

Paris, le 3 mars 2017

Décision du Défenseur des droits 2017-014

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 la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ;

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 ;

Saisi d'une réclamation de Madame X qui estime avoir été victime d'une discrimination fondée sur son sexe et/ou sa situation de famille,

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

Jacques TOUBON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X qui estime avoir été victime d'une discrimination fondée sur son sexe et/ou sa situation de famille à son retour de congé maternité au sein de la société Y.

I. FAITS ET PROCÉDURE :

2. Le 16 mars 2009, Mme X est recrutée par la société Y, par contrat à durée indéterminée, en qualité de B. Elle est affectée sur une mission pour le compte du client C, sur le site D.
3. Du 10 septembre 2009 au 23 septembre 2009, elle est placée en arrêt maladie pour un état pathologique résultant de sa grossesse, suivi d'un congé maternité du 24 septembre 2009 au 13 janvier 2010.
4. Afin de préparer son retour, début décembre 2009, elle tente de prendre contact avec son responsable hiérarchique. En l'absence de réponse, elle décide de contacter le chef de projet responsable du site D, M. E, qui lui aurait annoncé qu'elle ne retrouverait pas sa mission auprès du client C.
5. Elle contacte alors son manager, M. F, qui lui demande de confirmer la date de son retour, ce qu'elle fait par courrier du 5 janvier 2010.
6. En l'absence de réponse de la société, Mme X saisit l'inspection du travail qui lui conseille de se présenter à son poste de travail le 14 janvier 2010, ce qu'elle fait. Elle constate alors que son poste est toujours occupé par sa remplaçante qu'elle avait formée avant son départ en congé maternité, Mme G.
7. Par courrier du 14 janvier 2010 adressé à M. F, elle fait valoir les dispositions de l'article L.1225-25 du code du travail qui prévoient qu'à l'issue du congé maternité, la salariée doit retrouver son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente.
8. Par courrier du 18 janvier 2010, M. F s'étonne et indique que la société l'a bien informée de la fin de sa mission auprès du client C et lui a fait part de son souhait de lui proposer une autre prestation chez le client H. Il précise que, depuis le 13 janvier 2010, le chef de projet responsable de cette mission a tenté de la joindre à plusieurs reprises par téléphone et par mail.
9. Le 21 janvier 2010, Mme X rencontre M. F qui lui propose la mission chez le client H, à compter du lendemain. Mme X la refuse, considérant qu'il ne s'agit pas d'un poste similaire au regard des horaires et lieu de travail, difficilement compatibles avec sa vie privée et familiale. Elle ajoute que le site de travail concerné a fait l'objet d'un signalement CHSCT au regard d'une ambiance de travail extrêmement tendue.
10. Suite à ses remarques, la société accepte de la placer en inter-contrat afin de trouver des solutions d'affectations différentes. Elle se réserve toutefois la possibilité de lui proposer de nouveau le poste au terme d'un délai d'environ un mois.
11. Lors d'un entretien en date du 9 mars 2010, M.F lui annonce qu'aucune autre solution d'affectation ne peut lui être proposée et lui communique un ordre de mission à compter du 22 mars 2010 auprès du client H.

12. Par courriel du 12 mars 2010, Mme X refuse cette mission, considérant qu'il ne s'agit pas d'un poste similaire au regard du temps de trajet qui lui est imposé.
13. Par courriel du 15 mars 2010, M. F réitère la proposition avec une amplitude horaire réduite (8h30-17h contre 7h-19h30). Mme X maintient son refus.
14. Le 24 mars 2010, elle est convoquée à un entretien préalable à licenciement fixé au 6 avril 2010 auquel elle se rend accompagné d'un représentant du personnel.
15. Par lettre recommandée en date du 13 avril 2010, son licenciement lui est notifié. Il est motivé par son refus d'accepter la mission chez le client H. Par courrier du 20 avril 2010, elle conteste son licenciement et la société lui répond en confirmant sa décision par courrier du 5 mai 2010.
16. Au vu des éléments présentés au soutien de sa réclamation en date du 16 juin 2010, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité avait sollicité, par courrier du 14 octobre 2010, la société Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
17. M. I, directeur général délégué de la société, y avait répondu par courrier du 25 novembre 2010.
18. Le 26 février 2013, Mme X a saisi le Conseil de prud'hommes de J aux fins de voir prononcer la nullité de son licenciement pour discrimination.
19. L'affaire a finalement été renvoyée devant un juge départiteur lequel, par jugement du 19 juin 2015, a débouté Mme X de l'ensemble de ses demandes.
20. Mme X a interjeté appel du jugement et a ressaisi le Défenseur des droits à l'approche de l'audience fixée par la Cour d'appel de A.
21. Dans ce cadre et dans le respect du principe du contradictoire, le Défenseur des droits a adressé à la société Y, par courrier du 3 mars 2016, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination à l'encontre de Mme X et l'a invitée à présenter ses observations et tout autre élément complémentaire qu'elle souhaiterait porter à la connaissance du Défenseur des droits, ce qu'elle a fait par courrier du 4 avril 2016. L'ensemble des éléments communiqués par la société Y ont été analysés par les services du Défenseur des droits.

II. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

22. Les dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de nondiscrimination prévoient qu' « *aucun salarié ne peut être licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de qualification, de promotion professionnelle, en raison de son sexe, de sa situation de famille ou de sa grossesse* ».
23. De plus, la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) indique, dans son considérant 23, qu' « *il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe* ».
24. S'agissant du régime de la preuve, l'article L.1134-1 du code du travail prévoit que « *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 ».

25. Ces dispositions générales sont complétées par des dispositions spécifiques relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la protection de la maternité.
26. L'article L.1142-1 du code du travail prévoit ainsi que « *Nul ne peut (...) 3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation ».*
27. De même, l'article L.1225-25 du code du travail dispose : « *À l'issue du congé de maternité, la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ».*
28. L'article L.1225-27 prévoit également que « *La salariée qui reprend son activité à l'issue d'un congé de maternité a droit à l'entretien professionnel mentionné au I de l'article L.6315-1 ».*
29. Lorsque survient un litige en méconnaissance des dispositions relatives au principe de non discrimination, l'article L.1134-1 du code du travail définit le 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. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».*
30. Enfin, l'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité toute disposition contraire au principe de non-discrimination.
31. En l'espèce, les éléments du dossier laissent apparaître que la société Y ne semble pas avoir suffisamment préparé le retour de congé maternité de Mme X qui a dû se présenter sur le site D le 14 janvier 2010.
32. En effet, une attestation de M.K, responsable du site D, en date du 14 janvier 2010, communiquée par la réclamante, indique que Mme X lui a remis son badge d'accès ainsi que la clé du bureau à cette date.
33. En outre, par courriel du même jour également communiqué par la réclamante, M.K indique à M. E : « *J'ai aujourd'hui Mme X qui s'est présentée pour la reprise de son poste. Je lui ai signalé que celui-ci était dorénavant occupé par Mme L. Merci de reprendre contact avec Mme X pour la suite utile ».* *
34. Ainsi, contrairement à ce que retient le Conseil de prud'hommes de J, dans son jugement rendu le 19 juin 2015, Mme X présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination fondée sur son sexe et/ou sa situation de famille puisque c'est bien à son retour de congé maternité qu'elle a rencontré des difficultés avec la société mise en cause.
35. Sur ce point, il sera également rappelé que la Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination présentée par le salarié, au sens des dispositions de l'article L.1134-1 du code du travail précité, doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067).
36. Interrogée par le Défenseur des droits sur les faits dénoncés, la société Y fait valoir que le chef de projet responsable du client H, M.M, a cherché à la joindre à plusieurs reprises à compter

du 13 janvier 2010. Au soutien de ses déclarations, elle produit un courriel de cette date, adressé sur la boîte professionnelle de Mme X, dans lequel il lui indique : « *Bonjour, Je vous ai laissé 2 x messages sur votre mobile. Pouvez-vous me contacter => 06 xx xx xx xx* ».

