

Paris, le 11 juin 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-168

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 ;

Vu le jugement du conseil de prud'hommes de C du 8 février 2018

Saisi par Madame B qui estime avoir été victime d'une rupture de son contrat de travail discriminatoire en raison de son orientation sexuelle.

Considère que Madame B a été contrainte de démissionner de son poste de chef d'établissement en raison du comportement discriminatoire de son employeur et que la rupture du contrat de travail de cette dernière doit donc être analysée en licenciement nul.

Décide de présenter des observations devant la cour d'appel de C.

Jacques TOUBON

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

1. Le 19 décembre 2014, le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de son délégué territorial, d'une réclamation de Madame B relative à la rupture de son contrat de travail qu'elle estime discriminatoire en raison de son orientation sexuelle, au sein de l'établissement privé catholique Y.

CONTEXTE :

2. Afin d'éclairer le contexte de ce dossier, il convient de préciser le fonctionnement et l'articulation du Diocèse du département Z et des différentes autorités de tutelle au regard des missions éducatives des établissements privés catholiques, de la nomination et de la révocation des chefs d'établissement.
 - Le fonctionnement du Diocèse du département Z et des autorités de tutelle :
3. Le directeur diocésain, missionné par l'évêque, a pour fonction de porter la mission éducative de l'église catholique dans les établissements scolaires du périmètre du Diocèse. Il appartient à l'éducation nationale.
4. Le périmètre du Diocèse du département Z compte 23.500 élèves répartis en 39 écoles, 19 collèges, 7 lycées généraux, 7 lycées technologiques et 7 lycées professionnels.
5. Un établissement d'enseignement privé catholique, en plus de dépendre du Diocèse, est également confié à une autorité ecclésiale, dite autorité de tutelle. Le département Z compte 6 autorités de tutelle et une 7^{ème} dite « tutelle diocésaine » au sein de laquelle le directeur diocésain est également directeur de l'autorité de tutelle diocésaine.
6. Au sein de ces autorités de tutelle, le délégué de tutelle ou directeur diocésain (pour l'autorité de tutelle diocésaine) a pour responsabilité de recruter les chefs d'établissement, avec l'accord de l'évêque.
7. Les articles 153 et 154 du statut de l'enseignement catholique en France précisent que *« le caractère institutionnel d'une école catholique procède de la mission confiée à une personne. La nomination d'un chef d'établissement est un envoi en mission qui confie un établissement à une personne choisie : le choix, la nomination et l'envoi relèvent de l'autorité de tutelle avec l'accord de l'évêque. Il reçoit cette mission de l'autorité de tutelle qui lui donne les orientations et lui fixe des objectifs, à laquelle il rend compte. Celle-ci lui apporte en retour l'aide et le soutien nécessaires à l'accomplissement de sa tâche »*. Ce chef d'établissement est laïc et sa nomination doit être ensuite validée par l'éducation nationale.

8. Une fois missionné, le chef d'établissement signe un contrat d'association avec le préfet et un contrat de droit privé avec un OGEC¹ (Organisme de gestion de l'enseignement catholique) qui l'assiste dans ses fonctions de chef d'établissement.
9. Le chef d'établissement est donc lié par un contrat de droit privé avec son employeur, l'OGEC, mais uniquement sur la partie de ses fonctions de chef d'établissement. Il reste par ailleurs enseignant et lié de ce fait par un contrat avec l'Etat. Il est ainsi payé par l'Etat pour sa fonction d'enseignement et par l'OGEC concernant sa mission de chef d'établissement. S'il est amené à exercer à plein temps une fonction de chef d'établissement, il est alors placé en décharge totale, alors qu'elle n'est que partielle s'il continue à exercer le métier d'enseignant.
10. Il ressort également du statut de l'enseignement catholique que si l'employeur est bien l'organisme de gestion (OGEC) auquel le salarié est lié par un contrat de travail, la décision de mettre fin aux relations contractuelles appartient in fine à l'autorité de tutelle. Cette décision de rupture du contrat doit être motivée comme tout licenciement.

