

Paris, le 22 septembre 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-198

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 du travail ;

Saisi par Madame X qui estime avoir fait l'objet d'une discrimination en raison de son état de grossesse en n'étant pas réintégrée dans son emploi ni dans un emploi similaire à l'issue de son congé maternité ;

Recommande à La société Y de se rapprocher de Madame X en vue de l'indemniser du préjudice subi et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations pour le cas où la réclamante déciderait de saisir le Conseil de prud'hommes.

Jacques TOUBON

**Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative
au Défenseur des droits**

1. Le 12 mai 2014, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative aux difficultés qu'elle rencontre dans le cadre de son emploi et qu'elle estime discriminatoires car en lien avec son état de grossesse.

RAPPEL DES FAITS :

2. Madame X a été embauchée par La société Y en qualité de conseiller financier le 15 janvier 2009. Entre le 15 novembre 2013 et le 6 mars 2014, elle a bénéficié d'un congé maternité.
3. Madame X indique qu'elle n'a pas retrouvé ses fonctions lors de sa reprise d'activité.
4. Son supérieur hiérarchique, Monsieur Z lui a en effet fait savoir qu'elle est « en observation » auprès d'autres conseillers et que son remplaçant pendant son congé maternité, Monsieur A, occupe définitivement le poste de conseiller financier qui était le sien avant son départ en congé maternité.
5. Madame X montre qu'elle a donc été cantonnée à l'observation de ses collègues ou à des fonctions éloignées des siennes comme la vente de téléphonie mobile. En outre, Madame X montre, en produisant ses bulletins de paie pour les mois d'avril à août 2014, que sa rémunération a baissé puisqu'elle n'a pas perçu de commissionnement du fait de la suspension de son activité de conseiller financier.
6. Le 2 mai 2014, lorsque Madame X aurait évoqué avec Monsieur Z le fait qu'elle n'avait pas retrouvé son poste, il lui aurait donné jusqu'au 12 mai 2014 pour définir son projet professionnel.
7. Par courrier recommandé du 9 mai 2014, Madame X lui confirme que ce projet consiste simplement dans le fait de retrouver son poste de conseiller financier, ce qui n'a été possible qu'après un entretien intervenu le 12 mai 2014 avec Monsieur B, directeur départemental de La société Y.
8. Toutefois, Madame X indique qu'elle n'a pas retrouvé une complète autonomie dès lors qu'elle a fait l'objet d'un suivi particulier. Dans un courriel en date du 12 mai 2014 adressé à sa hiérarchie, Monsieur Z indique en effet qu'elle sera accompagnée une journée par lui ainsi que par un autre de ses supérieurs (« MVB ») et qu'elle le sera également pour « *les séances de phonings et/ou de VAD* ».
9. Le 22 mai 2014, Monsieur Z adresse à Madame X un courriel, selon lui par erreur, dans lequel il commente son activité de façon négative. Elle indique qu'elle l'a vécu comme une attaque personnelle, qu'elle s'est sentie opprimée de sorte que des collègues l'ont amenée chez son médecin traitant. Cet accident a été qualifié par la CPAM, après une enquête contradictoire, d'accident du travail.

ENQUETE :

10. 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.
11. Au vu des éléments recueillis au cours de son enquête, le Défenseur des droits a adressé à La société Y, le 2 avril 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 réfute les arguments du Défenseur des droits. Elle indique en outre que Madame X a été mutée dans la région C sur un poste de « chargé de clientèle service clients » à compter du 1^{er} mai 2015 et qu'elle a acté ce changement de poste par un avenant à son contrat de travail en date du 7 mai 2015.
13. Le Défenseur des droits prend acte de la nouvelle situation professionnelle de Madame X. Mais il n'en reste pas moins que les éléments recueillis au cours de l'instruction permettent de considérer que Madame X a été et demeure victime d'une discrimination fondée sur sa grossesse, et ce d'autant plus que le poste sur lequel elle a finalement été mutée est de qualification inférieure à celui qu'elle occupait avant son congé maternité.
14. Par courriel en date du 29 juillet 2015, les services du Défenseur des droits ont informé La société Y que cette situation, dans la mesure où elle ne permet pas de conserver le même niveau de rémunération, Madame X demeure victime d'une discrimination fondée sur son état de grossesse, et ce alors que La société Y s'est engagée, dans l'avenant du 7 mai 2015, à maintenir sa rémunération.
15. Par courrier en date du 11 septembre 2015, La société Y a indiqué au Défenseur des droits qu'elle a finalement « *recalculé sa situation administrative* » en précisant que « *cette opération de révision a nécessité du temps, les mutations en distorsion fonctionnelle négative étant exceptionnelles et donc ne bénéficiant pas d'un calcul automatiquement des éléments variables de la rémunération par le système de paye* ».
16. Pour autant, le Défenseur des droits relève que La société Y refuse de faire évoluer la classification de Madame X, qui occupait avant son congé maternité un poste de niveau III-1, et qui a été réintégrée dans un poste de niveau II-3, et ce alors que l'avenant du 7 mai 2015 ne modifie pas sa classification telle que définie dans son contrat de travail initial.

