

Paris, le 5 mars 2021

---

**Décision du Défenseur des droits n°2021-059**

---

**La Défenseure des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

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

Vu le code du travail ;

Saisie d'une réclamation de Madame X qui estime avoir subi des faits de discrimination en lien avec son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille par la société Y ;

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Z saisie du litige.

Claire HÉDON

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

1. Le 26 octobre 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.

**I. RAPPEL DES FAITS :**

2. Madame X est embauchée par la société Y en qualité de directrice de l'audit interne, à compter du 14 octobre 2013, au statut cadre niveau VIII, coefficient C30. Son salaire est de 82 300€ bruts annuels. Elle bénéficie d'une voiture de fonction et d'un téléphone portable professionnel. Elle encadre une équipe de 5 personnes.
3. La réclamante est en congé maternité du 22 octobre 2015 au 17 février 2016, en arrêt maladie du 18 février au 17 mars 2016, puis en congé parental du 18 mars au 16 juin 2016.
4. Lors d'entretiens informels préalables à sa reprise avec ses supérieurs hiérarchiques, Madame X se serait vu proposer un poste de contrôleur de gestion, entraînant une perte de salaire et de son véhicule de fonction.
5. À la suite de congés payés, Madame X reprend ses fonctions le 28 juin 2016. Elle commence à exercer les fonctions de contrôleur de gestion dès la fin du mois de juillet 2016, ce qui est corroboré par un procès-verbal de plainte pour vol du 15 septembre 2016.
6. La modification de son contrat de travail est matérialisée par un avenant daté du 9 août 2016 qui lui est adressé par courrier du même jour.
7. Dans un courriel adressé à Monsieur A, responsable des ressources humaines, le 5 septembre 2016, Madame X décrit les termes de cet avenant qu'elle refuse de signer, notamment en ce qu'il prévoit des « *déplacements réguliers* ». Face au refus de Monsieur A de modifier cette mention, Madame X précise, dans un courriel du 9 septembre 2016 :  
« *Y a considéré que, en tant que jeune maman, je ne pouvais pas reprendre mon poste de directrice de l'audit interne, en mettant en avant le fait que le niveau de déplacement allait soudainement s'accroître. Il m'a donc été demandé d'accepter une rétrogradation au poste de contrôleur de gestion avec un niveau de déplacement très faible voire inexistant. Vous comprendrez donc que j'attende que cette condition soit reflétée dans l'avenant à mon contrat de travail, (...)* ».
8. Ce courriel est resté sans réponse, mais l'avenant a été modifié avant d'être signé par la réclamante le 25 octobre 2016, la mention « *déplacements réguliers* » étant remplacée par la mention « *déplacements occasionnels* ».
9. En vertu de cet avenant, il est acté qu'à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2016, la réclamante exerce la fonction de contrôleur de gestion, niveau VII, coefficient C20, avec un salaire de 75 400€ bruts annuels – soit une baisse de 8,4% de son salaire brut – sans véhicule de fonction.
10. La réclamante indique ne pas avoir pas été remplacée au poste de directrice de l'audit interne, cette fonction ayant été attribuée depuis son congé maternité à Monsieur B, directeur du contrôle interne.
11. Dans le cadre de l'exercice de ses fonctions de contrôleur de gestion, elle fait l'objet d'une évaluation professionnelle négative au cours de l'été 2017, qu'elle conteste, ainsi que de deux courriels de reproches datés du 8 août 2017, auxquels elle répond à son retour de congés.

