(17) CA Grenoble, 2 oct. 2018, n° 17/01705.

(18) CA Versailles, 10 janv. 2012, n° 10/04996.



tionner ⁽¹⁹⁾, le Défenseur des droits invite ces derniers à intégrer la lutte contre l'homophobie à une démarche de prévention des risques professionnels.

Reste que l'identification de ces manifestations et de leur(s) auteur(s) peut s'avérer difficile en pratique :

- d'une part, parce que, comme nous l'avons vu plus haut, un seul et même agissement motivé par l'homosexualité du salarié suffit à caractériser des faits de harcèlement discriminatoire, dès lors que ce dernier a eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- d'autre part, en raison du fait que, si l'on s'en tient à la recommandation formulée par le Défenseur des droits ⁽²⁰⁾, les blagues ou « l'humour potache » doivent toujours s'analyser au regard de la perception et du ressenti qu'ils provoquent chez celui ou celle qui les reçoit ;
- enfin, dans la mesure où leurs auteurs tentent fréquemment de minimiser leurs actes, mais également d'en dissimuler les motivations réelles. Peu assument, en effet, d'être homophobes dans le milieu professionnel. On peut, pour illustration, citer l'exemple de cet employeur qui avait invoqué l'absence d'une journée d'un de ses salariés pour lui notifier la rupture de sa période d'essai, alors que ce dernier avait reçu la veille, sur son téléphone portable, un SMS provenant de sa supérieure hiérarchique dont il ne semblait pas être le destinataire et dans lequel elle indiquait vouloir s'en séparer en raison de son homosexualité ⁽²¹⁾ (« Je ne garde pas X [...]. Je ne le sens pas ce mec c'est un pd, ils font tous des coups de pute [...] »).

Adopter des moyens d'actions idoines

Pour prévenir et ainsi lutter contre de tels agissements, le Défenseur des droits a notamment rédigé deux guides, l'un intitulé « *Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi* », le second sur « *Le harcèlement discriminatoire au travail* » présentant les obliga-

tions de l'employeur et les moyens de prévention mis à sa disposition.

Formaliser un engagement

Comme l'a expressément suggéré le Défenseur des droits dans son Guide, intégrer dans les actions de lutte contre les discriminations et de prévention du harcèlement, le critère de l'orientation sexuelle est indispensable pour que l'égalité de traitement bénéficie à toutes et à tous.

L'une des premières étapes pour prévenir les manifestations de l'homophobie consiste pour l'employeur à formaliser son engagement.

Il pourra le faire en rédigeant un document écrit précisant les objectifs et les actions concrètes tout en répondant à l'enjeu de pérennisation.

D'autres formes peuvent être privilégiées :

- la signature d'une **charte éthique** (qui peut permettre d'accroître la visibilité de son engagement) ; dès lors qu'elle se traduit bien par des engagements précis et la prise de mesures concrètes ;
- l'élaboration d'un **plan d'action spécifique** de lutte contre l'homophobie, ou l'intégration du critère relatif à l'orientation sexuelle dans un plan plus général de lutte contre les discriminations. Un tel plan pourra prévoir des mesures relatives à la mise en place d'une campagne de communication, la réalisation d'un diagnostic, la mise en place de dispositifs favorisant l'intégration de tous les salarié(e)s, la mise en place d'actions de sensibilisation et de formation. Pour formaliser un engagement plus ambitieux, un accord cadre pourra également être signé avec les organisations syndicales.

Enfin, communiquer sur son engagement contre l'homophobie en interne auprès de l'ensemble des salariés par le biais de campagne de communication, d'affichage, mais aussi sur le site intranet de l'entreprise, devra être régulièrement répété pour souligner une prise de position déterminée

Prendre des mesures concrètes et pérennes

Établir un diagnostic est un préalable indispensable à l'élaboration d'un plan d'action efficace. Cette identification pourra s'effectuer, par exemple, en interrogeant les salariés sur leurs ressentis sur les discriminations liées à l'orientation sexuelle au travail.

(19) Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702.

(20) Décision du Défenseur des droits MLD n° 2014-079, 22 oct. 2014.

(21) Décision du Défenseur des droits MLD n° 2015-195, 24 juill. 2015 ; CA Paris, 21 févr. 2018, n° 16/02237.



L'Institut Randstad et l'association l'Autre cercle ont élaboré un outil d'autodiagnostic ⁽²²⁾. Il s'agit d'un questionnaire qui permet à l'entreprise de vérifier la neutralité de ses techniques de ressources humaines.

Or, garantir l'égalité de traitement des personnes dans les processus RH est un élément fondamental pour lutter contre l'homophobie au travail.

L'employeur doit ainsi veiller à ne pas utiliser de termes susceptibles d'exclure des salariés du fait de leur orientation sexuelle dans les documents relatifs au contrat de travail, à l'organisation du travail. Il doit par ailleurs prendre garde à ne pas traiter différemment les couples mariés homosexuel(le)s et hétérosexuel(le)s, et leur accorder les mêmes avantages sociaux.

Les procédures doivent enfin garantir la confidentialité des données communiquées par le salarié (attestation de mariage, pacte civil de solidarité) et sanctionner les manquements à cette obligation.

Remarque

Dispenser aux personnes en charge des ressources humaines une formation sur la confidentialité de ces données pourra permettre à l'employeur de prévenir d'éventuels manquements.

Rappelons par ailleurs que, depuis l'adoption de la loi du 27 janvier 2017 ⁽²³⁾, le nouvel article L. 1131-2 du Code du travail contient une obligation de formation à la non-discrimination pour toutes les personnes chargées du recrutement dans les entreprises employant au moins 300 salariés.

