

Paris, le 3 février 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-003

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 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu la Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de 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 ;

Vu le code du travail ;

Vu le jugement du Conseil de prud'hommes de V du 10 juillet 2018 ;

Saisi d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination subis dans le cadre de son emploi, et notamment à son licenciement économique, en lien avec son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille ;

Considérant que Madame X a fait l'objet de plusieurs mesures discriminatoires en lien avec son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille ;

Considérant que le licenciement pour motif économique de Madame X est discriminatoire et qu'il encourt, dès lors, la nullité ;

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

Jacques TOUBON

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

1. En août 2016, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à des faits de discrimination subis dans le cadre de son emploi, en lien avec son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille.

RAPPEL DES FAITS :

2. Le 1^{er} avril 2007, Madame X est recrutée au sein de la société A en qualité d'assistante technico-commerciale.
3. Le 3 janvier 2008, elle est nommée aide conducteur de travaux, puis promue responsable d'exploitation le 1^{er} octobre 2008.
4. Par courrier du 16 mars 2015, elle annonce sa grossesse à son employeur.
5. Madame X est placée en congé maternité du 4 juin au 7 octobre 2015, puis en arrêt pour maladie du 8 octobre au 6 novembre 2015, suite à l'hospitalisation de son enfant.
6. Du 7 novembre au 15 décembre 2015, elle est en congés payés. Du 15 au 18 décembre, elle bénéficie d'une autorisation exceptionnelle. Du 19 décembre au 10 janvier 2016, l'entreprise est fermée pour congés annuels du bâtiment.
7. Par courrier du 2 décembre 2015, Madame X demande à bénéficier d'un congé parental partiel à 80% pour la période du 1^{er} février au 31 juillet 2016.
8. Par un courrier du 16 décembre 2015, l'employeur accepte cette demande, précisant toutefois que l'organisation du temps partiel sera déterminée lors d'un entretien programmé le jeudi 14 janvier 2016 dans l'entreprise.
9. Madame X reprend son travail le 11 janvier 2016.
10. Elle indique que son bureau aurait alors été occupé par la personne recrutée durant son congé de maternité et qu'aucune consigne ne lui aurait été donnée. Elle se serait donc installée dans un bureau vide et aurait interpellé l'un des gérants, Monsieur C, sur les tâches qui lui seraient allouées. Elle indique qu'aucune réponse ne lui aurait été donnée.
11. Le lendemain, n'ayant toujours aucune directive, elle aurait demandé à rencontrer les gérants.
12. Madame X précise que la majeure partie des missions qui lui étaient confiées avant son congé maternité auraient été réparties, pendant son absence, entre plusieurs collègues et les directeurs, et qu'elles ne lui auraient pas été réattribuées à son retour.
13. Lors d'un entretien organisé le 25 janvier 2016, les gérants, Monsieur B et Monsieur C, lui auraient expliqué qu'en raison d'une réorganisation de la société visant la sauvegarde de sa compétitivité, ses anciennes fonctions resteraient réparties entre ses collègues et, qu'elle devait accepter d'être mutée à un nouveau poste, faute de quoi elle ferait l'objet d'un licenciement économique.
14. Par courrier remis en main propre en date du 1^{er} février 2016, son employeur lui confirme être « *dans l'obligation d'envisager la modification de vos fonctions (...) afin de prévenir des difficultés économiques* ». Il lui propose donc « *un poste d'agent administratif au coefficient 665 [dont les] missions seront les suivantes* :

- Réponse à des appels d'offre
- Gestion du personnel ».