RAPPEL DES FAITS :

- L'embauche et l'exécution du contrat de travail de Madame B en qualité de chef d'établissement :

11. De septembre 2009 à août 2012, Madame B est embauchée, sous contrat à durée indéterminée, en qualité de chef d'établissement à l'école X, au sein du Diocèse du département Z.
12. Monsieur A, directeur diocésain de l'autorité de tutelle, se rapproche à plusieurs reprises de la réclamante, reconnue pour ses compétences professionnelles, pour lui proposer de devenir chef d'établissement de l'école J, ce qu'elle accepte.
13. Elle signe alors un contrat de travail à durée indéterminée avec l'OGEC de J, à effet du 1^{er} septembre 2012, selon lettre de mission du 19 juillet 2012, délivrée par Monsieur A.
14. L'école J comprend un collège dans les mêmes locaux, sous la direction de Monsieur H.
15. C'est alors qu'elle rencontre au sein du collège celle qui devient sa compagne, Madame L, professeure d'éducation physique et sportive. Madame B se sépare alors de son mari.
16. Fin 2012/début 2013, des rumeurs commencent à circuler au sein de l'établissement concernant l'orientation sexuelle de la réclamante et la relation qu'elle entretient avec Madame L. Plusieurs de ses collègues de travail sont interpellés pour confirmer ou infirmer l'existence de cette relation.

¹ Article 155 du statut de l'enseignement catholique en France

17. A partir de mars 2013, des messages et courriers émanant d'un groupe de parents d'élèves (sans plus de précision), adressés au secrétariat de l'établissement et à la direction diocésaine, demandent le retrait des fonctions de la réclamante notamment en raison de son orientation sexuelle.
18. A titre d'exemple, un courrier du 23 mars 2013, signé par un groupe de parents de de l'école J indique « *nous avons appris que malgré son mariage et ses jeunes enfants, elle (Madame B) entretient une relation homosexuelle avec une professeure de sport du même établissement. Nous avons décidé en tant que catholique, d'inscrire nos enfants dans une école privée afin de conserver les valeurs familiales et morales qui nous semblent essentielles à la bonne construction de nos enfants. Nous sommes nombreux à envisager le départ de nos enfants vers une autre école si cette personne est toujours présente dans cet établissement lors de la rentrée prochaine* ».
19. La réclamante demande une copie de ces lettres à la direction diocésaine. Celle-ci refuse, indiquant que ces dernières n'ont pas été conservées.
20. Le 23 mai 2013, la réclamante dépose une main courante en ces termes : « *Je suis la directrice de l'établissement et le 20/05/2013 à 14h15, j'ai reçu un message vocal (anonyme) au secrétariat qui disait « je suis maman d'un petit garçon à l'école J et je n'apprécie pas Madame B.A (nom d'épouse de Madame B), le niveau est léger et elle est souvent absente et il y a beaucoup de problèmes avec Madame B.A et je représente une partie des parents de l'école. J'ai appris que Madame B.A entretenait des relations avec Madame L, il n'y a pas de bonne morale et je vais retirer mon enfant pour pas que mon enfant soit scolarisé dans ces conditions. Il faut faire écouter ce message aux personnes concernées et je n'en resterai pas là. Je vais faire remonter l'information au directeur diocésain (entendu exact). Je précise que je suis convoqué demain au Diocèse* ».
21. Le 28 mai 2013, Madame B porte plainte pour « *diffamation envers un fonctionnaire ou citoyen chargé d'un service public par parole, image écrit ou moyen de communication par voie électronique* ».
22. Fin juin 2013, la réclamante est convoquée à un entretien par Monsieur A qui lui précise qu'il ne s'agit pas d'un entretien préalable à licenciement. Lors de cet entretien, il lui aurait indiqué qu'il lui paraissait compliqué qu'elle continue sa mission de chef d'établissement au regard du contexte découlant de sa vie privée et que certains enseignants, parents d'élèves et membres de l'OGEC lui auraient demandé qu'elle démissionne.
23. C'est dans ce contexte, que Madame B adresse par télécopie, le 4 juillet 2013, une lettre à la direction diocésaine faisant part de son « *souhait de cesser sa mission de chef d'établissement de l'école J* ». Dans cette lettre, elle précise également « *je souhaite par conséquent retrouver un poste d'enseignante à la rentrée 2013-2014* ».
24. Madame B apprend alors qu'elle est affectée, en qualité d'enseignante, pour la rentrée 2013-2014, à l'école K.