La formation des RH et managers est donc indispensable : elle aura un impact direct sur les processus RH et sur le recrutement, et l'évolution de carrière des personnes homosexuelles. Elle aura également une incidence sur les sanctions prises à l'encontre des personnes homophobes.

Sensibiliser et former l'ensemble du personnel

Sensibiliser l'ensemble du personnel, par le biais d'une formation, permettra d'informer chacun sur l'engagement pris par l'employeur, mais surtout de

banaliser la question de l'orientation sexuelle, et en particulier celle de l'homosexualité.

La formation permettra de faire évoluer les mentalités et de remettre à jour les pratiques du personnel à tout niveau de la hiérarchie.

Communiquer sur les voies de recours, les acteurs susceptibles d'aider les victimes (supérieur hiérarchique, DRH, représentant du personnel, médecin du travail, défenseur des droits), ainsi que sur les sanctions applicables, permettra aux victimes d'homophobie de mieux identifier les personnes envers lesquelles elles peuvent s'adresser et les actions dont elles disposent.

Traiter les différentes manifestations de l'homophobie

L'employeur se doit de prendre au sérieux tous les signalements de discrimination et de harcèlement et **diligenter une enquête interne** dès lors qu'il est saisi de ce type de faits. Il doit en outre procéder à l'audition de toutes les personnes susceptibles de lui apporter un éclairage sur les faits dénoncés.

Dans le cadre de cette enquête, il pourra prendre des mesures conservatoires permettant de protéger la santé et la sécurité des victimes : modification des horaires de travail, changement d'affectation visant à éloigner les personnes concernées, saisine de la médecine du travail, sont des mesures efficaces que l'employeur peut adopter pour protéger le salarié victime.

Cette injonction à mener une enquête n'est pas à prendre à la légère : le Défenseur des droits a ainsi considéré que le fait de se contenter d'adresser une note interne au personnel constituait une mesure insuffisante au regard de la gravité de la situation, et a estimé qu'une enquête interne aurait dû être diligentée afin d'identifier l'auteur des faits et le sanctionner ⁽²⁴⁾.

Une autre précaution consiste à veiller à ce que la personne qui s'estime victime ne soit pas isolée ou stigmatisée suite à la dénonciation des faits. La Cour d'appel de Paris a ainsi considéré que la tentative répétée d'éloigner la salariée, en lui proposant à trois reprises une mutation, relève d'une volonté de pas-

(22) « Quick Scan : votre entreprise est-elle gay friendly ? ».

(23) L. n° 2017-86, 27 janv. 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté

(24) Décision du Défenseur des droits, MLD n° 2014-079, 22 oct. 2014.



ser sous silence, davantage qu'une mise sous protection de l'intéressée ⁽²⁵⁾.

En tout état de cause, à l'issue de l'enquête, une décision motivée devra être notifiée à la personne qui a signalé les faits, et à celles(s) mise(s) en cause. En cas de difficultés sur la qualification juridique des faits et/ou sur la rédaction de la décision, il est préférable d'avoir recours à un expert juridique interne ou externe.

Si la **discrimination et/ou le harcèlement sont établis**, l'entreprise devra sanctionner dès que possible l'auteur des faits au risque que sa responsabilité pour faute soit engagée.

À ce titre, la jurisprudence considère que les propos homophobes tenus par un salarié constituent une faute grave, et justifient le licenciement de son auteur ⁽²⁶⁾.

Pour se voir exonéré de sa responsabilité, l'employeur devra démontrer qu'il a mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour prévenir et, le cas échéant, sanctionner les faits de harcèlement ou de discrimination liés à l'orientation sexuelle du salarié ⁽²⁷⁾.

La jurisprudence a notamment jugé que remplit son obligation de sécurité de résultat l'employeur qui, suite à la dénonciation de comportements homophobes, démontre avoir répondu à cette dénonciation en adressant au personnel une lettre-circulaire, en rappelant aux salariés les incidences dis-

ciplinaires, voire pénales susceptibles de résulter de manquements à cet égard, mais également en convoquant les parties, et en associant l'inspecteur du travail à sa démarche ⁽²⁸⁾.

L'entreprise peut également rendre publiques, de manière anonymisée, les sanctions prononcées contre les auteurs d'actes homophobes, ce qui a un effet dissuasif pour ces derniers.

Mais surtout, la mise en place d'un dispositif d'alerte afin de recueillir, enregistrer et traiter les plaintes des salariés s'avère opportune pour accompagner les victimes.

*Favoriser, encore et toujours,
le dialogue social avec les salariés
et leurs représentants*

Ce dialogue pourra se traduire par le soutien à la création d'une structure dédiée à la lutte contre l'homophobie ou d'un réseau LGBT au sein de l'organisation, notamment par des subventions, la mise à disposition d'un local, et par leur intégration comme acteur de la politique de lutte contre l'homophobie...



Le chemin est encore long.

Mais l'étape cruciale de la prise de conscience est passée. Ne reste plus qu'à agir. Les DRH n'exercent décidément pas un métier facile. Qui en doutait ? ♦

(25) CA Paris, 2 mai 2018, n° 16/1575.

(26) CA Rennes, 30 mars 2018, n° 16/02506 ; CA Besançon, 7 juill. 2017, n° 16/00638.

(27) Cass. soc, 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702.

(28) CA Montpellier, 15 mai 2013, n° 11/06233.