

Paris, le 23 octobre 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017- 288

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 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code du travail ;

Vu l'arrêt de la Cour d'appel de A en date du 11 septembre 2014 (CA A, n° 12/02280) ;

Vu l'arrêt de la Cour de cassation en date du 28 septembre 2016 (Cass. soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.387)

Saisi d'une réclamation de Madame X relative à la discrimination qu'elle estime avoir subie, en raison de son sexe, de sa grossesse et/ou de sa situation de famille, au cours de sa carrière au sein de la société Z ;

Considérant que Madame X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son sexe, sa grossesse et sa situation de famille justifiant sa décision de prendre acte de la rupture de son contrat de travail ;

Considérant que cette prise d'acte doit avoir les effets d'un licenciement nul en raison de la discrimination subie ;

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

Jacques TOUBON

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

I – Saisine, enquête et interventions du Défenseur des droits :

1. Par courrier en date du 17 novembre 2010, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) a été saisie d'une réclamation de Madame X relative à des difficultés rencontrées dans le cadre de son emploi, qu'elle estimait liées à sa grossesse, à son sexe et/ou à sa situation de famille.
2. A compter du 1^{er} mai 2011, « *les procédures ouvertes par [...] la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits* », conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.
3. Au vu des éléments communiqués par la réclamante, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
4. Il a ainsi sollicité de la société Z mise en cause, par courrier du 27 juin 2011, ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
5. Après un refus initial, la société a communiqué, par courrier du 18 octobre 2011, les informations sollicitées et contesté les griefs invoqués par Madame X.
6. Dans un jugement du 3 janvier 2012, le Conseil de prud'hommes de A a débouté Madame X de l'intégralité de ses demandes, notamment en ce qui concerne la discrimination.
7. La réclamante a interjeté appel de ce jugement.
8. Dans la perspective d'une éventuelle intervention devant la Cour d'appel de A, le Défenseur des droits a adressé à la société Z, par courrier du 4 mars 2013, une note récapitulative l'informant qu'il pourrait être amené à considérer, au vu des pièces du dossier, que Madame X avait fait l'objet d'une discrimination. Le Défenseur des droits invitait la société mise en cause à communiquer des informations complémentaires.
9. Le 29 mars 2013, la société subordonnait sa réponse à la communication de la saisine de Madame X.
10. Rappelant la position de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), déjà expliquée à la société mise en cause dans un courrier du 25 septembre 2011, le Défenseur des droits rejetait cette demande dans un courrier du 16 avril 2013.
11. Par courrier du 12 juin 2013, la société Z répondait au Défenseur des droits sur le fond, contestant toute discrimination.

12. Après avoir pris connaissance des derniers éléments versés par la société mise en cause, le Défenseur des droits a estimé, dans une décision MLD-2013-220 du 2 décembre 2013, que Madame X avait été victime d'une discrimination en raison de son sexe, de sa grossesse et/ou de sa situation de famille, de nature à justifier sa décision de prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Le Défenseur des droits décidait de présenter ses observations devant la Cour d'appel de A.
13. Par arrêt du 11 septembre 2014, celle-ci a confirmé le jugement entrepris, considérant qu'aucun élément ne permettait en soi de laisser présumer l'existence d'une discrimination. Madame X était condamnée à payer à la société Z 25 000 euros de dommages et intérêts à raison de l'inexécution du préavis.
14. Les deux parties ont décidé de se pourvoir en cassation.
15. Par décision n°2015-236 du 5 octobre 2015, le Défenseur des droits décidait de présenter ses observations devant la Cour de cassation.
16. Dans un arrêt du 28 septembre 2016, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de A en ce qu'elle avait considéré que la salariée n'apportait pas suffisamment d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination. Elle renvoie les parties, sur ce point, devant la Cour d'appel de A autrement composée¹.
17. La Cour de cassation a rejeté également le moyen soulevé par la société Z dans le cadre de son pourvoi incident portant notamment sur l'irrecevabilité de l'intervention du Défenseur des droits. Ce faisant, la Cour de cassation a validé le fait que le Défenseur des droits formule des observations écrites et orales devant les juridictions, qu'il se fasse représenter par des avocats lors des audiences, et que son intervention ne contrevient pas au respect du principe du contradictoire.
18. La société Z a intenté deux procédures administratives contre des décisions du Défenseur des droits dans le cadre du présent litige.
19. La première procédure concerne le refus, opposé par le Défenseur des droits à la société Z, de lui communiquer la réclamation de Madame X, formulé par courrier du 16 avril 2013.
20. A la suite de ce courrier, la société mise en cause saisissait la CADA d'une demande d'avis sur la communicabilité de ce document. Par avis du 25 juillet 2013, la CADA indiquait que le document ne devait pas être communiqué.
21. Contestant cet avis, la société a saisi, en août 2013, le Tribunal administratif de A d'une requête visant l'annulation de la décision de refus que lui avait opposé le Défenseur des droits le 16 avril 2013.
22. Dans un jugement du 6 novembre 2014, le Tribunal ayant constaté que dans l'intervalle, la saisine de Madame X avait été communiquée par le Défenseur des droits, jugeait que la demande était devenue sans objet.
23. Parallèlement à cette procédure, la société Z a saisi le Tribunal administratif de A, le 19 août 2013, d'une demande visant l'annulation de la décision n° MLD-2013-220 par laquelle le Défenseur des droits a constaté que Madame X avait subi une discrimination et décidé de présenter ses observations devant la Cour d'appel de A.