25. Fin août 2013, Monsieur E, délégué de tutelle de l'école K, qui apprend fin juin 2013 l'arrivée « hors cadre » de Madame B, décide de prendre attache avec elle pour envisager les modalités de son arrivée. Dans le cadre de cet entretien téléphonique - qu'elle a enregistré - Madame B indique que Monsieur E lui a précisé que Monsieur A l'a informé de sa relation avec Madame L.
26. La réclamante sollicite alors un entretien avec Monsieur A afin d'obtenir des explications, entretien fixé au 27 août 2013.
27. Par courrier du 2 septembre 2013, suite à cet entretien, Monsieur A précise qu'il refuse d'être associé aux éventuels propos tenus par Monsieur E et qu'il s'inscrit dans une démarche « *d'accueil inconditionnel* » de la réclamante au sein du Diocèse. Enfin, il lui accorde, conformément à son souhait, une mobilité A1 (mobilité prioritaire) pour la rentrée 2014/2015.
28. Le 15 septembre 2013, la réclamante répond à Monsieur A en indiquant que sa démission de juillet 2013 fait suite aux diverses pressions exercées au regard de sa vie privée et sollicite le maintien du montant de sa rémunération de chef d'établissement.
29. Madame B précise qu'à compter de la rentrée de septembre 2013 au sein de son nouvel établissement d'affectation, l'établissement K, de nombreux parents refusent d'inscrire leurs enfants en raison de son orientation sexuelle.
30. Elle indique également que plusieurs de ses collègues tiendraient à son égard des propos désobligeants concernant son orientation sexuelle – « *j'ai un total rejet pour ta personne, tu vis avec une femme (...) tu nous fais subir ta compagne, tu nous imposes ça* ».
31. Le chef d'établissement n'aurait pas réagi face à ces propos et à la mise à l'écart dont elle s'estime victime.
32. Ce contexte de travail l'aurait conduite à de nombreux arrêts maladie en 2013 et 2014, puis à être définitivement arrêtée à compter de mai 2015. En mars 2015, la réclamante saisit le rectorat et alerte la médecine du travail sur sa situation de souffrance.
33. Elle formule alors le souhait d'obtenir une mobilité au sein de l'établissement K à Pont-XXXX.
34. Le 21 juillet 2015, elle informe le Défenseur des droits que sa demande de mutation est refusée par Madame F, chef d'établissement K de XXXX.
35. Lors d'un entretien téléphonique (enregistré par la réclamante), Madame F indique qu'elle ne veut pas prendre le risque d'intégrer cette dernière dans son établissement en raison des réactions éventuelles des parents et de l'équipe au regard du « contexte ».
36. La réclamante saisit le conseil de prud'hommes en sollicitant notamment que sa démission soit analysée en licenciement nul et des dommages et intérêts au titre de la discrimination.

37. Au vu des éléments communiqués par la réclamante, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, décidé d'auditionner Monsieur A, directeur diocésain du département Z et Monsieur E, délégué de tutelle de l'école K et de solliciter la communication de divers éléments.
38. Au vu des éléments ainsi recueillis dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits a adressé une note récapitulative à l'OGEC, employeur de Madame B, ainsi qu'à Monsieur A, Directeur diocésain, par courriers du 24 mars 2016. L'OGEC et Monsieur A y ont répondu par courriers des 22 et 24 avril 2016.
39. Au terme de son enquête, le Défenseur des droits, par sa décision MLD n°2016-239 du 29 septembre 2016, a considéré que la réclamante a été contrainte de démissionner de son poste de chef d'établissement en raison du comportement discriminatoire de son employeur et que la rupture de son contrat de travail doit être analysée en licenciement nul. Il a également décidé de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes de C lors du bureau de jugement fixé au 5 octobre 2017.
40. Par jugement du XX XX 2018, le conseil de prud'hommes de C a considéré que Madame B a subi une discrimination en raison de son orientation sexuelle et que sa démission a été extorquée et que de ce fait elle doit s'analyser en un licenciement nul et de nul effet. A ce titre, le conseil de prud'hommes a condamné l'OGEC à payer à la réclamante : 45.780,70 € au titre de rappels de salaire de septembre 2013 et jusqu'à la date du jugement (correspondant au salaire de chef d'établissement qu'elle aurait dû continuer de percevoir), 4.578,07 € au titre des congés payés afférents, 6.000 € pour licenciement nul et 15.000 € au titre de la discrimination subie en fonction de son orientation sexuelle.
41. L'OGEC a interjeté appel de cette décision.
42. Le Défenseur des droits décide, par la présente, de présenter ses observations devant la cour d'appel de C.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUE :

A. Sur la démission de Madame B pouvant s'analyser en un licenciement nul au regard du comportement discriminatoire de son employeur :

1. Sur le caractère équivoque de la démission de la réclamante intervenue dans un contexte de pressions :

43. Les dispositions de l'article L. 1232-1 du code du travail précise que « *le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié* ». Par-là est désignée l'alternative classique entre le licenciement pour l'employeur et la démission pour le salarié.

44. Il est de jurisprudence constante que la démission doit résulter d'une manifestation de volonté claire et non équivoque de rompre le contrat de travail par le salarié (*Cass. soc., 21 mai 1980 n° 78-41.833*).
45. Pour rechercher la volonté claire et non équivoque du démissionnaire, les juges du fond se fondent sur les circonstances de fait ayant entouré la rupture. D'une manière générale, la responsabilité de la rupture ne sera pas imputée au salarié, chaque fois qu'une prétendue démission est intervenue alors que celui-ci a agi sous la contrainte de son employeur.
46. Depuis un arrêt du 15 mars 2006, confirmé par un arrêt de principe du 13 décembre 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la démission suite à un comportement fautif de l'employeur doit être requalifiée en prise d'acte de la rupture. Selon que les griefs invoqués sont justifiés ou non, cette prise d'acte aura les effets d'une démission ou d'un licenciement abusif. ([Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-45.031, n° 665 F - P + B](#) ; [Cass. soc., 13 juin 2007, n° 06-41.574](#))
47. Il peut également y avoir prise d'acte de la rupture lorsque le salarié mentionne dans sa lettre de rupture qu'il démissionne sans aucune autre précision mais qu'ensuite, au cours de la procédure, il fait état de manquements de l'employeur.
48. Les juges doivent alors rechercher si la démission sans réserve, qui revêt a priori tous les aspects d'une démission sans équivoque, n'a pas été donnée en raison de circonstances antérieures ou contemporaines à la démission.
49. Pour que sa demande de requalification aboutisse, le salarié qui revient sur sa démission doit donc invoquer des faits qui ont eu lieu avant ou au moment de la démission pour qu'ils puissent justifier celle-ci.
50. De cette jurisprudence, la Cour de cassation a posé pour principe que lorsque « *le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner la nullité de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission* » (*Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-40.315 ; n° 05-41.324*)
51. Si le salarié fait notamment état d'un comportement discriminatoire antérieur ou contemporain de la rupture à son égard de la part de son employeur, la prise d'acte pourra ainsi produire les effets d'un licenciement nul, en vertu de l'article L.1132-4 du code du travail².

² Article L.1132-4 du code du travail : « toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul ».