12. Par courrier du 5 septembre 2017, elle est convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement.
13. Elle est placée en arrêt de travail à compter du 12 septembre 2017. Une demande de reconnaissance de maladie professionnelle est adressée à la CPAM. La société suspend la procédure de licenciement, et Madame X demeure en arrêt de travail.
14. Le 14 septembre 2017, elle saisit le conseil de prud'hommes de Z afin qu'il soit mis fin à la discrimination qu'elle estime subir.
15. Par décision n° 2018-2017 du 26 juillet 2018, au terme d'une instruction contradictoire décrite ci-après, le Défenseur des droits décide de présenter ses observations en justice devant le Conseil de prud'hommes de Z.
16. Par décision du 5 octobre 2018, la CPAM confirme l'origine professionnelle du syndrome anxio-dépressif de Madame X.
17. Dans son jugement du 25 octobre 2018, le conseil de prud'hommes de Z juge que le changement de poste de Madame X constitue une discrimination, que l'engagement de la procédure de licenciement est une mesure de rétorsion motivée par la saisine par Madame X du Défenseur des droits, et condamne la société Y à lui verser une réparation financière.
18. La société Y interjette appel de ce jugement le 21 novembre 2018, et demande la condamnation de Madame X à des dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail.
19. Postérieurement au jugement, Madame X indique avoir reçu des bulletins de paie correspondant au poste de contrôleur de gestion, et considère donc que la réintégration prononcée par le conseil de prud'hommes n'est pas mise en œuvre par son employeur. La société Y lui explique, le 6 décembre 2018, que sa réintégration ne pourra « *exister qu'à la reprise effective de [son] poste, à la suite de l'avis d'aptitude rendu par le Médecin du travail* ».
20. Le 9 janvier 2019, Madame X est déclarée apte par le médecin du travail à reprendre son poste initial de directrice du service audit. Les faits postérieurs, non soumis à l'appréciation de la juridiction de première instance, font l'objet d'un litige distinct devant le conseil de prud'hommes de Z.

## **II. SAISINE & ENQUÊTE DU DEFENSEUR DES DROITS :**

21. Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de Madame X le 26 octobre 2016, au lendemain de la signature de l'avenant scellant sa rétrogradation, et avant son entrée en vigueur.
22. Au vu des éléments communiqués par la réclamante, et conformément à son souhait, le Défenseur des droits a procédé à une tentative de règlement amiable du différend. Il a ainsi procédé à plusieurs échanges avec chacune des parties entre les mois de janvier et mai 2017.
23. À la fin du mois de mai 2017, au vu de l'échec de cette tentative de règlement amiable, et en considération des éléments communiqués par Madame X, 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 Y mise en cause, par courrier du 8 juin 2017, ses

explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.

24. La société communiquait les éléments demandés par courrier du 27 juillet 2017.
25. Les conseils des parties ont communiqué une copie de leurs conclusions et pièces au Défenseur des droits dans le courant de l'année 2018.
26. Le Défenseur des droits a adressé à la société Y, par courrier du 13 juin 2018, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier, en l'invitant à présenter tout élément et document utiles.
27. Par courriel du 13 juillet 2018, cette dernière y a répondu en présentant des éléments complémentaires qui ont été examinés par le Défenseur des droits.
28. Au regard des éléments communiqués au B par les deux parties, le Défenseur des droits décide de présenter ses observations en justice devant le Conseil de prud'hommes de Z, par décision n° 2018-2017 du 26 juillet 2018.
29. Dans le cadre de la procédure d'appel, Madame X a sollicité l'intervention du Défenseur des droits et lui a transmis les écritures et pièces des deux parties.
30. Les présentes observations se fondent sur l'ensemble de ces éléments.

### **III. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :**

31. 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 [...]* ».
32. 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* ».
33. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de discrimination, l'article L.1134-1 du code du travail définit un régime probatoire spécifique en vertu duquel, lorsque survient un litige et que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la situation est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
34. Ainsi, si la partie mise en cause n'apporte pas la preuve soit que les faits laissant présumer la discrimination ne sont pas établis, soit qu'ils sont justifiés par un élément objectif, alors la discrimination doit être considérée comme établie.  