15. Ce courrier précise que sa nouvelle rémunération sera de 2 876,66 €, alors qu'elle était de 3 743,22€ avant son congé maternité.
16. Dans ce courrier, son employeur l'informe en outre qu'il a « tenu à prendre en considération vos nouveaux impératifs personnels qui ne vous permettent plus d'assurer un suivi de chantier de manière efficace ».
17. Enfin, il lui est demandé de répondre à cette proposition avant le 1^{er} avril 2016, et qu'en cas de refus, l'employeur sera dans l'obligation de procéder à son licenciement économique.
18. Madame X refuse cette proposition par un écrit du 15 février 2016.
19. Le 22 février 2016, elle est convoquée à un entretien préalable au licenciement pour motif économique. Son employeur précise avoir procédé à une recherche active et individualisée de reclassement, en vain.
20. Par courrier en date du 18 mars 2016, Madame X se voit notifier son licenciement pour motif économique.
21. Pour justifier sa décision, l'employeur explique que la société A réorganise les postes de l'entreprise depuis 2014 « pour pallier à une meilleure productivité et rentabilité ».
22. L'employeur précise également qu'il a proposé un poste de reclassement en tant que chargée d'opération en menuiserie, et que cette proposition a été refusée par Madame X. La réclamante dément que cette proposition lui ait été faite.
23. Le 21 mars 2016, la réclamante accepte le contrat de sécurisation personnelle.
24. Parallèlement à sa saisine du Défenseur des droits, Madame X a saisi le Conseil des prud'hommes de V, afin qu'il juge son licenciement discriminatoire car en lien avec sa grossesse et sa maternité.

ENQUÊTE & INTERVENTION DU DÉFENSEUR DES DROITS :

25. Au vu des éléments communiqués par la réclamante dans le cadre de sa saisine, 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. Il a ainsi sollicité de la société A mise en cause, par courrier du 3 novembre 2016, ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
26. La société communiquait les éléments demandés par courriers des 19 décembre 2016 et 10 février 2017.
27. Au regard des éléments ainsi rassemblés, le Défenseur des droits a adressé à la société mise en cause, le 11 mai 2017, une note récapitulant les éléments de fait et de droit susceptibles de caractériser une discrimination à l'encontre de Madame X.
28. Par courrier du 18 mai 2017, la société A a répondu sans apporter d'explications ni d'éléments complémentaires.
29. Ainsi, à l'issue de son enquête, le Défenseur des droits a considéré que la réclamante avait fait l'objet d'une discrimination en lien avec sa grossesse, son sexe et sa situation de famille.

30. Il décidait, par sa décision n°2017-182 en date du 19 juin 2017, de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de V.
31. Par jugement en date du 10 juillet 2018, le Conseil de prud'hommes a considéré que le licenciement pour motif économique était fon dé et que Madame X n'avait fait l'objet d'aucune discrimination.
32. Madame X ayant décidé d'interjeter appel de ce jugement, le Défenseur des droits souhaite soumettre ses observations à la Cour d'appel.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

33. Les articles 1 et 2 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 interdisent les discriminations en raison de la grossesse, de la maternité, « y compris le congé de maternité », en matière d'emploi et de carrière.
34. 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 reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, [...] en raison de son sexe, de sa grossesse ou de sa situation de famille [...] »*.
35. 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 »*.

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

36. 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 »*.
37. 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 »*.
38. 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 maternité¹. Le caractère discriminatoire d'une telle situation est largement reconnu par la jurisprudence ainsi que par le Défenseur des droits².
39. 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 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 »*.

¹ Cass., soc., 28 octobre 2008, n°07-41.856 ; Cass., soc., 16 décembre 2008, n°06-45.262

² 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

40. 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 sexe³.
41. 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. Cette analyse est fréquemment rappelée tant par la jurisprudence que par le Défenseur des droits⁴.
42. Dans l'affaire Riezniece c. Lettonie, C-7/12 du 20 juin 2013, la Cour de justice de l'Union européenne précisait que la personne en congé de maternité ne doit pas être en situation défavorable pour identifier dans le collectif de travail la personne qui doit être visée par une suppression de poste.
43. Il convient de préciser que selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la salariée doit retrouver en priorité son emploi précédent, ce n'est que s'il est établi que la réintégration est impossible que l'employeur peut lui proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente⁵, l'employeur devant alors justifier d'une nécessité de modifier les fonctions de l'intéressée⁶.

