

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n°MLD/2012-79

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 d'une réclamation de Madame J qui estime que la décision de son employeur de supprimer son complément de rémunération à son retour de congé parental est discriminatoire en raison de sa situation de famille,

décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

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

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par courrier en date du 7 juillet 2010, d'une réclamation de Madame J relative à une discrimination salariale dont elle aurait fait l'objet en raison de sa situation de famille.
2. Dès le 1^{er} septembre 2006, Madame J est affectée par le rectorat en tant que maître délégué au lycée X, lycée privé international sous contrat d'association. Au moment de son affectation, il n'existe pas de poste correspondant à sa qualification de professeur de philosophie. Elle occupe donc la fonction de documentaliste.
3. Elle perçoit un salaire brut mensuel d'un montant de 1439,45 euros versé par le rectorat. Compte tenu de la quantité de travail à réaliser (mise en place d'une bibliothèque) et de son profil (expérience de quatre ans en tant que professeur de philosophie et d'arts plastiques dans un lycée américain), elle négocie avec Monsieur H, directeur du lycée, le versement d'un complément de rémunération mensuel brut d'un montant de 760 euros.
4. A la rentrée scolaire 2007, Monsieur H propose à la réclamante un poste de professeur de philosophie, qu'elle accepte. Elle réitère le souhait de pouvoir continuer à bénéficier d'un complément de rémunération.
5. En février 2008, après négociation, la réclamante finit par obtenir, avec effet rétroactif à compter de décembre 2007, le versement de la somme de 643 euros brut mensuels. Madame J va régulièrement percevoir ce complément de rémunération pendant toute l'année 2008, et ce jusqu'en septembre 2009, date de son départ en congé parental.
6. Par ailleurs, quasi concomitamment (au cours de l'année 2008), son Directeur lui demande de travailler à la mise en place de projets autour des thématiques développées par l'U. Néanmoins, aucun écrit ne formalise cette mission.
7. Entre janvier 2009 et septembre 2009, la réclamante est en arrêt maladie en raison de sa grossesse puis en congé maternité. Pendant cette période, elle continue à percevoir le complément de rémunération de 643 euros.
8. En juillet 2009, Madame J fait part à son employeur de sa décision de bénéficier d'un congé parental d'éducation à compter du 25 septembre 2009 jusqu'au 29 mars 2010.
9. Au mois de janvier 2010, elle adresse un courrier électronique à son directeur afin de s'assurer que le salaire versé par X à son retour de congé parental sera bien identique à celui alloué avant son départ.
10. Par courrier électronique en date du 16 février 2010, le Directeur lui répond en indiquant que le salaire versé par X dépendra de ses heures de soutien et du supplément lié à l'activité de l'U.
11. Malgré plusieurs courriers adressés au Directeur dans lesquels Madame J rappelle que le complément de rémunération versé correspond d'abord à une rétribution au titre de ses compétences et de son expérience en tant que professeur de philosophie, et à la prise en charge de projets autour du projet U, elle n'obtient pas de réponse claire sur le maintien de ce complément.
12. Début avril 2010, à son retour de congé parental d'éducation, Madame J retrouve son poste de professeur de philosophie, sans avoir obtenu de garantie sur les conditions de sa reprise.
13. Parallèlement, elle commence à échanger avec des collègues sur le projet U. A l'issue du mois d'avril et de mai, son complément de rémunération ne lui est pas versé. Elle le fait savoir à sa direction mais n'obtient aucune réponse de Monsieur H.
14. Par courrier antidaté du 5 mai 2010, adressé le 1^{er} juin 2010, soit plus de 3 mois après sa reprise, Monsieur H propose à Madame J des fonctions de coordination U. Il précise pour la première fois les différentes tâches à effectuer et le temps de travail à y consacrer, à savoir deux demi-journées. Il indique qu'en contrepartie de ces tâches, une rémunération de 643 € lui sera attribuée.