➤ *S'agissant de la concomitance entre le congé parental de la salariée et les mesures défavorables prises à son encontre :*

35. Il est de jurisprudence constante que la concomitance entre la connaissance par un employeur d'un élément en lien avec l'un des critères de discrimination (état de grossesse, survenance

d'une maladie, mandat syndical...), et la survenance de mesures défavorables à l'encontre du salarié constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination<sup>1</sup>.

36. La relation de travail entre Madame X et son employeur se déroulait de manière très satisfaisante pour les deux parties depuis son embauche et aucune difficulté, qu'elle soit d'ordre personnel, professionnel ou économique n'est à déplorer avant le congé maternité de la salariée comme le démontrent les entretiens d'évaluation annuels de la salariée.
37. En revanche, la salariée dénonce avoir occupé un poste différent du sien à la suite de son absence dans le cadre de ce congé maternité, la conduisant à saisir le Défenseur des droits en octobre 2016 et, suite à des reproches sur la qualité de son travail à ce nouveau poste et à l'engagement d'une procédure de licenciement, à être placée en arrêt de travail à compter de septembre 2017.
38. Cette chronologie est de nature à laisser supposer qu'il existe un lien entre la dégradation des conditions de travail de la salariée et son état de grossesse, son sexe et/ou sa situation de famille.
- Sur le caractère discriminatoire de la modification du contrat de travail imposée à la salariée à son retour de congé parental :
39. 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 ». La même règle s'applique au retour du congé parental par application de l'article L.1225-55.
40. 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 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 ».
41. A défaut, la salariée subit un désavantage particulier en raison de sa grossesse par rapport à d'autres salariés n'ayant pas été dans cet état, ce qui caractérise une discrimination. Une telle discrimination existe non seulement lorsqu'une décision défavorable est motivée par l'annonce de l'état de grossesse, mais aussi lorsqu'elle est motivée par l'absence résultant du congé maternité<sup>2</sup>. Le caractère discriminatoire d'une telle situation est largement reconnu par la jurisprudence ainsi que par le Défenseur des droits<sup>3</sup>.
42. 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 ».

<sup>1</sup> Cass.Soc, 14 juin 2007 n° 05-45219 ; Cass. Soc, 29 juin 2011, n° 10-14067.

<sup>2</sup> Cass., soc., 28 octobre 2008, n° 07-41856 ; Cass., soc., 16 décembre 2008, n° 06-45262.

<sup>3</sup> Voir notamment le Bment 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.

43. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a invariablement rappelé que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constitue une discrimination directe fondée sur le sexe<sup>4</sup>.
44. Ainsi, le fait pour une salariée de ne pas retrouver son emploi ou un emploi équivalent à son retour de congé maternité ou de congé parental 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 droits<sup>5</sup>.
45. 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 qu'en cas d'impossibilité que l'employeur peut lui proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente<sup>6</sup>, l'employeur devant alors justifier d'une nécessité de modifier les fonctions de l'intéressée<sup>7</sup>.**
46. Dans un arrêt du 19 juin 2013, la Cour de cassation a rappelé que « *selon les dispositions de l'article L.1225-55 du code du travail, à l'issue du congé parental d'éducation, la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ; qu'il en résulte que la réintégration doit se faire en priorité dans le précédent emploi. Et attendu qu'ayant relevé, par des motifs non critiqués, que l'emploi précédemment occupé par la salariée était disponible au retour de son congé parental d'éducation, la cour d'appel en a exactement déduit que la salariée devait retrouver ce poste, peu important la stipulation d'une clause de mobilité dans le contrat de travail* »<sup>8</sup>.
47. Premièrement, la société Y fait valoir que l'affectation de Madame X a été modifiée à la demande de cette dernière.
48. Dans ses conclusions, la société indique qu'à la fin du congé maternité de la réclamante, « *une discussion sur l'évolution possible de Madame X à un autre poste au sein de la société Y a ainsi été initiée entre les parties à l'initiative de la demanderesse* ».
49. Aux fins de démontrer cette affirmation, la société communique dans un premier temps une attestation de Monsieur C, directeur administratif de Y, qui certifie :