¹ Cass, soc, 28 septembre 2016, n°14-26387 ;

24. Déboutée de cette demande tant par le Tribunal administratif que par la Cour administrative d'appel, la société Z a porté l'affaire devant le Conseil d'Etat². L'affaire est toujours pendante.

II – Rappel des faits du litige :

25. Madame X est embauchée par contrat à durée indéterminée le 19 janvier 2006 en qualité de vendeuse d'actions de petites et moyennes valeurs dans la salle des marchés de la société Z.

26. Elle est en congé maternité à compter du 1er novembre 2009. Pendant son congé maternité, Madame X ne perçoit aucun bonus pour l'année 2009.

27. Lorsqu'elle reprend son activité, elle ne retrouve pas un portefeuille de clients équivalent à celui qu'elle gérait avant son congé maternité et sollicite donc à plusieurs reprises un portefeuille équivalent.

28. Le 23 septembre 2010, Madame X est placée en arrêt maladie pour syndrome dépressif pendant trois semaines.

29. Elle prend acte de la rupture de son contrat de travail par courrier recommandé du 12 octobre 2010 puis saisit le Conseil de prud'hommes de A aux fins de voir requalifier sa prise d'acte en un licenciement aux torts exclusifs de l'employeur en raison de la discrimination subie pendant et à son retour de congé maternité.

III – Cadre et analyse juridiques :

30. L'article L.1132-1 du code du travail prévoit qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement, de reclassement, d'affectation en raison de son sexe, de sa grossesse ou de sa situation de famille (...)*».

31. Aux termes de l'article L.1142-1 du code du travail, « *nul ne peut [...] 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* ».

32. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de discrimination, l'article L.1134-1 du code du travail prévoit un aménagement en vertu duquel, lorsque survient un litige, et que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la situation est justifiée par des éléments objectifs et proportionnés étrangers à toute discrimination.

33. Ainsi, si la partie mise en cause n'apporte pas la preuve soit que les faits laissant présumer la discrimination ne sont pas établis, soit qu'ils sont justifiés par un élément objectif, alors la discrimination doit être considérée comme établie.

34. La Cour de cassation indique que les faits de discrimination doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603 ; 29 juin 2011, n°10-15792).

² Voir : Décision du Défenseur des droits n°2014-173 portant observations devant le Tribunal administratif de Paris à la suite de la requête visant l'annulation de sa décision n°2013-220 ; Jugement du Tribunal administratif de Paris en date du 4 juin 2015 ; Décision du Défenseur des droits n°2015-258 portant observations la Cour administrative d'appel de Paris ; Décision du Défenseur des droits n°2016-266 portant observations complémentaires devant la Cour administrative d'appel de Paris ; Arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris en date du 6 avril 2017.

1) S'agissant de la concomitance entre la grossesse de la salariée et les mesures défavorables prises à son encontre :

35. Il est de jurisprudence constante que la concomitance entre la connaissance, par un employeur, d'un élément en lien avec l'un des critères de discrimination (état de grossesse, survenance d'une maladie, mandat syndical, ...), et la survenance de mesures défavorables à l'encontre du salarié constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination (voir par exemple : Cass, soc, 14 juin 2007, n°05-45.219 ; Cass, soc, 29 juin 2011, n°10-14.067).

36. En l'espèce, le Défenseur des droits a relevé, dans le cadre de son enquête, une telle concomitance, qu'il décrit ainsi dans sa décision 2013-220 :

« Il ressort des documents rassemblés au cours de l'enquête que Madame X continue à travailler de manière très impliquée jusqu'à son départ en congé maternité le 16 octobre 2009.

C'est notamment ce que le Défenseur des droits déduit de la lecture d'une évaluation d'octobre 2009, révélant la qualité de son travail, ainsi que du classement THOMSON REUTERS EXTEL pour l'année 2009, établi à partir d'un panel de 250 vendeurs européens, et dans lequel Madame X est classée deuxième meilleure vendeuse en France et quatrième meilleure vendeuse en Europe.