2) S'agissant du caractère discriminatoire des mesures préparatoires au licenciement de la salariée enceinte ou venant d'accoucher :

44. Dans sa version applicable à l'époque des faits, l'article L.1225-4 du code du travail prévoyait qu' « aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes ».
45. Cette interdiction de licenciement de la salariée enceinte ou venant d'accoucher ne se limite pas à la notification de la décision de licenciement puisqu'il est également interdit à l'employeur de prendre la décision de licenciement et de prendre des mesures préparatoires au licenciement pendant la période de protection, telle que la recherche et la prévision d'un remplacement définitif de la salariée.
46. En effet, dans son arrêt PAQUAY du 11 octobre 2007 (aff. C-460/06), la Cour de justice des communautés européennes a jugé que l'article 10 de la directive 92/85 et les articles 2-1 et 5-1 de la directive 76/207 interdisent des mesures préparatoires en vue du licenciement prises pendant la période de protection de la femme ayant accouché.
47. La Cour de cassation juge également qu'il est interdit à l'employeur de prendre toute mesure préparatoire à une décision de licencier une salariée en raison de sa grossesse, et notamment le remplacement définitif de cette dernière avant son retour de congé maternité⁷.
48. La Cour de cassation précise que le licenciement d'une salariée postérieur à la période de protection peut être frappé de nullité lorsqu'il est démontré que, pendant son congé de maternité, un salarié a été embauché pour pourvoir à son remplacement définitif.

³ CJCE 13.02.1996 Gillespie point 22 ; CJCE 30.04.2004 points 29 et 32 ; CJCE 30.03.2004 Alabaster point 47

⁴ Voir notamment : Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-22751 ; CA PARIS 7 février 2013 ; CA PARIS, 3 juin 2015, n°11/02886 ; CPH BORDEAUX, 11 janvier 2016, n°14/00855 ; TGI LYON, 5^{ème} ch. correc. 2 octobre 2014, GN, n° parquet 12075000154 ; Décisions du Défenseur des droits MLD-2012-154 du 5 juillet 2012 ; MLD-2013-198 du 4 novembre 2013 ; LCD-2011-1 du 29 juin 2011.

⁵ Cass. soc., 22 mai 1997, n°94-40297

⁶ Cass. soc., 1^{er} février 2012, n°10-20906

⁷ Cass., soc., 15 septembre 2010, n°08-43299 ; Cass., soc., 11 juillet 2012, n°11-17207.

49. En l'espèce, Madame X s'est vue remettre dès le 1^{er} février 2016, soit trois semaines après son retour effectif dans l'entreprise à la suite de son congé maternité, un courrier dans lequel la possibilité d'un licenciement économique est évoquée. Ce licenciement lui sera finalement notifié un mois et demi plus tard.
50. Enfin, il ressort des conclusions préparées pour la société A ainsi que du courrier qu'elle a adressé au Défenseur des droits que cette dernière reconnaît avoir pris la décision de supprimer définitivement le poste de Madame X pendant son absence pour maternité.
51. En l'espèce, dans sa décision portée devant le Conseil de prud'hommes, le Défenseur des droits a fait valoir que la société mise en cause ne contestait ni dans ses courriers au Défenseur des droits, ni dans les conclusions qu'elle a adressées au Conseil de prud'hommes le fait que Madame X n'ait pas retrouvé, lors de son retour de congé maternité, son poste antérieur⁸.
52. En effet, il ressort des conclusions préparées pour la société mise en cause devant le Conseil de prud'hommes que « *c'est lors de l'absence prolongée pour congé maternité de Madame X, et alors que ses tâches sont parfaitement réparties entre plusieurs salariés, que l'employeur décide de la suppression du poste de Responsable d'exploitation IAC statut CADRE* ».
53. Le Défenseur des droits a présenté au Conseil de prud'hommes deux observations relatives à cet argument.
54. Tout d'abord : le fait, avoué par l'employeur lui-même, de prendre la décision de supprimer son poste à l'occasion de son absence pour congé maternité, ce qui n'aurait jamais eu lieu si la salariée n'avait pas été enceinte et, partant, si elle n'avait pas été une femme, tend à démontrer l'existence d'une discrimination en lien avec l'état de grossesse, le sexe et la nouvelle situation de famille de la salariée.
55. Ensuite : le fait que ses tâches aient été réparties entre plusieurs salariés pendant son absence, et que cette répartition ait bien fonctionné, ne peut constituer une preuve de l'impossibilité de lui restituer ses tâches et fonctions lors de son retour. En effet, la société mise en cause, qui a la charge de la preuve, n'apporte aucun élément de nature à justifier qu'il lui aurait été impossible de revenir à la répartition antérieure des tâches.
56. A ce titre, il convient de préciser que dans le cadre de l'enquête dont il a la charge, le Défenseur des droits a demandé à la société mise en cause de lui communiquer notamment :
- « *le CV, le contrat de travail, les éventuels avenants, ainsi que la fiche détaillée des 3 postes occupés et tout élément descriptif des fonctions exercées par l'ensemble des salariés suivants depuis leur embauche* :
 - *le dossier personnel de la personne ayant été recrutée pour pallier l'absence de Madame X, incluant tout élément relatif à son recrutement, son CV, son contrat de travail, son profil de poste, ses évaluations et son dossier disciplinaire* ».
57. Dans son courrier en réponse, la société A indique qu'« *en l'absence de Mme X, aucune personne n'a repris le poste dans son intégralité* ». Il ressort effectivement des éléments du dossier que les tâches de la salariée ont été réparties entre plusieurs personnes.
58. La société A répond également au Défenseur des droits que « *les salariés cités dans votre courrier ne font pas partie de la société A. Néanmoins,*