*« En tant que directeur administratif de Y, j'étais le supérieur hiérarchique de X lorsqu'elle était directrice de l'audit interne.*

*Lors de son congé de maternité, Mme X est venue au bureau nous présenter son nouveau-né, lors d'un entretien en privé elle m'a fait part de sa situation personnelle compliquée et m'a demandé de prolonger son congé parental de 3 mois pour se donner un peu de temps. Nous nous sommes quittés sur un accord pour prolonger son congé et l'idée de trouver une solution qui lui permettrait de mener une vie professionnelle chez Y. Nous avons bien entendu évoqué la difficulté que pourrait poser sa nouvelle situation pour les déplacements futurs car elle n'avait pas la possibilité de faire garder très facilement son fils.*

*Par la suite nous nous sommes rencontrés dans les locaux de Y pour évoquer les solutions que nous pourrions mettre en place. Une des problématiques de l'audit interne est représentée par les déplacements fréquents liés à ce métier et la capacité à réagir très vite en cas de situation critique. Mme X convenait que cela serait difficile en terme d'organisation car ses parents sont établis dans la région D.*

<sup>4</sup> CJCE 13.02.1996 Gillespie point 22 ; CJCE 30.04.2004 points 29 et 32 ; CJCE 30.03.2004 Alabaster point 47.

<sup>5</sup> Voir notamment : Cass, soc, 15 janvier 2014, n° 12-22751 ; CA Z 7 février 2013 ; CA Z, 3 juin 2015, n° 11/02886 ; CPH BORDEAUX, 11 janvier 2016, n° 14/00855 ; TGI LYON, 5<sup>ème</sup> 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.

<sup>6</sup> Cass. soc., 22 mai 1997, n° 94-40297.

<sup>7</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10-20906.

<sup>8</sup> Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-12758.

*Nous avons évoqué les pistes possibles et sommes arrivés rapidement à la conclusion qu'elle aurait du mal à rester à son poste de directeur de l'audit et qu'il serait mieux pour elle de trouver un poste plus sédentaire et sur lequel les déplacements éventuels pouvaient être planifiés à l'avance.*

*Quelques jours après je lui ai indiqué que le contrôle de gestion recrutait et que cela pourrait l'intéresser. Elle était d'accord sur le principe et a accepté de rencontrer les personnes en charge du recrutement.*

*Par la suite elle a quitté ma zone de responsabilité en acceptant un poste au contrôle de gestion ».*

50. Par courriel du 18 juillet 2018, la société fournit en complément deux nouvelles attestations de Monsieur A, responsable ressources humaines, et Monsieur E, directeur administratif et financier.
51. Monsieur E affirme alors que, lors d'un entretien du 16 juin 2016, il a directement évoqué avec Madame X l'opportunité d'un poste de contrôleur de gestion pour la salariée. Monsieur A affirme quant à lui avoir eu pour instruction de préparer fin juillet un avenant pour la salariée.
52. Le Défenseur des droits relève que ces attestations ne permettent pas de démontrer de manière objective que Madame X aurait eu l'initiative de son changement de poste.
53. La salariée a toujours contesté être à l'initiative de son changement d'affectation comme elle l'indique lors de son entretien annuel d'évaluation de l'année 2016 « [...] *A mon retour de congé maternité mi 2016, il m'a été imposé une rétrogradation au poste de contrôleur de gestion avec perte de salaire [...]* » ou dans un courriel du 5 septembre 2016 adressé au Responsable des Ressources Humaines « *Le 18 mars 2016, pendant mon congé parental, lors d'une visite informelle à porte maillot, M. C a souhaité évoqué l'éventualité d'une évolution professionnelle à mon retour de congé parental étant donné mon nouveau statut de maman et selon lui « les contraintes que cela peut impliquer en terme de disponibilité » [...]* ».
54. La société soutient également que Madame X aurait eu pour objectif de conserver son niveau de rémunération et son véhicule de fonction malgré la perte de responsabilités qu'elle demandait. Les échanges avec le Défenseur des droits ne le démontrent pas, Madame X ayant expliqué craindre de « *nouvelles pressions multiples* » de la part de son employeur si elle reprenait son poste, et que cela lui semblait « *vain* ».
55. Enfin, pour démontrer que le changement de fonction n'a pas été imposé à la réclamante, la société fait valoir que Madame X a signé « *en pleine connaissance de cause* » l'avenant à son contrat de travail « *acceptant ainsi expressément ce nouveau poste, sa nouvelle qualification et les conditions de sa rémunération* »<sup>9</sup>.
56. La salariée ayant saisi le Défenseur des droits concomitamment à la signature de cet avenant défavorable, cet argument est peu probant.
57. La société Y se prévaut, à cet égard, du principe de la force obligatoire des contrats pour considérer que Madame X ne peut contester les termes de l'avenant qu'elle a signé. La société s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation selon lequel un avenant ne peut être remis en cause par un salarié qu'en démontrant un vice du consentement.
58. Or, cet arrêt n'a pas été rendu dans un litige portant sur une discrimination. **Le Défenseur des droits rappelle à ce titre qu'un salarié ne peut être considéré comme ayant consenti à**