52. A ce propos, dans un arrêt du 12 décembre 2012, la Cour de cassation valide le raisonnement de la cour d'appel considérant que « *la prise d'acte de la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement nul en raison de son caractère discriminatoire* » après avoir constaté que les explications « *avancées par l'employeur n'étaient pas de nature à établir que le traitement réservé à la salariée était fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (Cass. soc., 12 décembre 2012, n° 10-28.166).
53. En l'espèce, la réclamante indique que lors d'un entretien en juin 2013, Monsieur A l'aurait invitée à démissionner de sa fonction de chef d'établissement au regard du contexte (messages et courriers anonymes demandant le retrait de ses fonctions), et notamment de sa relation homosexuelle avec Madame L.
54. C'est d'ailleurs suite à cet entretien avec Monsieur A que Madame B adresse sa démission à la direction diocésaine, par télécopie du 4 juillet 2013.
55. Ensuite, lors d'un entretien téléphonique enregistré par la réclamante, en août 2013, Monsieur E précise à Madame B que Monsieur A lui aurait indiqué les raisons de son transfert à l'école K et évoque, à plusieurs reprises, au sujet de la rupture de son contrat de travail, qu'il aurait été fait en sorte - non pas de la licencier - mais de l'inviter à démissionner de son poste.
56. Lors de son audition par les services du Défenseur des droits, le 7 juillet 2015, Monsieur E, répondant à une question au sujet de sa conversation avec Monsieur A, indique : « *tout naturellement il m'a fait part du pourquoi du retrait de la mission de cette dame au sein de cet établissement* »
57. Dès lors, les propos tenus par Monsieur E en 2013, puis en 2015, faisant état d'un retrait de mission et non d'une démission, viennent corroborer les allégations de la réclamante sur le contexte de pressions entourant sa démission.
58. Monsieur A, dans le cadre de son audition par les services du Défenseur des droits, le 19 juin 2015, conteste l'avoir contrainte à démissionner mais pas que la relation qu'elle entretenait avec Madame L créait un trouble difficile à gérer.
59. Par la suite, dans un courrier du 15 septembre 2013 soit deux mois après la démission adressée à Monsieur A, elle précise que son souhait de quitter sa fonction de chef d'établissement fait suite aux diverses pressions exercées.
60. Ensuite, dans un courrier qu'elle adresse plus tard au comité médical, Madame B mentionne que son changement d'orientation sexuelle l'a contrainte à démissionner suite à de nombreuses pressions.
61. Il ressort donc des éléments du dossier que la réclamante semble avoir été contrainte de démissionner et que sa démission ne procède pas d'une volonté claire et non équivoque de sa part, au regard du contexte et des circonstances de fait ayant entouré la rupture de son contrat.

62. La démission de cette dernière doit donc s'analyser en une prise d'acte de la rupture du contrat.
63. Il convient donc d'analyser dans un second temps les manquements éventuels de l'employeur et notamment le comportement de ce dernier en raison de l'orientation sexuelle de la réclamante afin d'analyser si la prise d'acte du contrat de travail peut s'analyser en un licenciement discriminatoire et donc nul.

2. Sur l'analyse du comportement de l'employeur à l'égard de Madame B:

64. Les dispositions de l'article L. 1132-1 du code du travail disposent qu'aucun salarié ne peut être « *sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] notamment en matière [...] d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de [...] son orientation sexuelle* ».
65. L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations indique que : « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son (...) orientation ou identité sexuelle, (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.*

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

66. Tout d'abord, s'agissant de l'autorité décisionnaire du retrait de la mission de chef d'établissement, les dispositions de l'article 166 du statut de l'enseignement catholique prévoient que « *si le chef d'établissement ne remplit pas, de manière avérée et habituelle, la mission qui lui a été confiée ou si le ou les rappels à la mission sont restés sans effet, l'autorité de tutelle après avis du conseil de tutelle compétent, ayant entendu au préalable le chef d'établissement, et de l'instance compétente de l'organisme de gestion qui l'emploie, prononce et motive la fin de la mission du chef d'établissement. Le retrait de la mission du chef d'établissement déclenche une procédure de licenciement par l'organisme de gestion, selon les modalités prévues par la loi française. La lettre de licenciement doit comporter les faits qui ont motivé le retrait de la mission* ».
67. C'est donc bien l'autorité de tutelle, en l'espèce, le directeur diocésain qui prend la décision de retirer la mission de chef d'établissement.