⁸ Décision n°2017-182, points 52 et suivants

- *Une première personne est embauchée le 19/01/2015 au poste d'Assistante administratif (création de poste)*
 - *Une seconde personne est embauché le 01/04/2013 au poste de Métreur (en remplacement d'une autre salariée)*
 - *Une troisième personne est embauchée le 26/07/2013 au poste de Comptable (en remplacement d'une autre salariée) ».*
59. La société mise en cause ne donne pas davantage d'explication quant à ces personnes qui semblent avoir été recrutées par Messieurs C et B mais pas au sein de la société A.
60. Une simple recherche sur le site internet « société.com » permet de voir que Messieurs Monsieur C et Monsieur B gèrent conjointement plusieurs sociétés, toutes domiciliées à la même adresse.
61. Le Défenseur des droits relève en outre que dans ses conclusions devant le Conseil des prud'hommes, la société mise en cause reconnaît que l'une des trois personnes a été recrutée pour assister Madame X : *« sollicitée par Mme X, la société se décide quand même à embaucher une assistante de gestion en contrat d'avenir afin d'assister la salariée dans ses tâches ».*
62. Il apparaît ainsi qu'en dépit des fonctions qui leur sont attribuées, les salariés sont indifféremment recrutés par l'une ou l'autre des sociétés gérées par Messieurs B et C.
63. Cette constatation appelle à nouveau deux observations.
64. Tout d'abord, le Défenseur des droits a relevé que la réponse de la société, interrogée sur la façon dont les tâches de Madame X avaient été réparties pendant son absence, n'est pas complète et, par conséquent, que **la société n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, qu'elle se serait trouvée dans l'impossibilité de restituer à la réclamante l'emploi qu'elle occupait avant son congé maternité.**
65. Le Défenseur des droits a donc conclu à l'existence d'une discrimination sur ce point.
66. Ensuite, le Défenseur des droits a souligné qu'en présence de plusieurs sociétés dont les salariés paraissent interchangeable, il paraît particulièrement injuste d'évoquer les potentielles difficultés économiques de l'une des sociétés, et de l'obligation de supprimer le poste de la salariée absente pour maternité, sans étudier les possibilités d'ajustement des tâches et/ou de reclassement des autres salariés et notamment au sein des autres sociétés.
67. Aucun de ces éléments d'analyse présentés par le Défenseur des droits n'ont été étudiés par le Conseil de prud'hommes qui a écarté purement et simplement toute réflexion sur l'application de l'article L.1225-25 du code du travail au motif présenté par la société A que *« Madame X a[urait] sollicité de sa propre initiative une modification de ses conditions de travail en ne voulant plus assurer l'une des missions inhérentes à sa fonction : « assurer le suivi des chantiers » (...) A sa reprise de poste, c'est Madame X qui a[urait] fixé le cadre d'une possible évolution de son contrat de travail et de ses missions en refusant de poursuivre le suivi des chantiers ».*
68. Pourtant, il ressort des éléments du dossier que ce n'est pas Madame X qui a refusé de poursuivre le suivi des chantiers mais la société A dans son courrier du 1^{er} février 2016 qui l'en a évincé en raison de sa nouvelle situation de famille, considération qui, en soi, constitue une discrimination.
69. De même, le Défenseur des droits a indiqué au Conseil de prud'hommes qu'il rejetait l'argument économique avancé par la société, selon laquelle *« le maintien de ce poste*

aurait contribué à l'accentuation des difficultés financières rencontrées ces dernières années alors que les tâches remplies par l'intéressée avaient pu être judicieusement réparties entre plusieurs autres salariés de l'entreprises », puisque rien ne peut justifier le fait que la décision de supprimer un poste dans l'entreprise soit prise **à l'occasion de l'absence pour maternité d'une salariée.**