---

<sup>9</sup> Page 5 des conclusions produites par Y devant le conseil de prud'hommes.

**une mesure discriminatoire, y compris en cas de signature d'un avenant, comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 2018<sup>10</sup>.**

59. Deuxièmement, le Défenseur des droits constate que la société ne démontre pas qu'il lui était impossible de restituer à Madame X le poste de directrice de l'audit interne qu'elle occupait précédemment.
60. Dans son courrier d'explications du 13 juillet 2018, la société affirme que le poste de directeur du service audit n'avait été ni supprimé, ni attribué à un autre salarié de sorte que le poste était disponible.
61. La salariée affirme par ailleurs qu'elle aurait exercé ses fonctions de contrôleur de gestion avant même l'entrée en vigueur de l'avenant. Elle communique un procès-verbal de dépôt de plainte en date du 15 septembre 2016 dans lequel elle indique s'être fait voler son sac à main « *dans un open space dans les locaux de la société Y, service contrôle de gestion 6<sup>ème</sup> étage* ». La société admet que Madame X a exercé les fonctions de contrôleur de gestion avant la signature de l'avenant, mais considère qu'elle n'en a subi aucun préjudice car elle aurait conservé sa rémunération.
62. Or, la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 impose que la salariée retrouve des « *conditions qui ne lui soient pas moins favorables* » sans que cela ne se limite à la rémunération. La seule perte du niveau de responsabilités d'une salariée à son retour de congé maternité suffit à constituer une discrimination.
63. Selon l'employeur, même si le poste de la salariée était toujours disponible, il était impossible de la maintenir dans ses anciennes fonctions car elle n'a « *pas voulu assumer les déplacements inhérents à sa fonction, raison pour laquelle elle a choisi d'évoluer vers un autre poste plus sédentaire* ». La société ajoute que son contrat de travail initial stipulait expressément qu'elle devait réaliser tous les « *déplacements nécessités par ses fonctions* ». Toutefois, la société n'apporte aucune preuve de refus de Madame X d'effectuer des déplacements.
64. La société Y s'appuie également sur les évaluations annuelles de Madame X qui aurait été alertée, avant son congé maternité, sur la nécessité de prévoir de plus nombreux déplacements.
65. Or, il ressort d'une lecture attentive des deux évaluations annuelles de la réclamante avant son congé maternité que son travail donnait satisfaction, et aucun élément du dossier ne permet de démontrer qu'une modification du rythme des déplacements était à prévoir après son congé maternité. La mention « *améliorer les connaissances de terrain* » dans les évaluations n'apparaît pas comme un constat d'échec mais comme un objectif, sans plus de précision.
66. Il ressort par ailleurs des pièces fournies par la société elle-même - et notamment l'échange interne de février 2017 relatif au nombre de journées d'audits réalisés<sup>11</sup> par les membres de l'équipe et leur directeur – que ce poste serait resté vacant toute l'année 2016. Aucun audit n'a en effet été réalisé sur l'année 2016 par Monsieur B lorsqu'il a assuré les fonctions de directeur de l'audit interne. Le Défenseur des droits constate également que Monsieur F, le remplaçant de la réclamante, n'a été embauché qu'à compter du 3 juillet 2017, soit un an après le retour de la salariée dans l'entreprise.