68. Or, dans leurs courriers de réponse des 22 et 24 avril 2016, l'OGEC et le directeur diocésain, tous deux interrogés par le Défenseur des droits, se défont de leurs responsabilités, l'un précisant ne pas être intervenu à quelque niveau que ce soit dans la décision de Madame B de mettre fin à ses fonctions et l'autre indiquant ne pas être son employeur.
69. Toutefois, il convient de rappeler que s'agissant de l'OGEC, il est l'employeur de la réclamante puisqu'il a conclu avec cette dernière un contrat de travail de droit privé. A ce titre, il demeure responsable des conditions d'exécution de ce contrat et de toute dégradation de son environnement de travail qui l'aurait contrainte à cesser ses fonctions, en ne prenant pas notamment les mesures adéquates et suffisantes en vue d'améliorer la situation.
70. S'agissant du directeur diocésain, il est en réalité celui qui décide de confier la mission de chef d'établissement à Madame B, de lui donner des orientations et des objectifs et le cas échéant de mettre fin à sa mission. Il est donc celui qui en réalité exerce une autorité de fait sur la réclamante, pouvant s'analyser en l'exercice du lien de subordination inhérent à une relation de travail, sans forcément être celui qui a conclu le contrat de travail. A ce titre, il est également responsable si de par son comportement, il contraint la réclamante à démissionner.
71. Le Défenseur des droits considère donc que l'OGEC et le directeur diocésain ont une responsabilité partagée dans ce dossier, chacun exerçant avec Madame B un lien de subordination, caractérisé l'un par un lien contractuel et l'autre par une autorité de fait.
72. Le conseil de prud'hommes de C, dans son jugement du 8 février 2018, a considéré que c'est bien l'OGEC en sa qualité d'employeur qui doit répondre des faits commis éventuellement par le directeur diocésain représentant l'autorité de tutelle.
73. Sur le fond du dossier, il ressort des auditions menées dans le cadre de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que l'employeur se fonde sur deux arguments pour expliquer les difficultés de maintenir Madame B dans son poste : d'une part, l'incompatibilité de sa relation homosexuelle avec Madame L au regard des préceptes de l'église et du trouble généré par cette dernière, et, d'autre part, des insuffisances professionnelles de la réclamante dans la gestion de l'établissement.
74. S'agissant de l'incompatibilité de la poursuite de sa mission tiré d'un élément de la vie privée, la Cour de cassation a reconnu « *qu'il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* » (Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42.636). Dans cet arrêt, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel qui « *s'était bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association* ».

75. Seul un comportement objectif constitutif d'un trouble caractérisé dans l'entreprise peut justifier un licenciement et non seulement le fait d'adopter en privé un comportement contraire aux règles de sa religion.
76. S'agissant de la cause du trouble objectif, la Cour de cassation, dans ses arrêts, fait état d'un « *comportement* », « *d'agissements* » ou encore « *d'attitude* » du salarié.
77. A titre d'exemple, le comportement d'un salarié constitue un trouble caractérisé lorsqu'il a commis un vol au préjudice d'une entreprise cliente (*Cass. soc., 20 novembre 1991*) ou encore lorsqu'il a frappé sa compagne, également membre de l'entreprise, à proximité de ses anciens locaux (*Cass. soc., 1^{er} avril 1992 n° 1503 D*),
78. Par conséquent, il ressort des termes employés, et de la jurisprudence précitée, que le salarié doit avoir un comportement actif. Cette interprétation peut être confirmée par le raisonnement de la Cour de cassation qui censure la cour d'appel qui « *s'était bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association* ».
79. Or, en l'espèce, la seule orientation sexuelle de la réclamante ne semble pas pouvoir être considérée comme un acte positif. En effet, elle fait partie intégrante d'une personne, de son intimité et de son identité.
80. A ce propos, la CEDH, dans son arrêt SCHÜTH du 23 septembre 2010, précise que « *si une église peut exiger de ses employés le respect de certains grands principes, cela ne signifie pas pour autant que le statut juridique d'un employé d'une église soit « cléricalisé » et que la relation de travail fondée sur le droit civil se transforme en un statut ecclésial qui s'empare de l'employé et englobe sa vie privée entière* » (§70) (CEDH, 23 septembre 2010, Schüth c. Allemagne, no 425/03).
81. S'agissant de la notion même de trouble caractérisé, la doctrine s'accorde pour dire qu'il s'agit d'une réaction vive de tiers susceptible d'entraîner un dommage. Ce trouble doit présenter une certaine gravité, une certaine intensité. Par conséquent, le simple désagrément, la simple désapprobation, ne saurait justifier l'existence d'un trouble objectif.
82. Pour révéler l'existence d'un tel trouble, les juges du fond utilisent la technique du faisceau d'indices : le caractère réitéré des comportements (*Cass. soc., 9 juillet 2002 n° 2566 F-D, Molle c/ SA Sotapharm*), la publicité données aux événements dans les médias (*Cass. soc., 12 mars 1991*), la taille de l'entreprise (*CA Nimes, 17 décembre 1997 ; CA Rennes, 5 octobre 1995*) etc.
83. Dès lors, « *si la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement n'incombe pas particulièrement à l'une ou à l'autre partie, il appartient cependant à l'employeur, lorsqu'il allègue un trouble objectif causé à l'entreprise par un fait de la vie privée du salarié, d'établir la réalité de ce trouble* » (*Cass. soc., 28 avril 2011 n° 09-67.037 (n° 960 F-D), Sté Covéa finances c/ Maina*).