70. En effet, tout employeur qui envisage de licencier un salarié pour un motif économique doit respecter un certain nombre de règles concernant notamment le reclassement du salarié et l'ordre des licenciements. Il ne peut désigner d'office le salarié qui sera visé par le licenciement économique, en aucun cas en prenant en compte des éléments inhérents à la personne du salarié et touchant à un des critères de discrimination prohibé par la loi comme, en l'espèce, l'absence pour congé de maternité, la grossesse et par le fait même le sexe et la situation de famille.

71. Au regard de l'ensemble de ces éléments, le Défenseur des droits considère que Madame X a fait l'objet d'une discrimination en lien avec son congé de maternité, son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille en ne retrouvant pas son emploi précédent à son retour de congé maternité.

3) S'agissant du régime probatoire applicable à la discrimination en matière civile :

72. Le Défenseur des droits constate que le jugement du Conseil de prud'hommes frappé d'appel ne fait pas application des règles probatoires applicables aux faits de discrimination en matière civile pour deux raisons.

73. En premier lieu, il convient de rappeler que si la discrimination constitue une infraction prohibée par les articles 225-1 et suivants du code pénal⁹, les régimes probatoires sont très différents en matière civile et en matière pénale, puisque la preuve d'un élément intentionnel, nécessaire pour constituer l'infraction de discrimination en matière pénale, n'est pas requise en matière civile.

74. L'article L1134-1 du code du travail et l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précisent :
« *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause 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.* »

75. Dans son jugement du 10 juillet 2018, le Conseil de prud'hommes retient que « *la société A a[urait] fait preuve de bienveillance à l'égard de Madame X en étant toujours disposée à faire au mieux pour arranger la salariée. Dans ces conditions, il est difficile de déceler une volonté de discriminer Madame X* ».

76. En recherchant si la société aurait eu l'intention de discriminer la réclamante, le Conseil de prud'hommes n'a pas respecté le régime probatoire applicable à la discrimination en matière civile.

77. Ainsi, devant le juge civil, la personne qui s'estime victime de discrimination doit présenter des éléments de nature à mettre en lumière une apparence de discrimination¹⁰, à créer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination.

⁹ L'article 225-1 du code pénal définit le délit de discrimination comme toute distinction opérée entre les personnes physiques notamment sur le fondement de leurs activités syndicales. L'article 225-2 du même code prévoit que la discrimination commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

¹⁰ CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Pamela Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health.

78. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée¹¹.
79. En présence d'éléments qui, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur de prouver que les faits dénoncés sont soit inexacts, soit qu'ils n'ont pas eu lieu, soit qu'ils sont justifiés par une cause non discriminatoire.
80. En l'absence d'une telle preuve, la discrimination est établie.
81. Le Défenseur des droits rappelle que dans un arrêt du 19 avril 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué que le silence d'un employeur qui serait interrogé par une personne s'estimant victime de discrimination, ou son refus de se justifier, « *peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* »¹².
82. En l'espèce, le Défenseur des droits a indiqué, dès sa note récapitulative adressée à la société A par courrier du 11 mai 2017, qu'il estimait que Madame X fournissait suffisamment d'éléments laissant supposer qu'elle a fait l'objet d'un traitement défavorable la ciblant comme salarié à licencier à son retour de congé maternité au sein de l'entreprise A.
83. Dès lors, la note récapitulative rappelait à la société mise en cause qu'il lui incombait d'apporter la preuve que les décisions prises à l'égard de Madame X à son retour de congé maternité étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
84. Pour toute réponse, la société A a entendu rappeler au Défenseur des droits, dans un courrier du 18 mai 2017, « *que le conseil des prud'hommes est saisi (...) et c'est aux conseillers prud'homaux de se prononcer sur le dossier* ». La société a joint à sa réponse une copie des conclusions préparées par son Conseil, élément dont le Défenseur des droits avait déjà eu connaissance avant la rédaction de sa note récapitulative.
85. Ainsi, la société A mise en cause n'a pas entendu apporter d'explications ou d'éléments complémentaires après avoir eu connaissance de l'analyse du Défenseur des droits indiquant qu'il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination.
86. C'est ainsi que le Défenseur des droits a pu conclure, dans sa décision n° 2017-182 en date du 19 juin 2017, que la discrimination était établie.
87. Le Défenseur des droits constate que le Conseil de prud'hommes de V n'a pas fait application de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail en n'examinant pas si la salariée présentait des indices de discrimination et le cas échéant, si la société mise en cause était en mesure de justifier objectivement les faits par des éléments étrangers à toute discrimination.
- 4) S'agissant de la concomitance entre le retour de congé maternité de la salariée et les mesures défavorables prises à son encontre :**
88. 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 discrimination¹³.