<sup>10</sup> Cass. soc., 7 novembre 2018, 16-20759.

<sup>11</sup> Pièce n° 8 de la société mise en cause dans le cadre du litige prudhommal.



67. Ainsi, il semble que l'argument selon lequel la salariée allait devoir augmenter soudainement ses déplacements dès son retour de congé parental n'est pas fondé.
68. Il apparaît dans ces conditions que seul le nouveau statut de mère de famille de la salariée soit à l'origine de sa rétrogradation.
69. Enfin, la société affirme que les femmes représentent plus des 2/3 de la direction administrative, que Monsieur C travaillait habituellement et majoritairement avec des femmes sans qu'aucune difficulté n'ait été soulevée et produit des témoignages de deux salariées ayant eu des absences prolongées et ayant retrouvé leurs postes par la suite.
70. Sur ce point, le Défenseur des droits rappelle la jurisprudence de la Cour d'appel de Z selon laquelle la discrimination à l'encontre d'une salariée ne peut être écartée au motif que l'employeur serait en mesure ou non d'établir que d'autres salariées ont pu partir en congés maternités sans subir de conséquences.<sup>12</sup> Le Défenseur des droits est en effet saisi du litige individuel de Madame X qui a pu faire l'objet d'un traitement différent des autres salariées.
71. Troisièmement, le Défenseur des droits ajoute que la société doit en tout état de cause démontrer que le poste proposé à l'issue du congé parental constitue un emploi similaire au sens de l'article L.1225-25 du code du travail.
72. La jurisprudence a dégagé plusieurs critères permettant de saisir les caractéristiques d'un emploi similaire au sens de l'article L.1225-5 du code du travail. Elle précise que l'emploi sera considéré comme similaire toutes les fois que des éléments essentiels du contrat de travail n'auront pas été modifiés<sup>13</sup>. Constitue un emploi similaire, un emploi de même niveau, de même nature, avec le même niveau hiérarchique et de responsabilités<sup>14</sup>.
73. Plus précisément, la notion d'emploi similaire s'entend d'un emploi comportant la même rémunération, la même qualification mais aussi des responsabilités similaires, de sorte qu'une rétrogradation et/ou une diminution des responsabilités du salarié s'analyse en une modification de son contrat de travail<sup>15</sup>. Ainsi, constitue une rétrogradation l'affectation d'un salarié, responsable d'un service, à un poste ne comportant pas de fonction d'encadrement<sup>16</sup>.
74. Enfin, récemment, la Cour de cassation a jugé que ne retrouve pas un emploi similaire la salariée qui, à son retour de congé maternité, est affectée à un poste où elle exerce des fonctions fortement réduites et temporaires même si elle a conservé sa classification et sa rémunération antérieures.<sup>17</sup>
75. L'avenant en date du 25 octobre 2016 fait mention d'un coefficient inférieur, C20, qui s'apparente donc à une rétrogradation.
76. Dans son entretien annuel d'évaluation réalisé en 2017, la salariée affirme être obligée d'assumer des tâches subalternes, être réduite à un rôle d'exécutante avec une majorité de tâches répétitives et sans valeur ajoutée.
77. Enfin, il ne semble pas pouvoir être contredit que l'emploi proposé ne respecte pas les critères de l'emploi similaire, étant constaté notamment que cet emploi a induit une diminution de 8,4% de son salaire brut en plus de la perte du véhicule de fonction dont elle bénéficiait.

