

Paris, le 16 avril 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-083

Le Défenseur des droits,

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

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

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

Vu le code civil ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Madame X qui estime avoir fait l'objet d'un refus de promotion et d'un licenciement discriminatoires en raison de son état de grossesse par la société Y ;

Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z

Jacques TOUBON

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

1. Le 16 juillet 2014, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative au refus de promotion qui lui a été opposé et à son licenciement, qu'elle estime discriminatoires car en lien avec son état de grossesse.

RAPPEL DES FAITS :

2. Le 13 décembre 2005, Madame X a été embauchée en qualité de standardiste par la société Y, un constructeur de maisons individuelles. Elle a été promue aux fonctions d'attachée commerciale le 14 avril 2008. En dernier lieu, elle occupait les fonctions d'ingénieur commercial avec un statut de VRP au sein de l'agence de Z
3. Le 15 novembre 2013, Monsieur A, Directeur des ventes pour le département Rhône-Alpes, et Monsieur B, Directeur de territoire, lui auraient annoncé qu'elle serait promue au poste de chef des ventes lorsqu'elle reprendrait son activité après son congé maternité.
4. Le 26 novembre 2013, elle est placée en arrêt maladie pour grossesse pathologique.
5. Le 5 juin 2014, alors que Madame X reprend son activité, elle apprend que Madame C, qui aurait été recrutée au poste de chef des ventes le 27 novembre 2013 pour assurer l'intérim pendant son congé maternité, occupe ce poste de façon définitive.
6. Par courrier recommandé du 11 juin 2014, Monsieur B lui indique qu'elle conserve ses fonctions d'ingénieur commercial mais qu'elle doit les exercer, à compter du 16 juin 2014, au sein d'une autre agence, celle de D.
7. Par courriel du 9 juillet 2014, Monsieur B indique qu'il laisse à Madame X jusqu'au 1^{er} septembre 2014 pour prendre ses fonctions et lui rappelle qu'elle doit respecter la clause de son contrat de travail autorisant le changement de secteur dans le cadre de l'adaptation des réseaux de vente.
8. Par courrier du 4 août 2014, Madame X est licenciée pour cause réelle et sérieuse en raison de son refus de prendre ses fonctions au sein de l'agence de D.

ENQUETE :

9. Le Défenseur des droits a demandé un certain nombre de pièces et d'explications à la société Y qui a donné suite à cette demande.
10. A sa demande, Monsieur E, adjoint au directeur des ressources humaines de la société Y, a été entendu par les services du Défenseur des droits. Un procès-verbal d'audition a été contradictoirement établi le 16 décembre 2014.
11. Au vu des éléments recueillis au cours de son enquête, le Défenseur des droits a adressé à la société Y le 25 février 2015 une note récapitulant son analyse du dossier et lui a offert de formuler des observations complémentaires. Cette note a en effet pour objet d'inviter le mis en cause à apporter de nouvelles justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne statue.
12. En réponse, la société Y conteste son analyse. Elle estime que Madame X ne rapporte pas la preuve de la discrimination qu'elle allègue.
13. Pour autant, les éléments recueillis au cours de l'enquête permettent de considérer que Madame X est victime de discriminations au sens de l'article L.1132-1 du code du travail.

ANALYSE JURIDIQUE :

Sur le principe général de non-discrimination et l'interdiction des mesures discriminatoires fondées sur l'état de grossesse :

14. L'article L. 1132-1 du code du travail définit le principe de non-discrimination en vertu duquel « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] notamment en matière de rémunération, [...] de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison [...] de son sexe, ou de sa grossesse* ».
15. Le Défenseur des droits rappelle que la discrimination existe non seulement lorsqu'une décision défavorable est motivée par l'annonce de l'état de grossesse, mais aussi lorsqu'elle est motivée par l'absence résultant du congé maternité (Cass., soc., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-41.856 ; Cass., soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-45.262).
16. S'agissant du régime de la preuve applicable lorsqu'une discrimination est soulevée, l'article L. 1134-1 du code du travail dispose que « *lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée* ».
17. L'analyse du dossier conduit le Défenseur des droits à considérer que la société Y ne justifie pas le refus de promotion opposé à Madame X par des éléments objectifs étrangers à son congé maternité, ni le fait de l'avoir réintégrée dans un emploi équivalent au poste qu'elle occupait avant celui-ci.