¹¹ Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603 ; 29 juin 2011, n°10-15792.

¹² CJUE, 19 avril 2012, aff. C 415-10, Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH.

¹³ voir par exemple : Cass, soc, 14 juin 2007, n°05-45.219 ; Cass, soc, 29 juin 2011, n°10-14.067

89. En l'espèce, la relation de travail entre Madame X et son employeur se déroulait de manière très satisfaisante pour les deux parties depuis 2007 et aucune difficulté, qu'elle soit d'ordre personnel, professionnel ou économique n'est à déplorer avant le retour de congé maternité de la salariée.
90. En revanche, la salariée signale des difficultés dès le jour de son retour de congé maternité puisqu'elle n'aurait alors pas retrouvé son bureau ni ses fonctions. Son employeur tente alors de lui imposer une modification importante et défavorable de ses fonctions et évoque, dans un courrier qui lui est adressé trois semaines après son retour de congé maternité, qu'un licenciement économique la visant individuellement est envisagé.
91. La suppression du poste de Madame X se prépare pendant son congé maternité et son licenciement se réalise dès son retour de congé maternité parce qu'on va supprimer le poste de la personne qui a été absente pour congé maternité. Elle est licenciée moins deux mois après son retour de congé maternité.
92. Cette chronologie est de nature à laisser supposer qu'il existe un lien entre le congé de maternité et la grossesse de la salariée et le choix de rationaliser en supprimant son poste. Ces mesures défavorables prises à son encontre sont constitutives de discriminations interdites par la loi du 27 mai 2008 et les articles L1132-1 et suivants et L1142-1 et suivants du code du travail.

5) S'agissant du caractère discriminatoire du courrier portant tentative de modification de son contrat de travail :

93. Madame X fournit un courrier que son employeur lui a remis le 1^{er} février 2016, exactement trois semaines après son retour effectif dans l'entreprise à la suite de son congé maternité, dans lequel il lui est confirmé que son poste antérieur ne lui sera pas restitué, son employeur lui proposant un poste d'agent administratif au statut ETAM (employés, techniciens et agents de maîtrise), au coefficient 665, et en contrepartie d'une rémunération mensuelle inférieure à sa rémunération précédente de 2 876,66 euros.
94. Il convient de rappeler ici que le poste occupé par Madame X avant son congé maternité était un poste de Responsable d'exploitation, statut cadre niveau I, coefficient 90, et qu'elle percevait en dernier lieu une rémunération mensuelle de 3 743,22 euros.
95. Il ressort de la lecture de ce courrier que l'employeur de Madame X tente de lui imposer une modification substantielle de son contrat de travail, dont il ne peut être contesté qu'elle produira des effets défavorables pour la salariée.
96. Dans ce courrier, la société ne manque pas d'informer Madame X qu'elle a « tenu à prendre en considération vos nouveaux impératifs personnels qui ne vous permettent plus d'assurer un suivi de chantier de manière efficace ».
97. Ce faisant, la société avoue avoir pris en compte un critère prohibé par la loi, en l'occurrence, la situation de famille.
98. Les explications fournies ensuite par la société - faisant valoir que la mesure pourrait être justifiée par la nécessité de prévenir de difficultés économiques - ne sauraient apporter une justification objective, légitime et étrangère à toute discrimination liée à son congé de maternité au traitement défavorable dont elle fait l'objet.
99. Par conséquent, le Défenseur des droits considère que la société mise en cause a pris une mesure discriminatoire à l'égard de Madame X en tentant de lui imposer une modification de son contrat de travail en raison de sa grossesse, de son sexe et de sa situation de famille.