---

<sup>12</sup> Cour d'Appel de Z, 7 février 2013, S11/03537.

<sup>13</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 1992, n° 90-42.529 et CA Pau, 6 avril 2009, RG n° 08-00141.

<sup>14</sup> Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-67298 et Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-40338.

<sup>15</sup> Cass., Soc 15 janvier 2014-n° 12-22.751 et Cass. Soc. 17 février 2010, n° 08-44127.

<sup>16</sup> Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 12-11622.

<sup>17</sup> Cass. Soc, 18 mars 2016 n° 14-21491.

78. La société affirme que le poste de Madame X n'ayant pas disparu et ayant été repris par la salariée à son retour, elle n'avait aucune obligation de lui proposer un poste similaire avec une rémunération équivalente.

79. Au vu de ce qui précède, Madame X n'ayant pas réintégré son poste précédent, la société Y avait l'obligation de lui proposer un emploi similaire. Le Défenseur des droits considère que l'employeur n'a pas respecté les dispositions de l'article L.1225-25 du code du travail et adopté un comportement discriminatoire à l'encontre de Madame X.

➤ **S'agissant des mesures de rétorsion prises à l'encontre de la salariée à la suite de sa saisine du Défenseur des droits :**

80. Aux termes de l'article L.1132-3, « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L.1132-1 et L.1132-2 ou pour les avoir relatés* ».

81. En application de l'article 20 de loi organique n° 2011-333 relative au Défenseur des droits, il est également prévu que « *les personnes [l'] ayant saisi ne peuvent faire l'objet, pour ce motif, de mesures de rétorsion ou de représailles* ».

82. Sont ainsi prohibées les mesures de rétorsion fondées sur la dénonciation, par un salarié, de faits de discrimination dont il s'estime victime dans le cadre de son activité professionnelle.

83. Comme en matière de harcèlement moral, le salarié qui relate des faits de discrimination ne peut être licencié pour ce motif, sauf à démontrer qu'il était de mauvaise foi.

84. Dans un arrêt du 10 octobre 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation a déclaré nul un licenciement, qui était « *consécutif au fait que le salarié avait remis en cause les avenants à son contrat de travail (...) en invoquant une discrimination aggravée d'extorsion* »<sup>18</sup>. Il convient de souligner que, dans cette affaire, l'employeur justifiait le licenciement pour faute grave du salarié par un manquement à son obligation de loyauté et un exercice abusif de sa liberté d'expression.

85. Plus récemment, la haute cour a annulé un licenciement, jugeant que « *l'engagement de la procédure de licenciement avait coïncidé avec la dénonciation par le salarié auprès de la direction de la discrimination à raison de son âge dont il était victime, qu'il en résultait qu'il était la suite de la relation par le salarié des actes de discrimination* »<sup>19</sup>.

86. La jurisprudence est particulièrement stricte s'agissant de l'appréciation de la mauvaise foi du salarié. La Cour de cassation a ainsi considéré, à propos de la dénonciation de faits de harcèlement moral, que la mauvaise foi ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis<sup>20</sup>. Elle doit résulter de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce<sup>21</sup>. Deux arrêts récents confirment cette analyse<sup>22</sup>.

87. Dès lors, seule la mauvaise foi du salarié, entendue comme la connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce et dont la preuve incombe à l'employeur, peut justifier son licenciement pour avoir dénoncé des faits de discrimination.

88. En l'absence de preuve de la mauvaise foi du salarié, la sanction est la nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.

<sup>18</sup> Cass, Soc. 10 octobre 2012, n° 11-24379.

<sup>19</sup> Cass, soc, 25 septembre 2013, n° 12-17569.

<sup>20</sup> Cass, soc., 10 mars 2009, n° 07-44092.