15. Dans un courrier électronique du 5 juin 2010, la réclamante note que le Directeur refuse de rétablir la rémunération qu'elle percevait avant son congé parental, et que le travail qui lui est demandé en échange du complément de rémunération de 643 € est supérieur à celui réalisé avant son congé parental, en termes de nombres d'heures et de tâches. Elle demande à rencontrer le Directeur, en vain.
16. A compter de juillet 2010, Madame J est progressivement écartée du projet de coordination U.
17. Le 21 janvier 2011, elle saisit la formation de référé du Conseil des prud'hommes. Par ordonnance de référé du 25 mars 2011, le Conseil des prud'hommes considère qu'eu égard à la permanence du paiement des 643 euros jusqu'au mois de septembre 2009, ainsi qu'à l'absence de contrat de travail concernant la mission de coordination U, la SARL X doit payer à Madame J 7073,66 euros bruts, pour les salaires d'avril 2010 à février 2011.
18. Par courrier du 1^{er} juillet 2011, le Directeur propose à Madame J de ne plus effectuer, dans le cadre de sa relation contractuelle avec X, que ses heures de travaux dirigés qu'elle accomplit de manière ponctuelle, et donc de ne plus recevoir de complément de rémunération.
19. Par courrier du 7 septembre 2011, le Directeur rappelle la proposition de modification de contrat de travail proposée à Madame J. Il fait valoir que, conformément aux dispositions de l'article L.1222-6 du Code de travail (modification du contrat de travail pour motif économique), cette modification est réputée avoir été acceptée par Madame J, étant donné que celle-ci n'y a pas répondu dans le délai d'un mois. Ainsi, à compter de fin septembre 2011, elle ne sera rémunérée que ponctuellement, en fonction du nombre d'heures de travaux dirigés effectués. Le Directeur confirme que le complément de rémunération perçu en échange de la participation de Madame J au projet U sera définitivement supprimé.
20. Le 15 mai 2012, la Cour d'appel saisie par l'employeur confirme l'ordonnance de référé du 21 janvier 2011 et alloue à Madame J une indemnité de procédure de 1500 euros.
21. L'affaire devant être jugée au fond, Madame J demande au Défenseur des droits de la soutenir devant le Conseil de Prud'hommes.

Sur la nature du complément de rémunération :

22. L'article 3221-3 du code du travail énonce que, constitue une rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier.
23. Il ressort des bulletins de paie de Madame J qu'elle a perçu sans interruption, de fin 2007 jusqu'à septembre 2009, un complément de rémunération de 643 €. Il s'agit donc d'un élément fixe et permanent de sa rémunération.
24. Toutefois, comme le souligne la Cour d'Appel à juste titre, il existe une contestation sérieuse sur le fondement exact de ce versement de rémunération, faute d'écrits.
25. En effet, il apparaît sur les bulletins de salaire de Madame J que ce complément a été versé au titre des « heures normales » effectuées en tant que professeur de philosophie.
26. En revanche, l'employeur soutient auprès du Défenseur des droits qu'il s'agit d'une rémunération liée aux missions de coordination U.
27. Quoi qu'il en soit, ce complément de rémunération a été versé en contrepartie des différentes activités réalisées par Madame J pour le lycée X, donc en raison de son emploi.
28. Ainsi, le complément de 643 € est bien une rémunération au sens de l'article L 3221-3 du code du travail.

Sur la discrimination :

29. Les articles L. 1132-1 et L. 1142-1 alinéa 3 du Code du travail interdisent toutes mesures discriminatoires, notamment fondées sur la situation de famille en matière de rémunération.

30. De plus, l'article L. 1225-55 du code du travail dispose qu'à l'issue du congé parental d'éducation, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente.
31. Il convient de noter à ce titre, que lorsque l'emploi qu'occupait le salarié n'est plus disponible à la fin de son congé parental, un emploi similaire peut lui être proposé (cass. Soc. 27 octobre 1993, n°90-40226). Un emploi similaire doit s'entendre d'un emploi comportant la même rémunération, la même qualification, mais aussi des responsabilités similaires (cass. Soc. 17 février 2010, n°08-44127).
32. De même, la directive 2010/18/UE du Conseil de l'Union européenne du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BusinessEurope, l'UEAPME, le CCEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE pose en principe fondamental qu' « à l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, si cela se révèle impossible, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat de travail ou à sa relation de travail » (clause 5, point 1). Cette directive précise également que « pour faciliter le retour au travail à la suite d'un congé parental, les travailleurs et les employeurs sont encouragés à rester en contact pendant la période du congé » (clause 6, point 2).
33. Enfin, l'article L. 1134-1 du Code du travail indique qu'il appartient au salarié d'apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, et qu'il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
34. En application de ces articles, Madame J aurait dû retrouver ses attributions et ses avantages à son retour de congé parental.
35. A défaut de contrat de travail conclu entre Madame J et X au titre des missions de coordination U, la suppression unilatérale du complément de rémunération de 643 euros constitue une modification de son contrat de travail, qui ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'intéressée.
36. Il ressort que la décision unilatérale de l'employeur de supprimer ce complément est concomitante au retour du congé parental de Madame J.
37. En l'espèce, faute d'éléments objectifs apportés par l'employeur permettant de justifier sa décision, il existe une présomption de discrimination à l'encontre de Madame J du fait de sa situation de famille.
38. En effet, interrogé à cet effet par le Défenseur des droits, l'employeur de Madame J justifie la suppression de son complément de rémunération par une évolution du projet U depuis 2009. A ce titre, il indique d'une part, que ce projet est en sommeil et d'autre part, que seul le refus de la réclamante de le réactiver justifie la suppression de ce complément de rémunération.
39. Concernant l'absence d'activité du projet U : pendant l'absence de Madame J, certains voyages scolaires ont effectivement eu lieu dans le cadre du projet U en octobre 2009, février 2010 et mars 2010. Durant cette période, la réclamante a continué de recevoir des nouvelles de ces projets sur lesquels elle avait travaillé (copie d'un mail à propos du voyage de mars 2010) et a fait part de sa volonté de continuer de travailler sur ce projet à son employeur. De plus, elle reçoit une carte de ses élèves en voyage la remerciant pour son implication dans le projet.
40. A son retour de congé parental, elle entreprend des démarches pour initialiser les projets U et contacte différents partenaires sur ces projets. Elle fournit divers courriels ainsi qu'une attestation de Madame P démontrant son engagement dès son retour de congé parental à la reprise du projet U.
41. Ainsi, il apparait clairement que le projet U a toujours été actif et a toujours fait partie de l'activité de la réclamante.
42. Concernant le refus de la réclamante de réintégrer son poste : l'employeur rappelle avoir proposé à Madame J de retrouver son emploi et la rémunération assortie. Or, l'avenant proposé (antidaté du 5 mai 2010) le 1^{er} juin 2010, soit deux mois après le retour du congé parental de la réclamante, pour la fonction de coordinatrice U, contractualise une charge de travail supplémentaire pour le même niveau de rémunération qu'elle percevait avant son congé parental. La réclamante fournit notamment une attestation de Madame P concernant l'augmentation de la charge de travail.
43. C'est donc en toute logique qu'elle a souhaité rediscuter de ces conditions, en vain.

44. De plus, le 1^{er} juillet 2010, l'employeur lui propose de lui retirer le projet U. Elle bénéficie alors d'un délai d'un mois pour répondre.
45. Ce même jour, il envoie un courriel aux membres du groupe « U » concernant une réunion de rencontre prévue pour le 3 septembre 2010 (ce qui confirme qu'il y a bel et bien toujours une activité sur le projet U), courriel dans lequel il confie la gestion du projet à une autre personne, en se justifiant par l'absence de nouvelles de Madame J. Ainsi, avant même qu'il ait reçu une réponse de Madame J au courrier envoyé ce même jour, il la retire du projet et supprime définitivement son complément de rémunération.
46. Ce n'est donc pas Madame J qui a refusé de retrouver son emploi et la rémunération assortie mais la société X qui a cru pouvoir lui imposer à son retour de congé parental de nouvelles conditions de travail, conditionnant l'octroi de son salaire à l'acceptation d'une activité beaucoup plus soutenue que celle qu'elle exerçait auparavant.

Sur les représailles :

47. L'article L. 1132-3 du Code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné ou relaté des agissements discriminatoires.
48. Or, il convient d'observer qu'un courrier en date du 1^{er} juillet 2011, confirmé par un courrier du 7 septembre 2011, adressé par l'employeur de Madame J l'informant de la modification définitive de son contrat de travail, intervient suite à l'ordonnance de référé du Conseil des prud'hommes le condamnant à lui verser un rappel de salaire subséquent.
49. En outre, la décision de l'employeur de supprimer le supplément de rémunération de Madame J est fondée sur un motif économique. Or, l'employeur n'a jamais soulevé cet argument auparavant et n'apporte aucun élément permettant de justifier sérieusement les difficultés économiques invoquées. A contrario, la réclamante fournit deux attestations de membres du comité d'entreprise qui contredisent l'argument de l'employeur.
50. En conséquence, la modification unilatérale du contrat de travail de la réclamante, intervenue dans ces conditions, laisse présumer une mesure de rétorsion suite à sa réclamation concernant la suppression de son complément de rémunération.
51. Ainsi, la décision de l'employeur de supprimer définitivement le complément de rémunération ne semble reposer sur aucun élément objectif et apparaît motivée par l'action engagée par Madame J devant le juge des référés.
52. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits
 - Considère que l'employeur ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, que sa décision de supprimer le complément de rémunération est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
 - Constate que la suppression du complément de rémunération au retour du congé parental de la réclamante est fondée sur un motif discriminatoire en violation des dispositions des articles L.1132-1 et L.1225-55 du code du travail ;
 - Décide de présenter ses observations devant le Conseil de Prud'hommes