CADRE JURIDIQUE :

17. 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 raison de son état de grossesse.
18. Il est précisé par l'article L. 1225-25 du même code qu'« *à l'issue du congé maternité, la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente* ». A défaut, elle subit 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.
19. Une telle 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).
20. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la salariée doit retrouver en priorité son emploi précédent (Cass. soc, 25 mai 2011, pourvoi n° 09-72.556). Ce n'est qu'en cas d'impossibilité que l'employeur peut lui proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente (Cass. soc, 22 mai 1997, pourvoi n° 94-40.297), sachant qu'il doit alors justifier d'une nécessité de modifier les fonctions de l'intéressée (Cass. soc, 1^{er} février 2012, pourvoi n°10-20.906).
21. La jurisprudence a en outre dégagé plusieurs critères permettant de saisir les caractéristiques d'un emploi similaire au sens de l'article L. 1225-25 du code du travail. Elle précise que ne constitue pas un emploi similaire, celui qui induit une modification d'un élément du contrat de travail (CA Pau, 6 avril 2009, RG n° 08-00141) ou 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).

22. En outre, l'article L. 1132-1 du code du travail précité, renvoie au titre de la définition de la discrimination à 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.
23. Enfin, l'ensemble de ces faits de discrimination est soumis au régime probatoire de l'article L. 1134-1 du code du travail au terme duquel, lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il incombe à l'employeur d'apporter la preuve que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée.

ANALYSE JURIDIQUE :

24. En l'espèce, il est établi par l'instruction du Défenseur des droits que Madame X n'a pas retrouvé son poste de conseiller financier à l'issue de son congé maternité et qu'elle n'a pas davantage été réintégrée dans un poste similaire puisque la part variable de sa rémunération a chuté.
25. En effet, Madame X ne disposait pas, à son retour de congé maternité, d'un portefeuille de clients et n'avait pas accès à un agenda professionnel, qui sont pourtant les premiers supports de travail d'un conseiller financier au regard de la fiche de ce poste.
26. Ses bulletins de paie pour les mois d'avril à août 2014 montrent qu'elle n'a pas perçu de commissionnement du fait de la suspension de son activité de conseiller financier et de son affectation au guichet de La société Y.
27. Enfin, son portefeuille de clients a été transféré à Monsieur A qui l'a remplacée pendant son congé maternité et qui occupe de manière définitive son poste en dépit de sa reprise d'activité. La société Y ne produit aucun des éléments sollicités dans le cadre de l'instruction pour établir les motifs et conditions du recrutement de ce dernier. Or, se faisant, elle ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, du caractère objectif de l'affectation permanente du portefeuille de Madame X à Monsieur A et du caractère étranger de cette décision à la discrimination qu'elle allègue.
28. La société Y semble reconnaître elle-même que Madame X n'a pas été réintégrée dans son emploi ni dans un emploi similaire à l'issue de son congé maternité lorsqu'elle écrit, le 29 mai 2015, en réponse à l'instruction que, *« certes, les conditions de rémunération de la salariée ont été affectées durant cette période [i.e. d'observation] puisqu'elle n'a pu percevoir la rémunération variable afférente. Ceci étant, cette situation, au demeurant ponctuelle, avait comme contrepartie l'absence provisoire des sujétions particulières afférentes au travail en autonomie, à l'organisation des rendez-vous et à la nécessité d'obtenir des résultats conformes aux objectifs »*.
29. Il en est de même lorsque La société Y fait valoir qu' *« à [son] sens, si [elle] av[ait] repositionné Madame X dans son emploi sans mettre en place les dites mesures temporaires, la situation qui en aurait résulté (stress, difficultés à accomplir sa mission) aurait, au contraire, été susceptible d'être considérée comme une exécution déloyale de [la part de] La société Y »*, avant d'ajouter que *« certes, il y a peut-être eu une incompréhension entre Madame X et sa hiérarchie s'agissant des raisons ayant conduit à la placer dans un premier temps dans cette situation d'observation »*.
30. Il ressort toutefois de l'enquête menée par les services du Défenseur des droits que la « situation d'observation temporaire » dont La société Y fait état n'est prévue par aucun accord collectif ou programme d'accompagnement du retour dans l'emploi des salariées à l'issue de leur congé maternité. Elle justifie tout au plus d'une journée d'accompagnement le 5 mai 2015.
31. L'« observation » demandée à Madame X, ne semble donc s'appliquer qu'à cette salariée ayant plus de cinq ans d'expérience professionnelle en tant que conseiller financier et alors que le poste qu'elle occupait avant son congé maternité a été attribué de façon définitive à son remplaçant.