Dans son courrier au Défenseur des droits du 12 juin 2013, la société Z conteste la lecture faite de l'évaluation d'octobre 2009, déclarant que « cette appréciation doit être confrontée aux médiocres résultats des dix mois d'activité ».

Cependant, aucune des 58 pièces communiquées par la Société mise en cause ne concerne les résultats de la réclamante ou de la Société pendant la période en cause.

S'agissant du classement EXTEL 2009, la société Z soutient que « ce classement est sans rapport direct avec les chiffres d'affaires réalisés par les vendeurs. Ainsi, un vendeur particulièrement bien noté par Extel peut avoir des résultats de piètre qualité en terme de chiffre d'affaires. Ce qui était précisément le cas de Madame X ».

Or, dans un article paru dans le journal « Les Echos » en juin 2013, Monsieur B, Directeur de la recherche de la société Z explique l'importance du classement EXTEL et indique que le classement est issu de critères objectifs.

C'est pourquoi, en l'absence d'éléments démontrant le contraire, il y a lieu de considérer que le travail fourni par la réclamante jusqu'à son départ en congé maternité a donné pleinement satisfaction.

Il ressort également des éléments du dossier que Madame X n'a pas mis fin à son contrat de travail afin d'intégrer l'ENA, contrairement à ce qu'affirme la Société mise en cause. En effet, Madame X n'a été informée de son admissibilité que le 14 octobre 2010, soit deux jours après avoir pris acte de la rupture de son contrat de travail.

Ainsi, alors que le travail fourni par la réclamante donnait satisfaction à son employeur jusqu'à son congé maternité, on observe une concomitance entre son congé maternité et les éléments qu'elle estime constitutifs de discrimination (absence de prime et perte de responsabilités).

Cette concomitance constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, la grossesse et la situation de famille ».

2) S'agissant de la décision ne pas attribuer de prime à Madame X au titre des années 2008, 2009 et 2010 :

37. Dans son arrêt du 28 septembre 2016 adopté dans le cadre du présent litige, la Cour de cassation a rappelé, s'agissant de la non attribution des bonus pour les années 2008, 2009 et 2010, que « le principe de non-discrimination s'applique en toute matière, même concernant les mesures discrétionnaires prises par l'employeur ».

38. La Cour a également rappelé que par application de l'article L.1134-1 du code du travail, il incombe à la société mise en cause, en présence d'éléments laissant supposer une discrimination, d'apporter la preuve que sa décision – en l'espèce, celle de ne pas attribuer de bonus à Madame X – est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
39. Or, dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits a constaté d'une part, que pour l'année 2009, Madame X est la seule salariée toujours présente dans les effectifs à n'avoir pas obtenu de bonus, malgré ses 10 mois de présence et ses excellents résultats.
40. Dans le cadre de l'instance prud'homale, la société mise en cause a affirmé que cette situation était liée aux mauvais résultats de la réclamante, sans apporter d'éléments permettant de comparer les résultats des membres de l'équipe.
41. Par conséquent, le Défenseur des droits a constaté que la société mise en cause n'apportait pas la preuve, qui lui incombe, que sa décision de ne pas verser de bonus à Madame X est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec sa grossesse, son sexe et sa situation de famille.
42. S'agissant de l'attribution de rémunérations variables, il est de jurisprudence constante que si l'employeur peut décider en toute liberté de l'opportunité de verser une gratification, ce paiement n'en demeure pas moins une rémunération dont l'attribution est soumise au respect du principe de non-discrimination.

3) S'agissant du caractère discriminatoire du changement des missions de la salariée à son retour de congé maternité :

43. 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 ».
44. La directive 2006/54/CE prévoit également en son article 15 qu'« une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence »
45. A défaut, la salariée 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. 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, n°07-41.856 ; Cass., soc., 16 décembre 2008, n°06-45.262). Le caractère discriminatoire d'une telle situation est largement reconnu par la jurisprudence ainsi que par le Défenseur des droits³.
46. Il convient d'ajouter que le considérant 23 de 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 indique qu'« il ressort

³ Voir notamment le jugement du Conseil de prud'hommes de Bordeaux du 11 janvier 2016 reprenant la décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-198 en date du 3 novembre 2013, ainsi que la décision du Défenseur des droits n°MLD-2015-198 du 22 septembre 2015

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».

47. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a invariablement dit pour droit que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constitue une discrimination directe fondée sur le sexe⁴.
48. Ainsi, le fait pour une salariée de ne pas retrouver son emploi ou un emploi équivalent à son retour de congé maternité est constitutif d'une discrimination fondée sur l'état de grossesse et le sexe.
49. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la salariée doit retrouver en priorité son emploi précédent, ce n'est que si c'est impossible que l'employeur peut lui proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente (Cass. soc., 22 mai 1997, n°94-40297), l'employeur devant alors justifier d'une nécessité de modifier les fonctions de l'intéressée (Cass. soc., 1er février 2012, n°10-20906).
50. 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.
51. Elle précise que constitue un emploi similaire un emploi de même niveau, de même nature, avec le même niveau hiérarchique et de responsabilités (Cass. soc., 22 mai 1997, n°94-40297, Cass. soc., 3 nov. 2010, n° 09-67.928 et Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-40.338)⁵.
52. En revanche, ne constitue pas un emploi similaire celui qui induit une modification d'un élément du contrat de travail⁶ 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).
53. Récemment, la Cour de cassation a jugé que ne retrouve pas un emploi similaire la salariée qui, à son retour de congé maternité, est affectée à un poste où elle exerce des fonctions fortement réduites et temporaires même si elle a conservé sa classification et sa rémunération antérieures (Cass. soc., 18 mars 2016, n° 14-21.491).
54. En l'espèce, il ressort des éléments du dossier que Madame X s'est vue retirer une part significative de sa clientèle à son retour de congé maternité.
55. Dans le cadre de la présente affaire, la Cour de cassation a censuré la Cour d'appel, au visa des articles L.1132-1 et L.1134-1 du code du travail, au motif que cette dernière après avoir « constaté que la salariée s'était vue, à son retour de congé de maternité, retirer une part significative de sa clientèle », n'a pas conclu à l'existence d'une présomption de discrimination.
56. Dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits a également pu constater que la société Z n'apportait pas la preuve qu'elle aurait été dans l'impossibilité de restituer à la réclamante la totalité de son portefeuille.

⁴ CJCE 13.02.1996 Gillespie point 22 ; CJCE 30.04.2004 points 29 et 32 ; CJCE 30.03.2004 Alabaster point 47

⁵ De même, dans le contexte d'un retour de congé parental, la Cour de cassation a précisé que l'emploi similaire s'entend d'un emploi comportant la même rémunération, la même qualification, mais aussi des responsabilités similaires (Cass. Soc. 17 février 2010, n°08-44127).

⁶ CA Pau, 6 avril 2009, RG n° 08-00141

57. Le message que Monsieur C, salarié nouvellement recruté, a adressé le 9 juin 2010 aux clients de Madame X, afin que ceux-ci fassent un choix entre elle et lui – « *Madame D, patronne des ventes France, va appeler pour vous demander un choix entre elle [Madame X] et moi* » -, en est la preuve formelle.
58. Il apparait donc que la société Z n'a pas respecté les dispositions de l'article L.1225-25 du code du travail, adoptant ainsi un comportement discriminatoire à l'encontre de Madame X.

4) S'agissant des conséquences de ces mesures :

59. L'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
60. La Cour de cassation est venue préciser que la prise d'acte faisant suite à une mesure discriminatoire doit produire les effets d'un licenciement nul (Cass. soc., 12 décembre 2012, n°10-28166).
61. Cette position a une nouvelle fois été rappelée par la Cour de cassation dans le cadre du présent litige : « *lorsque la prise d'acte est la conséquence d'une discrimination, elle produit les conséquences d'un licenciement nul ; que pour dire que la prise d'acte devait produire les effets d'une démission, les juges du fond ont considéré que les faits de discrimination n'étaient pas avérés ; que la cassation à intervenir sur le fondement des motifs ayant exclu l'existence d'une discrimination entrainera, par application de l'article 624 du Code de procédure civile, la cassation par voie de conséquence des motifs ayant refusé de considérer la prise d'acte de la salariée devait produire les effets d'une démission* ».
62. Le Défenseur des droits rappelle également que l'article L.1134-5 du code du travail prévoit le principe de la réparation intégrale du préjudice résultant de la discrimination, la nullité ayant pour objectif de replacer les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la survenance des faits de discrimination.
63. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que la société Z mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe par application de l'article L.1134-1 du code du travail, que la non-attribution de bonus à Madame X pour les années 2008, 2009 et 2010 est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille ;
 - Constate que Madame X n'a pas retrouvé son poste à son retour de congé maternité, en violation de l'article L.1225-25 du code du travail ;
 - Considère que chacune de ces mesures constitue une discrimination en lien avec l'état de grossesse, le sexe et la situation de famille de Madame X, prohibée par les articles L.1132-1 et suivants du code du travail et la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, et ouvrant droit à une réparation intégrale par application de l'article L.1134-5 du code du travail ;
 - Rappelle que la prise d'acte faisant suite à une mesure discriminatoire produit les conséquences d'un licenciement nul.
64. 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