Sur l'interdiction de priver une salariée d'une promotion en raison de son congé maternité :

18. L'article L. 1142-1 du code du travail prévoit que « *nul ne peut prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de promotion professionnelle* ». Le non-respect de ces dispositions entraîne pour la salariée un désavantage particulier en raison de sa grossesse par rapport à d'autres salariés n'ayant pas été dans cet état, ce qui caractérise une discrimination au sens des dispositions de l'article L. 1132-1 du code du travail.
19. Il résulte d'une jurisprudence constante qu'une salariée pour laquelle une promotion a été envisagée par l'employeur, ne peut se voir refuser celle-ci en raison de la survenance d'un congé maternité. Dans le cas contraire, la salariée est victime d'une discrimination fondée sur sa grossesse quand bien même l'employeur n'a pas pris l'engagement ferme de la promouvoir, s'il est établi que c'est en raison de la survenance de son congé maternité qu'elle n'a pas été promue (Cass., soc., 28 octobre 2008, préc.; Cass., soc., 16 décembre 2008, préc.; CA Versailles, 25 avril 2013, RG n° 12/01655 ; CPH Lyon, 26 février 2015, RG n° 10/03750).
20. Cette jurisprudence a été rappelée dans la décision n° 2009-404 du 12 décembre 2009 de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE). Le Défenseur des droits, qui a repris les missions de la HALDE, souligne de nouveau le fait qu'une discrimination fondée sur la grossesse est constituée lorsque l'absence résultant du congé maternité mène à un blocage de carrière (voir notamment, Défenseur des droits, MLD/2012-55 du 28 mars 2012 et MLD/2014-008 du 22 octobre 2014).
21. En l'espèce, les éléments du dossier montrent que Madame X devait occuper le poste de chef des ventes à son retour de congé maternité, ce qui correspondait pour elle à une promotion.
22. En effet, par un courriel en date du 18 décembre 2013, Monsieur A, Directeur des ventes, lui écrivait : « *concernant votre évolution sur le poste de chef de ventes, ne vous inquiétez pas ! La place vous est réservée, vous évoluerez à ce poste à votre retour de congé maternité* ».

23. Or, Madame X n'a pas obtenu cette promotion à son retour de congé maternité. Dès lors, ces éléments laissent présumer l'existence d'une discrimination à son encontre et il appartient à la société Y de démontrer que sa décision est fondée sur des éléments objectifs, tel que le prévoit le dispositif d'aménagement de la charge de la preuve précédemment indiqué à l'article L. 1134-1 du code du travail.
24. Interrogée par les services du Défenseur des droits sur les raisons pour lesquelles Madame X n'a pas été promue au poste de chef des ventes, la société Y fait valoir que « *les conditions contractuelles de ce nouveau poste n'avaient pas encore été définies dans le cadre d'un contrat* » et que, si elle a « *évoqué le "projet" de confier le poste de chef des ventes à Madame X à son retour de congé maternité* », « *entre temps, des évolutions ont eu lieu et la société a dû reconsidérer la situation* ».
25. Or, il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction que la société Y ne justifie pas « *les évolutions* » qui l'ont amenée à « *reconsidérer* » la promotion de Madame X autrement que par la survenance de son congé maternité et par la titularisation définitive de Madame C au poste de chef des ventes, alors qu'elle était supposée la remplacer pendant celui-ci.
26. Lorsqu'il a été entendu par les services du Défenseur des droits, Monsieur E a en effet expliqué : « *Madame X partant en congé maternité, et Monsieur F [ancien chef des ventes] partant fin décembre, donc sur les six mois à venir on n'avait plus de chef des ventes. Madame C a été recrutée pour prendre pendant six mois la gestion du point de ventes, et pour, à terme, développer un réseau d'agents commerciaux* ». Il ajoute qu'elle s'est bien intégrée et qu'elle avait bien géré l'activité. Aussi, Monsieur E explique que « *s'il était envisageable qu'elle [Madame X] soit promue avant de partir en congé maternité [...], il y a eu un "turn over" important, Madame C a pris ses fonctions, et au retour de son congé maternité, le poste était occupé* ».
27. C'est donc bien uniquement l'absence pour congé de maternité de Madame X qui a fait obstacle à sa nomination au poste de chef des ventes, alors que tous les éléments du dossier concourent à démontrer qu'elle devait occuper ce poste en promotion à son retour.
28. Or, une telle situation, qui la prive d'une évolution de carrière uniquement en raison de son départ en congé maternité, constitue une discrimination fondée sur sa grossesse dans son évolution de carrière au sens des articles L.1142-1 et L. 1132-1 du code du travail.
29. En outre, si société Y soutient que Madame X allègue une « *accusation gratuite de discrimination démentie par les membres élus du Comité d'entreprise, délégué syndical et membres du CHSCT, à savoir les plus hautes institutions représentatives du personnel chargées de ce type de problématiques dans [l']entreprise* », il convient de rappeler que la reconnaissance d'une discrimination n'est pas subordonnée à la saisine des représentants du personnel. La personne qui s'en estime victime n'est pas tenue de les en informer et le fait qu'elle n'exerce pas cette simple faculté ne la prive pas de demander ensuite la réparation d'une discrimination établie dans les faits.