6) S'agissant du caractère discriminatoire du licenciement de la salariée :

100. La jurisprudence a établi que si un licenciement semble reposer à la fois sur un motif personnel et sur un motif économique, il convient de s'attacher à celui qui en a été la cause première et déterminante, étant précisé que si ces deux motifs semblent dépourvus de lien entre eux, le motif à faire prévaloir est celui qui joue un rôle prépondérant¹⁴.
 101. Ainsi, même si des difficultés économiques peuvent justifier la suppression d'un emploi, le fait qu'un motif inhérent à la personne, soit le congé maternité, soit pris en compte dans le choix du salarié à licencier écarte la validité du motif économique¹⁵.
 102. Dans une décision MLD-2012-62 du 4 mai 2012, le Défenseur des droits, saisi par une salariée qui avait fait l'objet d'un licenciement économique à son retour de congé maternité, constate que les difficultés économiques du groupe auquel appartenait la société mise en cause sont réelles, mais souligne qu'elles étaient prévisibles au moment de l'embauche de la salariée, qu'elles perduraient depuis des années, et que la société n'a pas respecté son obligation légale de reclassement. Le Défenseur des droits en a conclu que la salariée avait fait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire en raison de son état de grossesse et de son sexe et a considéré que le licenciement pour motif économique était discriminatoire¹⁶.
 103. Retenant cette analyse dans un jugement de départage du 25 juin 2014, le Conseil de Prud'hommes de T a condamné la société à verser à la salariée 20 000 euros de dommages intérêts pour licenciement discriminatoire et donc nul.
 104. En l'espèce, la concomitance entre le congé maternité de la salariée et son licenciement, en l'absence de toute difficulté professionnelle antérieure, des conditions de travail de la salariée à son retour, et des termes du courrier du 1^{er} février précité constituent des éléments de nature à laisser supposer que le licenciement économique de Madame X n'est pas dépourvu de lien avec sa grossesse et sa maternité.
 105. C'est pourquoi, le Défenseur des droits a sollicité de la société mise en cause, dans son courrier du 3 novembre 2016, la communication de tous les éléments de nature à prouver que le licenciement économique était fondé sur des motifs objectifs et légitimes et que la procédure a bien été respectée.
 106. La société a communiqué ses éléments en réponse par courriers des 19 décembre 2016 et 10 février 2017.
- S'agissant de la procédure de licenciement :
 107. Après analyse des éléments communiqués par la société mise en cause, le Défenseur des droits a souligné dans sa note récapitulative du 11 mai 2017, s'agissant du respect de la procédure du licenciement économique tout d'abord, que la société ne communiquait *« aucun élément ni relatif au respect des critères d'ordre, ni aux recherches de reclassement, malgré les demandes du Défenseur des droits en ce sens, et bien qu'il lui incombe de rapporter la preuve de l'absence de toute discrimination, par application de l'article L.1134-1 du code du travail »*.
 108. Le Défenseur des droits précisait que *« ce seul constat pourrait suffire pour retenir que la société mise en cause échoue à démontrer que le licenciement de Madame X serait dépourvu de lien avec sa maternité »*.

¹⁴ Cass. soc., 10 oct. 1990, n° 87-45.366 : Bull. civ. V, n° 442, Cass. soc., 3 avr. 2002, n° 00-42.583.

¹⁵ Cass. soc., 24 avr. 1990, n° 88-43.555, n° 1650 P : Bull. civ. V, n° 181 : Le motif économique ne peut être retenu à l'égard du licenciement d'un salarié, danseur au service d'une entreprise organisatrice de spectacles, fondé essentiellement sur son âge, élément inhérent à la personne, alors même que le montage d'une nouvelle revue et les difficultés économiques connues par la société pouvaient justifier la suppression de l'emploi.

¹⁶ Décision accessible sur le site internet du Défenseur des droits.

109. Aucune réponse n'a été apportée par la société A par la suite.

110. Aussi est-il possible de conclure, sans avoir à aller plus loin, que le licenciement de Madame X est discriminatoire.