32. Enfin, le caractère « temporaire » de cette période « d'observation » imposée à Madame X semble pour le moins indéfini puisque, comme l'a reconnu Madame D, la directrice des ressources humaines, elle n'a pu réintégrer son poste qu'après avoir alerté le Défenseur des droits et une organisation syndicale.
33. Madame D reconnaît en effet, sur un compte rendu dressé par un agent assermenté de la CPAM, que « *Madame X a considéré qu'elle faisait l'objet d'une discrimination de la part de son directeur* », qu'« *elle a alerté le syndicat et le Défenseur des droits* » et que ce n'est que « *suite à ses démarches [qu']elle a été réintégrée le 12 mai 2014, à son poste de conseiller financier* ».
34. La société Y soutient, dans son courrier de réponse à l'instruction en date du 28 avril 2015, qu'« *il ne [lui] semble pas que les déclarations de [Madame D] prenant l'enquête diligentée par la CPAM ou la teneur de ses courriers puissent être considérés comme ayant une quelque valeur probante que ce soit* ».
35. Le Défenseur des droits rappelle toutefois que le directeur des ressources humaines est délégataire du pouvoir de gérer le personnel et qu'à ce titre, ses actes et ses dires engagent la responsabilité de l'employeur qu'il représente (Cass. ch. Mixte, 19 nov. 2010, pourvoi n° 10-10.095 et Cass. soc., 13 déc. 2011, pourvoi n° 10-27.175).
36. Or, le fait que Madame X ait pu être réintégrée dans son poste qu'après avoir pris l'initiative d'alerter un représentant du personnel et le Défenseur des droits est un comportement de la part de La société Y, lié à son état de grossesse, constitutif d'une discrimination.
37. Enfin, le fait que Madame X ait finalement été affectée à un poste dans une autre région, plus d'un an après la fin de son congé maternité, s'analyse comme la continuation de cette discrimination dès lors qu'il s'agit d'un poste moins qualifié de « chargé de clientèle service clients » que celui de conseiller financier qu'elle occupait antérieurement. Il en résulte que Madame X ne perçoit plus la « prime commerciale bancaire » commerciale et subi ainsi une baisse injustifiée de sa rémunération.
38. Or, si La société Y a informé le Défenseur des droits, par un courrier en date du 11 septembre 2015, que sa rémunération a été recalculée pour inclure la prime en cause, elle s'oppose à faire évoluer la classification de Madame X, qui occupait avant son congé maternité un poste de niveau III-1, et qui a été réintégrée dans un poste de niveau II-3.
39. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
 - Constate que Madame X a fait l'objet d'une discrimination fondée sur son état de grossesse caractérisée par le fait qu'elle n'a pas été réintégrée dans son emploi ni dans un emploi similaire, en violation des articles L. 1132-1 et L. 1225-25 du code du travail ;
 - Recommande à La société Y de se rapprocher de Madame X en vue de réparer le préjudice qu'elle a subi ;
 - A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations pour le cas où la réclamante déciderait de saisir le Conseil de prud'hommes.

Jacques TOUBON