84. Dans le cadre de son audition par les services du Défenseur des droits du 19 juin 2015, Monsieur A évoque le trouble créé par la relation entre la réclamante et Madame L en ces termes : « *Les remontées ont commencé en octobre/novembre 2012, d'abord sur la gestion de l'établissement puis sur l'orientation sexuelle de Madame B. (...) J'ai reçu Madame B plusieurs fois au printemps 2013. Au cours de ces entretiens, elle m'a expliqué avoir une relation avec Madame L, enseignante de l'établissement. Cette relation créait un trouble dans la vie interne de l'établissement : enseignants dénonçant le comportement de Madame B et notamment sa proximité avec une autre enseignante. Dans une école, nous n'avons que des relations humaines et d'interaction. En tant qu'autorité diocésaine, il est difficile de savoir à partir de quand on peut ou pas rentrer dans la vie des gens. En tant qu'autorité de tutelle, je ne pouvais pas ne pas être interpellé par ce trouble, quel qu'en soit la nature. Toutes les autorités de tutelle doivent réagir quand il y a un trouble* ».
85. Monsieur A ne semble donc pas contester qu'il devenait difficile pour Madame B de continuer dans sa fonction de chef d'établissement au motif que sa relation avec Madame L créait un trouble au sein de l'école.
86. Si le fait que l'établissement scolaire dans lequel travaillait Madame B est un établissement catholique pourrait entrer en considération dans l'appréciation du trouble, il convient cependant de rappeler que l'entreprise de tendance ou identitaire n'a pas d'assise en droit français.
87. En effet, Monsieur E, dans son audition du 7 juillet 2015 par les services du Défenseur des droits, évoque également le cas d'autres chefs d'établissement qui se sont vus retirer leurs lettres de mission pour des faits de leur vie personnelle (adultère, divorce) car leur situation devenait incompatible avec les préceptes de l'église. Il indique également « *qu'au moment des recrutements, nous vérifions la carte d'identité des postulants, par exemple nous recrutons difficilement des personnes divorcées* ». Il se réfère ainsi à la nature même de l'activité de l'établissement catholique, qui pourrait être apparenté à une entreprise de tendance, visant à promouvoir une doctrine.
88. Or, la dénomination d'entreprise de tendance visant à respecter certains préceptes ou une doctrine particulière ne figure expressément ni dans le code du travail, ni dans 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, ni dans les décisions judiciaires françaises ou communautaires et n'a donc, pour l'heure actuelle, aucune assise légale en droit français.
89. En effet, la France n'a pas transposé l'exception prévue par l'article 4 §2 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui prévoit que: « *les Etats membres peuvent maintenir dans leur législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne*

constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lesquelles elles sont exercées, la religion ou les convictions religieuses constituent une exigence essentielle, légitime et justifiée au regard de l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des Etats membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif. »

90. L'alinéa 2 de ce même article précise que : « *Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation. »*
91. En tout état de cause, les différences de traitement autorisées par l'article 4§2 de la directive 2000/78 sont la religion ou les convictions religieuses d'une personne mais en aucun cas son orientation sexuelle.
92. L'employeur ne peut donc pas se fonder sur le respect de certains préceptes par le personnel des établissements catholiques pour en exclure une partie sur des considérations relevant de la vie personnelle telle que l'orientation sexuelle.
93. Le conseil de prud'hommes de C reprend l'analyse du Défenseur des droits tendant à faire observer que « *la dénomination d'entreprise de tendance visant à respecter certains préceptes ou une doctrine particulière (...) n'a, pour l'heure actuelle, aucune assise en droit français* ».
94. Il appartient alors à l'employeur, en application de l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination et de la jurisprudence en matière de licenciement fondé sur un élément de la vie privée, de prouver qu'il s'est fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et d'établir la réalité et le sérieux du trouble objectif pour considérer que Madame B n'était plus à même de remplir ses fonctions de chef d'établissement.
95. Or, dans le cadre de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits, ni l'OGEC, ni le Directeur diocésain n'apporte d'éléments objectifs venant démontrer la réalité du trouble causé par la relation homosexuelle de Madame B.
96. Le conseil de prud'hommes de C suit le même raisonnement que le Défenseur des droits en considérant que « *Monsieur A est dans l'incapacité de caractériser ce trouble d'autant plus qu'il se heurte à l'interdiction en droit français de promouvoir une entreprise de tendance ou identitaire (...)* ».
97. S'agissant d'une éventuelle insuffisance professionnelle de Madame B dans le cadre de ses fonctions, celle-ci n'est établie par aucun élément du dossier.