Sur l'obligation de réintégrer la salariée dans son emploi ou un emploi similaire à l'issue du congé maternité :

30. L'article L. 1225-25 du code du travail prévoit qu' « *à l'issue du congé maternité, la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* ».
31. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la salariée doit retrouver en priorité son emploi (Cass. soc, 25 mai 2011, pourvoi n° 09-72.556). Ce n'est qu'en cas d'impossibilité dûment justifiée que l'employeur doit lui proposer un emploi similaire (Cass. soc, 22 mai 1997, pourvoi n° 94-40.297 ; Cass. soc, 1^{er} février 2012, pourvoi n°10-20.906).

32. La jurisprudence a dégagé plusieurs critères permettant d'apprécier les caractéristiques d'un emploi similaire au sens de l'article L. 1225-25 du code du travail. Elle précise notamment que ne constitue pas un emploi similaire celui qui ne permet pas à la salariée de conserver le même niveau de salaire, c'est-à-dire non seulement sa part fixe mais aussi sa part variable (Cass. soc., 2 avril 2014, pourvoi n°12-27.849).
33. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation juge que, si les dispositions de l'article L.1225-25 du code du travail n'interdisent pas à l'employeur de changer l'affectation de la salariée à l'issue de son congé maternité, il ne peut lui imposer ce changement s'il ne lui permet pas de lui assurer un même niveau de salaire (Cass. soc., 2 avril 2014, préc.).
34. En l'espèce, Madame X, qui exerçait avant son congé maternité ses fonctions à l'agence de Z, s'est vue notifier son affectation au sein de l'agence de D le 11 juin 2014 soit 5 jours après sa reprise d'activité.
35. Interrogée sur ce changement soudain d'affectation, la société Y fait valoir que « *le point de l'agence de D connaissait un volume important de prospects légitimant l'arrivée d'un ingénieur commercial en renfort. Dans ce cadre, la société a donc décidé de conserver Madame C au poste de chef des ventes (qu'elle occupait déjà depuis plusieurs mois) et d'affecter Madame X à l'agence de D en sa qualité d'ingénieur commercial à son retour de congé maternité* ».
36. Or, ce faisant, la société Y ne justifie pas les raisons pour lesquelles Madame X n'a pas été réintégrée dans son emploi d'ingénieur commercial au sein de l'agence de Z, alors qu'il était possible de lui attribuer un portefeuille de clients au sein de cette agence.
37. Il ressort en effet des organigrammes communiqués par la société Y que Monsieur G, un commercial recruté au début du congé maternité de Madame X était toujours en poste à l'issue de celui-ci, et que deux commerciaux, Madame H et Madame J ont été recrutés respectivement 15 et 5 jours avant son retour.
38. Force est donc de constater que la société Y n'était pas dans l'impossibilité de réintégrer Madame X dans son emploi, mais qu'elle a fait le choix de recruter trois commerciaux sous contrat à durée indéterminée au sein de l'agence de Z, pendant et à la toute fin de son congé maternité, de sorte qu'aucun poste n'était disponible pour elle lors de sa reprise d'activité dans cette agence.
39. Ce constat est corroboré par l'attestation de Monsieur K, technicien géomètre, qui témoigne du fait qu' « *au retour du congé maternité de Madame X, [son] bureau étant occupé par un nouveau commercial embauché pour le remplacement du poste qu'elle occupait, aucun poste de travail ne lui a été attribué et elle ne bénéficiait pas d'outils de travail (ordinateur, tablette, téléphone)* ». Monsieur L, ingénieur commercial, confirme ces faits et ajoute que « *nous [l'équipe commerciale] avons été à plusieurs reprises convoqués à des réunions "extraordinaires" et de dernière minute pour entendre que Séverine [X] ne serait plus chef des ventes, ou ne reviendrait pas à Z ou ne reviendrait pas du tout* ».
40. Or, il convient de relever que si elle n'a pas retrouvé son poste à l'issue de son congé de maternité, Madame X n'a pas davantage retrouvé un poste similaire en étant affectée à l'agence de D en ce que sa part variable de rémunération n'était pas de même niveau avant et après son congé maternité.
41. Madame X est en effet commerciale, soumise au statut collectif des VRP. Elle a, selon les règles de rémunération des commerciaux de la société Y, un salaire mensuel brut fixe de 1 400 euros. Le reste de sa rémunération lui est versée sous forme de commissions indexées sur les ventes qu'elle réalise. En 2013, la part variable de sa rémunération correspondait en moyenne à 69 % de son salaire mensuel brut et, en 2012, à 78 %¹.

¹ Selon les chiffres communiqués par la société Y dans son courrier de réponse à l'instruction en date du 11 mars 2015.

42. La société Y justifie le changement d'affectation de Madame X au sein de l'agence de D par le fait qu'elle « *comp[ait] sur ses qualités et son expérience pour dynamiser les résultats de l'agence de D* ». Elle indique ensuite que ce changement ne peut avoir d'incidence sur sa rémunération dès lors que c'est une « *agence en plein essor (deux fois plus de prospects), permettant mathématiquement à l'intéressée d'accroître ses revenus* ».
43. Or, les ventes effectivement réalisées par Madame X sur un nouveau portefeuille de prospects n'étant que potentielles, *a fortiori* dans un secteur à faibles résultats et dans lequel il lui fallait tisser un nouveau réseau, la société Y n'était pas mesure de lui assurer le même niveau de salaire avant et après son congé de maternité, la privant ainsi de son droit à être réintégrée dans un emploi similaire.
44. Dès lors, et même si le contrat de travail de Madame X autorise le changement de secteur dans le cadre de l'adaptation des réseaux de vente (clause 2.A.1), son refus de changer d'affectation paraît justifié dès lors qu'il la prive du droit de voir respecter les dispositions protectrices de l'article L. 1225-25 du code du travail pour les femmes de retour de congé de maternité.
45. La société Y n'est donc pas fondée à soutenir, en se prévalant de l'article 1134 du code civil selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », que le refus de Madame X de changer d'affectation est abusif. De fait, la mise en œuvre de la clause de mobilité, violant les dispositions de l'article L. 1225-25 du code du travail, n'est en l'espèce pas légale, ce qui la prive de toute force obligatoire.
46. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Madame X a fait l'objet d'une discrimination dans son évolution de carrière caractérisée par le fait qu'elle n'a pas pu intégrer le poste sur lequel sa promotion avait été envisagée en raison de la survenance de son congé maternité, en violation des articles L. 1132-1 et L. 1142-1 du code du travail ;
 - Constate qu'elle n'a en outre pas été réintégrée dans son emploi ni dans un emploi similaire, en violation de l'article L. 1225-25 du code du travail ; que par suite, son licenciement, intervenu pour sanctionner son refus d'intégrer un tel poste, est discriminatoire en ce qu'il est la conséquence de son congé maternité ;
 - Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du Conseil de prud'hommes de Z.

Jacques TOUBON