37. Il convient toutefois de relever que cette prise de contact la veille de la reprise de la réclamante par le chef de projet de la nouvelle mission à laquelle la société veut l'affecter semble révéler un manque d'anticipation et d'organisation de la part de l'employeur à l'égard de sa salariée de retour de congé maternité.
38. Les éléments communiqués par la réclamante permettent également de constater que ce n'est que lors de l'entretien du 21 janvier 2010 en présence de M. F - soit une semaine après la date de sa reprise - qu'une proposition concrète de mission chez le client H lui a été faite, à compter du 22 janvier 2010, soit dès le lendemain.
39. Or, un courriel du 5 mai 2010 de M.E à Mme N, communiqué par la société, démontre que l'employeur avait connaissance, dès le mois de septembre 2009, de la demande du client C de remplacer définitivement Mme X par Mme G.
40. En outre, il ressort du courrier du 5 mai 2010 et de la lettre de licenciement adressés à Mme X que le poste initialement proposé lors de l'entretien du 21 janvier 2010, à savoir « *une mission d'administration technique* », ne semble pas constituer un poste similaire à son précédent emploi au sens des dispositions de l'article L.1225-25 du code du travail. En effet, l'employeur indique lui-même : « *Le 21 janvier 2010, votre manager vous a rencontrée en entretien. Vous lui avez alors indiqué que vous ne possédiez pas les compétences requises pour la prestation proposée et il en a été tenu compte puisqu'une autre prestation similaire à celle que vous effectuiez chez le client C vous a alors été proposée* ».
41. Enfin, les éléments de réponse communiqués par la société – registre du personnel et "liste des employés métier B embauchés entre janvier et juin 2010" établie par la société – permettent de constater qu'entre janvier et août 2010, 11 personnes ont été recrutées à des postes de B - Messieurs O, P, Q, Mme R, Messieurs S, T, U, V, W, XA et XB – pour le compte de plusieurs clients.
42. Or, la société n'a communiqué aucun élément matériellement vérifiable sur le détail de ces missions - durée, lieu de travail, profil requis, etc. Les CV de Mme R, M. S et U n'ont pas non plus été communiqués au Défenseur des droits.
43. Le maintien de l'employeur de sa proposition relative à la mission chez H, malgré les difficultés relevées à plusieurs reprises par Mme X concernant sa vie privée et familiale – problèmes de garde, surcoût engendré par le temps de trajet entre son lieu de travail et son domicile, etc. – alors que plusieurs postes d'emploi B auprès de différents clients étaient disponibles, laissent présumer que la société Y et production a mis en œuvre de manière abusive la clause de mobilité prévue par le contrat de travail de la réclamante.
44. Dans son courrier du 4 avril 2016, la société Y fait valoir que l'article 5 du contrat de travail de Mme X intitulé « *Lieu d'emploi – déplacements* », selon lequel, « *À titre d'information, votre lieu d'affectation est la zone géographique de nos établissements, localisés en Région A. Comme vous le savez, la nature même de l'exercice de votre métier dans une société de service informatique implique que vous soyez appelé à effectuer vos missions en dehors des locaux de la société Y(...) Vous reconnaissez que votre attention a été spécialement attirée sur la mobilité nécessaire aux collaborateurs d'une entreprise de services telle que la nôtre et vous déclarez en avoir compris l'intérêt* », ne constitue pas une clause de mobilité, contrairement à l'article 9 intitulé « *Mutation* » qui prévoit quant à lui : « *Dans le cadre de la gestion de votre carrière et en fonction des nécessités de l'entreprise, vous pourrez, à votre*

demande ou à la demande de l'entreprise, être détachée pour une durée limitée ou mutée, dans un autre poste ou dans un autre établissement de l'entreprise ou du groupe auquel celle-ci appartient, dans la limite du périmètre géographique des établissements et agences du groupe en France dont vous trouverez à titre d'information la liste en annexe ci-jointe ».

45. Néanmoins, il semble que les deux articles correspondent à la définition de la clause de mobilité qui est « *La stipulation d'un contrat par laquelle un salarié accepte à l'avance que lieu de travail puisse être modifié, et d'exercer ses fonctions dans les différents établissements, agences ou succursales où l'entreprise déciderait de le muter. La mutation d'un salarié en application d'une clause de mobilité est en principe un simple changement des conditions de travail sous réserve que la clause soit licite et soit mise en œuvre de manière loyale* »¹.
46. Le terme « mobilité » est d'ailleurs expressément visé à l'article 5 du contrat de travail de Mme X. Il semble davantage que cet article vise la mobilité intrinsèque aux fonctions de la réclamante, ce qui ne lui enlève pas la qualification de clause de mobilité (Cass. soc., 11 juillet 2012, n°10-30219) et ne dispense pas l'employeur de la mettre en œuvre de manière loyale.
47. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de cassation veille à ce qu'une atteinte ne soit pas portée au droit de la salariée, de retour de congé maternité ou parental, à sa vie personnelle et familiale. Elle a notamment considéré que la mutation d'une mère de quatre jeunes enfants, à son retour de congé parental en ne lui proposant un poste que trois semaines avant son retour dans l'entreprise, alors que le poste était libre depuis deux mois, constitue une mise en œuvre abusive de la clause de mobilité (Cass. soc., 14 octobre 2008, n°07-43071).
48. Le respect d'un délai suffisant de prévenance constitue donc un préalable nécessaire à l'application de bonne foi de la clause de mobilité.
49. Si comme le fait valoir la société Y dans son courrier du 4 avril 2016, « *la salariée de retour de congé maternité n'a pas un droit acquis à retrouver son affectation précédente lorsqu'elle exerce des missions par nature temporaire* », l'affectation de la salariée de retour de congé maternité à une nouvelle mission la veille pour le lendemain, une semaine après son retour dans l'entreprise, constitue une mise en œuvre abusive de la clause de mobilité.
50. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits constate l'absence de préparation du retour de congé maternité de Mme X, la mise en œuvre tardive subséquente de la clause de mobilité prévue à son contrat de travail et non objectivement justifiée puisque plusieurs postes similaires étaient disponibles sur la période considérée, ce qui constitue une mesure discriminatoire à raison du sexe et de la situation de famille, au sens des dispositions des articles L.1132-1 et L.1142-1 du code du travail, susceptible d'entacher de nullité le licenciement de Mme X qui s'inscrit dans son contexte, par application des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.
51. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de A et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON

¹ Éditions législatives / Social