98. Les mis en cause ne communiquent aucune pièce visant à établir quelque insuffisance professionnelle de la réclamante, aucun rappel à l'ordre ni aucun avertissement. Or, le directeur diocésain est chargé de suivre le chef d'établissement dans l'exercice de sa mission, de lui fixer des objectifs. Force est de constater que si la réclamante n'avait pas mené à bien sa mission, ce dernier lui aurait fait part d'insuffisances qu'il aurait constatées.
99. De plus, l'article 162 du statut de l'enseignement catholique précise que *« l'accompagnement et l'évaluation des chefs d'établissement par les autorités de tutelle sont d'abord l'occasion de reconnaissance et de soutien. Le cas peut néanmoins se présenter où il est nécessaire d'interpeller sur des manquements ou des dysfonctionnements, de rappeler des exigences et de répreciser les modalités de mise en œuvre d'une orientation »*.
100. L'article 163 indique *« le rappel à la mission s'exerce d'abord dans le cadre d'un entretien personnel entre l'autorité de tutelle compétente et le chef d'établissement concerné. (...) Les conclusions de l'entretien et les préconisations données font l'objet d'une lettre de rappel à la mission qui fixe, sur des questions précises, les modalités de suivi, les critères d'évaluation retenus et l'échéancier prévu. Le chef d'établissement peut être invité, par écrit, à s'engager sur les recommandations données »*.
101. Or, Monsieur A fait état qu'au cours du printemps 2013, il aurait rencontré à plusieurs reprises la réclamante afin de lui faire part de remontées négatives de parents d'élèves ou de collègues. Toutefois, aucune conclusion de ces entretiens n'a été communiquée à la réclamante afin de l'accompagner dans la gestion d'éventuelles difficultés.
102. De plus, la réclamante communique des attestations émanant de parents d'élève ainsi que de la cheffe d'établissement l'ayant succédé suite à sa démission, Madame G, faisant état de ses compétences professionnelles et que les difficultés de gestion relevaient davantage de l'établissement en lui-même.
103. Le jugement du conseil de prud'hommes précise également *« il est important de relever que Monsieur A, directeur diocésain avait expressément souhaité voir nommer Madame B à ce poste vu ses qualités professionnelles en septembre 2012 »*.
104. Ces éléments établissent que la décision de l'employeur amenant Madame B à démissionner a été dictée par un comportement discriminatoire en raison de son orientation sexuelle et d'un élément de sa vie privée, à savoir sa relation avec Madame L.
105. Le Défenseur des droits considère donc que la réclamante a été contrainte de démissionner de son poste de chef d'établissement en raison du comportement discriminatoire de son employeur et que la rupture du contrat de travail de cette dernière doit donc être analysée en un licenciement nul.

106. Le jugement du conseil de prud'hommes du 8 février 2018 va dans le même sens que les observations en première instance du Défenseur des droits en indiquant que « *la remise de la lettre de démission est donc bien la résultante de la discrimination pour orientation sexuelle dont elle a été victime qui a eu pour effet de lui extorquer ce courrier de « démission » qui dans ces conditions ne peut nullement être qualifié d'acte clair et non équivoque mais se trouve frappé de nullité et de nul effet* ». En conséquence, le conseil a condamné l'OGEC à verser à Madame B l'intégralité des salaires qu'elle aurait dû percevoir sur la partie de mission en qualité de chef d'établissement et ce jusqu'à la date du jugement.
107. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la cour d'appel de C et souhaite soumettre à l'appréciation de la juridiction.

Jacques TOUBON