• S'agissant du bienfondé du licenciement :

111. En outre, le Défenseur des droits avait souligné dans sa note récapitulative du 11 mai 2017 que la société n'apportait pas suffisamment d'éléments permettant de démontrer le bienfondé du licenciement, et notamment qu'il existait des difficultés économiques sérieuses de nature à rendre nécessaire la suppression de l'emploi spécifique de Madame X.

112. Le Défenseur des droits indiquait « *A ce titre, il est frappant de constater que la majorité des pièces communiquées par la société mise en cause font apparaître des difficultés de trésorerie, sans rapport avec des difficultés économiques rendant nécessaire une réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.*

113. *Il est également frappant de constater que l'un des éléments avancés par la société A pour justifier de difficultés économiques tient au fait que ses gérants auraient été contraints de réduire leurs rémunérations qui seraient ainsi passées de 4 000 euros en 2013 à 2 000 euros en 2015. Or, le Défenseur des droits relève qu'aucun élément de preuve de cette assertion n'est communiqué, et, en tout état de cause, qu'aucun élément relatif aux rémunérations et avantages perçus annuellement par les gérants au titre de l'ensemble des sociétés qu'ils gèrent n'est communiqué ».*

114. La société mise en cause s'étant abstenue de répondre à ces constatations, le Défenseur des droits a indiqué, dans le cadre de sa décision du 19 juin 2017, que la société n'apportait pas la preuve qui lui incombe, de ce que le licenciement de Madame X serait justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et notamment sur un motif économique sérieux. C'est ainsi que le Défenseur des droits concluait au caractère discriminatoire du licenciement.

115. Le Conseil de prud'hommes n'a pas retenu cette analyse et a conclu, au contraire, que le licenciement pour motif économique était bel et bien fondé.

116. Le Défenseur des droits relève que le Conseil de prud'hommes a fondé sa conviction sur une attestation qui ne lui avait pas été communiquée au cours de son enquête, rédigée par l'assistant comptable de l'entreprise.

117. Pour le Défenseur des droits, cette attestation – qui émane d'un salarié de l'entreprise – ne parvient pas, à elle-seule, à convaincre de la réalité des difficultés économiques que l'entreprise indique avoir connues avant le licenciement de Madame X.

118. De surcroît elle est insuffisante pour établir que le choix de Madame X comme salarié à licencier est étranger à son absence en congé maternité et que ses compétences ne pouvaient contribuer à l'activité de la société.

119. La société mise en cause ne manquera pas de présenter, pour démontrer devant la Cour la réalité de ces prétendues difficultés économiques, le jugement du 24 avril 2019 du tribunal mixte de commerce de V portant ouverture d'une procédure de redressement judiciaire sur déclaration de cessation des paiements.

120. Le Défenseur des droits souhaite attirer l'attention de la Cour d'appel sur le fait, d'une part, que ce jugement date du 24 avril 2019 tandis que la situation dénoncée par Madame X se situe en 2015 et 2016, et d'autre part, qu'il conviendrait de rechercher si les autres sociétés

gérées par Messieurs B et C, domiciliées à la même adresse que la société A, et dont il a été vu que certains salariés pouvaient être interchangeables, ont connu ou connaissent aujourd'hui des difficultés.

121. Pour le Défenseur des droits, il apparaît, au regard de l'ensemble des éléments du dossier, que la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, de difficultés économiques et de critères légitimes rendant nécessaire le licenciement de Madame X.
122. Le Défenseur des droits en conclut que les difficultés économiques ne sont pas la cause du licenciement de Madame X mais que ce dernier repose en réalité sur des motifs discriminatoires à savoir son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille.
123. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
 - 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 ;
 - Constate que la société A a tenté de lui imposer une modification défavorable de son contrat de travail en raison de sa nouvelle situation de famille ;
 - Constate que la société A n'apporte pas la preuve, qui lui incombe par application de l'article L.1134-1 du code du travail, que le licenciement de Madame X est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec son congé de maternité, son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille ;
 - Constate que la société A a pris des mesures préparatoires au licenciement de Madame X pendant une période où celles-ci sont prohibées ;
 - 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 ;
 - Rappelle que ces mesures ouvrent droit à une juste réparation pour la salariée ou encourent la nullité par application de l'article L.1132-4 du code du travail.
124. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de V et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON