

Paris, le 7 janvier 2019

Décision du Défenseur des droits n°2018-189

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 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 ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité.

Saisi par Madame B qui estime avoir subi une mesure discriminatoire en raison de son activité syndicale,

Décide de recommander à l'association S de réparer son préjudice et de lui en rendre compte dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi, par Madame B, éducatrice, déléguée du personnel et membre du CHSCT de l'association « S », de la situation de mineurs étrangers, hébergés dans un foyer, dans des conditions lui paraissant aller à l'encontre de leur intérêt et pouvant potentiellement les mettre en danger.
2. La réclamation portant sur les conditions d'accueil des mineurs étrangers fait l'objet d'une enquête du Défenseur des droits.
3. Par ailleurs, Madame B a également saisi le Défenseur des droits de sa situation individuelle suite à la tentative de licenciement dont elle a été victime et qu'elle estime discriminatoire car pouvant constituer une mesure de rétorsion fondée sur ses activités de déléguée du personnel.
4. La situation relative au licenciement de Madame B relève de la compétence du Défenseur des droits au titre de sa compétence en matière de lutte contre les discriminations.

Rappel des faits :

5. La réclamante est embauchée depuis le 12 juillet 2001, en qualité d'éducatrice spécialisée, au sein de l'association S.
6. L'association S est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, dépositaire des autorisations et habilitations nécessaires à son activité, qui a compétence sur tout le département X en matière de protection de l'enfance, de protection judiciaire de la jeunesse, de prévention spécialisée et de prévention de la délinquance.
7. Elle accompagne près de 1100 mineurs et leur famille en milieu ouvert, 160 pré adolescents et adolescents en hébergement et activités de jour, et emploie près de 220 salariés – assistants sociaux, éducateurs spécialisés, moniteurs, animateurs et psychologues.
8. Son activité est assurée au sein des établissements et services encadrés par 5 directeurs et 12 chefs de service qui sont placés sous la direction générale de Monsieur Y et sous la présidence de Monsieur Z.
9. Le 4 août 2015, l'association est autorisée par le Président du Conseil départemental de X, Monsieur W, en vertu de l'article L.313-1 du code de l'action sociale et des familles, à créer 41 places d'accompagnement pour filles et garçons mineurs et majeurs de moins de 21 ans isolés et étrangers. Ce service d'accueil des mineurs isolés étrangers (SAMIE) fait l'objet d'une habilitation prenant effet le 1^{er} septembre 2015.
10. Le SAMIE est un service expérimental d'accueil, ayant ses locaux dans un ancien foyer de travailleurs immigrés transformé en résidence sociale. Ce foyer dit A, situé à C, reçoit des mineurs étrangers isolés mais également des adultes en situation de

grande précarité sociale (personnes souffrant d'addictions, personnes âgées vulnérables...).

11. Fin 2016, Madame B décide de se présenter aux élections professionnelles sur la liste H.
12. Entre les deux tours des élections professionnelles, Madame B indique s'être entretenue avec un éducateur du SAMIE qui lui aurait indiqué être en nombre insuffisant pour environ 70 mineurs au sein du foyer. Elle dit s'être engagée à se rendre sur place, dès son élection en qualité de représentante du personnel, pour constater les conditions d'accueil et de sécurité des mineurs au sein de ce foyer.
13. Le 19 décembre 2016, elle est élue membre de la délégation unique du personnel.
14. Le 23 décembre 2016, elle se rend au sein du foyer A et constate un certain nombre de difficultés (partage des locaux entre mineurs étrangers isolés et adultes en difficulté sociale, pas de numéro à joindre en cas d'urgence, pas d'accès aux soins médicaux, présence policière récurrente anxiogène, défaut de scolarisation des mineurs ou de prise en charge psychologique, bâtiment non sécurisé situé dans un quartier difficile, sentiment d'insécurité, etc...).
15. Le jour même, elle allègue avoir contacté, par téléphone et par courriels, les élus de son syndicat afin de leur faire part de ses différents constats et avoir sollicité en urgence une réunion des organisations syndicales et des élus afin d'évoquer ces différents points.
16. Le 4 janvier 2017, elle est désignée secrétaire du comité d'entreprise et du CHSCT.
17. Le 6 janvier 2017 à 21h, un des jeunes accueillis par le SAMIE depuis le 22 novembre 2016, Monsieur D, se défenestre en sautant du studio qu'il occupait au 8^{ème} étage de la résidence.
18. Le 9 janvier 2017, l'ensemble des représentants du personnel de l'association S se réunit afin d'évoquer les constats effectués par Madame B concernant les conditions d'accueil et d'hébergement du foyer ainsi que le suicide de Monsieur D. Lors de cette réunion, les élus décident majoritairement (5/8) de solliciter la convocation d'un CHSCT extraordinaire sur ces différents sujets.
19. Au même moment, Madame B apprend qu'une marche silencieuse est organisée le mercredi suivant en hommage à Monsieur D.
20. Le 10 janvier 2017, elle indique à son employeur qu'elle participe à la marche du lendemain et s'exprime à la radio sur ce sujet.
21. C'est dans ce contexte que l'association S fait constater par procès-verbal d'huissier du 10 janvier 2017, les propos tenus par cette dernière sur la radio E relatant les conditions d'accueil et d'hébergement qu'elle a pu constater concernant les mineurs isolés au sein du foyer A. Cet entretien a eu lieu suite au suicide du jeune D au sein de ce foyer.

22. Le PV laisse apparaître au regard des captures d'écran réalisées par l'huissier que cet entretien s'est tenu dans le cadre des audio blogs de la radio E par un journaliste qui serait un journal anarchiste communiste et d'écologie sociale de la région F.
23. Les propos tenus par Madame B relatent l'encadrement insuffisant de ces jeunes, le manque de moyens, la solitude de ces derniers, la mobilisation du CHSCT sur cette question, la responsabilité de la structure et la nécessité d'une prise de conscience collective pour une meilleure prise en charge des mineurs isolés étrangers sur le territoire.
24. Le lendemain de cet entretien à la radio, soit le 11 janvier 2017, lors de la marche silencieuse d'hommage au jeune D, Madame B est interrogée par plusieurs médias et s'exprime dans la presse.
25. Les propos tenus par la réclamante sont ainsi repris par le média G du vendredi, dans lequel elle évoque le fait que *« depuis qu'on a créé ce SAMIE en 2015, on les concentre au foyer A et on les laisse se débrouiller (...) on compte 2 éducateurs et 2 veilleurs pour 15 jeunes. Pire, après 18 heures, plus personne n'assure leur encadrement. Ces gamins sont complètement livrés à eux-mêmes ! »*.
26. Un article paru dans Libération du 16 janvier 2017 reprend également les déclarations de Madame B *« le département sous traite un maximum à l'association afin de dépenser un minimum d'argent pour les mineurs isolés étrangers »*.
27. D'autres médias relayent ses propos et dénonciations, notamment le site internet du XX blog et une tribune dans « XY » du 27 janvier 2017 intitulée *« mineurs étrangers isolés : une éducatrice menacée de licenciement pour avoir exercé un devoir d'alerte »*.
28. Le 12 janvier 2017, une demande de convocation d'un CHSCT extraordinaire sur ces questions est adressée au Président de l'association S, Monsieur Z par les représentants du personnel.
29. Le lendemain, soit le 13 janvier 2017, Madame B est convoquée à un entretien préalable à sanction.
30. Le 30 janvier 2017, lors de son entretien préalable, Monsieur Z lui reproche un dénigrement répété de l'association dans les médias. Le même jour, l'association lui notifie une mise à pied à titre conservatoire.
31. La mise à pied est rédigée en ces termes : *« je vous notifie par la présente à l'occasion de notre entretien préalable, votre mise à pied à titre conservatoire dans l'attente de la terminaison de la procédure de licenciement pour faute grave envisagé à votre compte, compte tenu des faits graves qui se sont accumulés au cours de ces derniers jours »*.
32. Le 10 février 2017, les représentants du personnel, appelés à voter au sujet du licenciement de la réclamante (en raison de son statut de salariée protégée), se prononcent unanimement (8/8) contre la mesure. Un PV est dressé à cet effet retraçant les échanges des différentes personnes présentes qui estiment que Madame B a fait valoir son droit à la liberté d'expression en vertu de son mandat syndical et

que ses propos diffusés dans la presse n'avaient pas pour but de mettre en péril l'association mais au contraire de permettre que sa mission soit accomplie dans de meilleures conditions.

33. Le 13 février 2017, l'association sollicite l'autorisation de l'inspection du travail afin de pouvoir procéder au licenciement pour faute grave de Madame B. Les motifs à l'appui du licenciement sont les suivants : dénigrement de l'association auprès des médias, violation de son obligation de discrétion, propos mensongers portant préjudice à l'association et à son principal financeur, le Conseil départemental.
34. L'inspection du travail diligente une enquête contradictoire approfondie auprès de la réclamante, du Directeur général, du Président de l'association, des salariés du SAMIE et des représentants de la délégation unique du personnel.
35. Le 29 mars 2017, l'inspection du travail refuse d'autoriser le licenciement de Madame B en considérant que « *la demande de licenciement pour faute grave de Madame B par son employeur est motivée pour des faits survenus en dehors de l'exécution de son contrat de travail, notamment dans le cadre de ses fonctions représentatives ; que les faits reprochés à Madame B sont basés sur une interview donnée en sa qualité de représentante du personnel ; que dès lors que l'employeur situe sa demande de licenciement sur le terrain disciplinaire, l'administration n'a pas le pouvoir de requalifier la demande et est tenue de se prononcer exclusivement sur ce terrain et refuser l'autorisation en raison de l'absence de fait fautif proprement dit et susceptible d'être retenu à l'encontre de la salariée* ».
36. Madame B est alors réintégrée dans les effectifs de l'association suite à la décision de l'inspection du travail.
37. Le 19 juin 2017, la réclamante informe le Défenseur des droits que l'association S forme un recours contre la décision de l'inspection du travail auprès du ministre du travail.
38. Plusieurs tracts en février et mars 2017, émanant d'organisations syndicales, dénoncent la procédure de licenciement initiée à l'encontre de la réclamante pour avoir évoqué les « conditions déplorables d'accueil » des jeunes dans le département et demandent un entretien à Monsieur W, Président du conseil départemental, afin d'évoquer ce qu'ils appellent un « cas flagrant de répression syndicale ».

Intervention du Défenseur des droits :

39. Le Défenseur des droits initie, tout d'abord, une tentative de médiation pour rétablir le dialogue entre les intéressés avant le licenciement de la réclamante. Madame B donne son accord, contrairement à Monsieur Z, le Président de l'association, qui estime qu'il appartient désormais à l'inspection du travail de se prononcer sur le licenciement.
40. Le Défenseur des droits procède alors à une instruction sur la situation individuelle de Madame B.
41. Un courrier d'instruction est adressé au Président de l'association S, le 21 mars 2017, sollicitant un certain nombre de pièces et observations, auquel l'association répond par courrier du 18 avril 2017.

42. Suite au refus de l'inspection du travail d'autoriser son licenciement qui donne lieu à sa réintégration au sein de l'association, Madame B demande la clôture de son dossier par le Défenseur des droits afin d'apaiser sa situation professionnelle.
43. Le 26 avril 2017, l'association S est informée de la clôture du dossier de Madame B.
44. Madame B informe ensuite le Défenseur des droits que l'employeur a exercé un recours contre la décision de l'inspection du travail auprès du ministre du travail. Par courriel du 7 juillet 2017, elle sollicite la réouverture de son dossier.
45. Par courriel du 29 septembre 2017, la réclamante informe le Défenseur des droits que le ministre du travail confirme la décision de l'inspection du travail refusant son licenciement. Le ministre du travail fonde sa décision sur un vice substantiel de forme tenant à un délai procédural et non sur le fond du dossier.
46. Au vu des éléments recueillis dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits adresse, par courrier du 13 novembre 2017, une note récapitulative reprenant son analyse de fait et de droit de la situation à l'association S, qui y répond par courrier du 8 décembre 2017. C'est au regard de l'intégralité de ces éléments que le Défenseur des droits fonde la présente décision.

Cadre juridique et analyse :

47. L'article L.1132-1 du code du travail, définissant la portée de l'interdiction des discriminations, prescrit qu'« *aucune personne ne peut être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire (...) en raison de (...) ses activités syndicales* ».
48. L'article L.2141-5 du code du travail prévoit qu'« *il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de (...) mesures de discipline et de rupture de contrat de travail...* »
49. L'article L.2141-8 du même code ajoute que « *les dispositions des articles L.2141-5 à L.2141-7 sont d'ordre public. Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts.* »
50. Il ressort des éléments de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que Madame B a dénoncé, dans un contexte particulier, un ensemble de difficultés qu'elle a constaté dans le cadre de ses fonctions et de son mandat syndical, et que c'est en raison de cette dénonciation, considérée comme un dénigrement par l'association, qu'elle se voit notifier une procédure de licenciement.
51. En effet, elle s'est d'abord rendue dans ce foyer après avoir été élue en sa qualité de déléguée du personnel le 23 décembre 2016, puis a sollicité, le 12 janvier 2017, avec les autres élus la tenue d'un CHSCT extraordinaire, en sa qualité de secrétaire, sur les conditions d'accueil au sein du foyer.

52. L'engagement de la procédure de licenciement la concernant est concomitante à sa volonté de dénoncer les difficultés rencontrées concernant les conditions d'accueil au sein du foyer.
53. Elle s'est ensuite exprimée dans les médias en qualité d'éducatrice spécialisée de l'association S mais également en sa qualité de représentante du personnel. A plusieurs reprises, les articles de presse font d'ailleurs référence à « *la déléguée du personnel* ».
54. L'inspection du travail, dans sa décision, indique expressément que « *les faits reprochés à Madame B sont basés sur une interview donnée en sa qualité de représentante du personnel et qu'à ce titre, ils ne peuvent revêtir de caractère disciplinaire* ».
55. L'association, dans sa réponse au Défenseur des droits du 8 décembre 2017, fait valoir que la décision de la licencier a été guidée par le fait que cette dernière n'aurait eu de cesse de s'exprimer dans différents médias et notamment via « *une propagation irraisonnée d'informations volontairement tronquées* ».
56. Afin de le démontrer, l'association communique un tableau au Défenseur des droits intitulé « *dénigrement et propos mensongers* » retraçant les différentes déclarations de Madame B qui s'avèreraient erronées.
57. Ainsi, à titre d'exemple, l'association mentionne le fait que la réclamante précise dans ses déclarations à la presse que Monsieur D est un mineur isolé malien alors qu'il est aujourd'hui établi qu'il est majeur, que l'enquête recherchant les causes de la mort ouverte par le parquet de C permet d'exclure toute intervention d'un tiers dans le décès, que bien que des améliorations sur la prise en charge sont constatées, leur hébergement reste satisfaisant... Madame B aurait également indiqué que dans le centre de C, il n'existe que 4 éducateurs pour 73 mineurs, et qu'après 18h en semaine, plus personne n'assure leur encadrement, ce qui serait inexact.
58. Or, en analysant les différentes déclarations de la réclamante, elles ne sauraient être qualifiées d'erronées dans la mesure où concernant la question de la minorité du jeune malien, il n'est reconnu majeur que bien plus tard.
59. Par ailleurs, dans son courrier de réponse au Défenseur des droits du 8 décembre 2017, l'association indique « qu'au terme d'une enquête pénale minutieuse menée sous la direction du parquet, il a pu être établi que le dispositif départemental de prise en charge des jeunes se présentant comme « mineurs étrangers isolés », bien que pouvant être amélioré, permet d'assurer leur prise en charge de manière satisfaisante ».
60. L'association ne conteste donc pas que des améliorations s'avèrent possibles voire nécessaires concernant le dispositif de prise en charge, ce qui est justement dénoncé par Madame B.
61. Enfin, l'association ne conteste pas que le centre de C ne comprend que 4 éducateurs mais qu'un gardien de nuit assure la vidéo surveillance 24h/24, ce qui n'est donc pas contradictoire avec le fait qu'aucun personnel n'assure la présence physique de ces jeunes après 18h autre que le gardien de nuit dont ce n'est pas la fonction principale.

62. L'association précise ensuite que le ministre du travail, dans sa décision du 19 septembre 2017 concernant le licenciement de la réclamante, mentionne le fait que « *l'inspection du travail en statuant ainsi, sans se prononcer sur le caractère diffamatoire des propos du salarié, allégué par l'employeur et susceptible, si cette qualification était retenue, de caractériser un manquement fautif à son obligation contractuelle de loyauté, l'inspecteur du travail a commis une erreur de droit et sa décision encourt l'annulation à ce titre* ».
63. Toutefois, le ministre du travail n'en déduit pas pour autant, contrairement à ce que semble soutenir l'association, que les propos tenus par Madame B sont diffamatoires, mais que l'inspection du travail aurait dû se prononcer sur cette allégation, ce qu'elle n'a pas fait.
64. Ensuite, un tract rédigé à l'initiative de plusieurs associations œuvrant dans la défense du droit des étrangers appelant à un rassemblement de soutien dénonce les mêmes faits que la réclamante, qualifiés de mensongers par l'association, et n'ont pas fait l'objet, à la connaissance du Défenseur des droits, d'une plainte en diffamation.
65. Les propos tenus par la réclamante ne sauraient donc être qualifiés de mensongers. Si des inexactitudes ou une certaine précipitation ont pu être relevées, Madame B a dénoncé les difficultés constatées non pas dans le but de porter préjudice à son employeur, préjudice qui n'est d'ailleurs nullement démontré.
66. Les autres représentants du personnel, amenés à se prononcer sur la mesure de licenciement envisagée à son encontre, ont d'ailleurs unanimement soutenu ses déclarations et démontré la bonne foi de cette dernière dans sa démarche, comme le démontrent leurs diverses déclarations, lors de la séance plénière de la DUP du 10 février 2017, ayant pour ordre du jour le licenciement de la réclamante.
67. L'association S n'établit donc pas que Madame B, par ses diverses déclarations dans les médias, a pu excéder les limites de son droit à la liberté d'expression dont elle bénéficie en sa qualité de représentante du personnel. Ainsi, sa décision de procéder à son licenciement reposant sur un tel abus n'est pas justifiée.
68. Enfin, l'association lui reproche d'avoir dénoncé ces faits dans un but politique. Elle indique que ses diverses déclarations ont été récupérées par des médias d'extrême gauche, communistes ou anarchistes et que cette récupération accentue le préjudice d'image de l'association et celle de son principal financeur, le conseil départemental.
69. L'association relate ainsi le fait que, « *lors de la marche blanche organisée en hommage de Monsieur D, le 11 janvier 2017, depuis le conseil départemental jusqu'au SAMIE, des pancartes appelant à la chute du capitalisme laissés sur place par les manifestants témoignent du caractère plus politique que mémoriel du rassemblement* ».
70. Dans le tableau communiqué au Défenseur des droits le 8 décembre 2017, l'association S précise que la réclamante est très proche d'une association de défense des mineurs étrangers isolés et que les dénonciations et propos tenus par cette dernière relève davantage de l'expression d'un message politique et militant qu'à celui de la défense des salariés.

71. Il convient de rappeler à l'association qu'elle n'a pas à tenir compte des opinions politiques ou activités militantes de ses salariés pour décider de les sanctionner.
72. Enfin, les démarches entreprises par Madame B avaient pour but d'appeler l'attention de sa hiérarchie et des autorités de tutelle sur les conditions de travail de certains de ses collègues, dont plusieurs élus affirment qu'ils sont en sous-effectif et ne sont pas en mesure de mener à bien leurs missions auprès d'un public particulièrement fragile, comme le rappelle tragiquement le suicide de Monsieur D.
73. Il ressort donc de l'ensemble des éléments de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que l'association S a tenté de licencier Madame B, déléguée du personnel, en raison des déclarations de cette dernière dans différents médias visant à dénoncer des conditions d'accueil et d'hébergement du foyer A et que les justifications tendant à soutenir que ses propos étaient erronés et ont porté un préjudice certain à l'association et ses financeurs ne sont pas établis.
74. Enfin, l'association indique que Madame B n'a subi aucune discrimination puisque son licenciement, n'ayant été autorisé ni par l'inspection du travail, ni par le ministre du travail suite au recours initié, cette dernière n'a finalement fait l'objet d'aucune sanction. Elle conclut en précisant que « *l'absence de mesure faisant grief à Madame B doit inciter à constater l'absence évidente de toute discrimination* ».
75. Cet argument ne peut être retenu dans la mesure où la discrimination réside dans la décision de l'association de vouloir la licencier et de diligenter à son encontre une procédure de licenciement pour les motifs évoqués précédemment. Le fait que l'association mise en cause n'ait pas pu aller au bout de la procédure de licenciement pour des motifs indépendants de sa volonté tenant à des refus administratifs, en raison du statut de salarié protégé de la réclamante, ne saurait en aucun cas inciter à constater l'absence de discrimination.
76. Au vu de ce qui précède et après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, le Défenseur des droits conclut que la tentative de licenciement faisant suite aux faits reprochés à Madame B est constitutive d'une mesure de rétorsion.
77. Le Défenseur des droits recommande à l'association S de réparer le préjudice subi par la réclamante et demande à ce qu'il lui soit rendu compte de ses recommandations dans un délai de 3 mois.

Jacques TOUBON