<sup>21</sup> Cass, soc., 7 février 2012, n° 10-18035.

<sup>22</sup> Cass. soc., 10 juin 2015, n° 13-25554 et n° 14-13318.

89. En l'espèce, la réclamante a saisi le Défenseur des droits en octobre 2016, qui a procédé à plusieurs échanges avec chacune des parties en vue de les accompagner dans la recherche d'une solution amiable entre janvier et mai 2017, avant d'adresser un courrier d'enquête à la société mise en cause le 8 juin 2017.
90. La réclamante dénonce avoir subi des mesures défavorables à compter de cette date. Ainsi, elle conteste le compte rendu de son entretien annuel, réalisé au cours de l'été, et fournit deux courriels de reproches qu'elle estime infondés, datés tous deux du 9 août 2017, auxquels elle a répondu.
91. Elle est ensuite convoquée à un entretien préalable à une éventuelle sanction par courrier 5 septembre 2017.
92. Dans ses conclusions, la société mise en cause fait valoir que la réclamante aurait « *fait preuve d'une particulière déloyauté à l'égard de son employeur* », qu'elle « *ne cachait pas son mécontentement et cherchait à faire pression sur son employeur* », et qu'elle aurait « *institué un climat délétère au sein du service de contrôle de gestion, en, multipliant les critiques à l'égard de la société, sa plaignant des outils de travail et remettant en cause publiquement auprès des autres collaborateurs toute action de management de la hiérarchie* ». Dans le cadre de la procédure d'appel, la société demande la condamnation de Madame X à des dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail.
93. Elle communique à cet effet un courriel de Monsieur G, supérieur hiérarchique de la salariée, du 24 août 2017, dans lequel il résume des faits reprochés à Madame X et qui perturbent la vie du service.
94. La société produit également une attestation de Monsieur H, directeur financier, du 1<sup>er</sup> septembre 2017, qui indique avoir dû, à 2 reprises en 12 mois, s'entretenir avec Madame X sur son attitude problématique. Il indique avoir reçu des remarques très négatives sur le comportement de la salariée.
95. Les deux seuls éléments produits par la société sont postérieurs au courrier d'instruction du Défenseur des droits du 8 juin 2017 et précèdent de quelques jours la convocation à entretien préalable.
96. Le Défenseur des droits constate que la salariée n'avait jusqu'alors jamais fait l'objet de sanction disciplinaire.
97. En outre, le Défenseur des droits rappelle les termes de l'article 20 de la loi organique n° 2011-333, selon lesquels : « *Les personnes ayant saisi le Défenseur des droits ne peuvent faire l'objet, pour ce motif, de mesures de rétorsion ou de représailles* ».
98. Or, le 20 mars 2018, dans le cadre d'une enquête de la CPAM sur la reconnaissance de la maladie professionnelle de la salariée, M. G indique « *Je n'avais pas de litiges avec elle. J'ai simplement le regret qu'elle n'ait pas cherché à être une force de proposition. J'ai ensuite appris qu'elle avait engagé une procédure devant le Défenseur des droits et j'ai eu l'impression d'être manipulé dans cette procédure. Je n'accepte pas cette stratégie et il est évident que je ne pouvais continuer à travailler avec une personne comme cela* ».
99. Au vu de ces éléments, le Défenseur des droits conclut que la mise en œuvre de cette procédure disciplinaire constitue une mesure de rétorsion pour avoir saisi le Défenseur des droits et dénoncé la discrimination qu'elle estimait subir.

➤ **S'agissant des conséquences des mesures discriminatoires :**

100. L'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
101. Le Défenseur des droits rappelle également que l'article L.1134-5 du code du travail prévoit un principe de réparation intégrale du préjudice résultant de la discrimination, la nullité ayant pour objectif de replacer les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la survenance des faits de discrimination.
102. Madame X fait valoir que sa réintégration au poste de directrice du service audit, prononcée par le conseil de prud'hommes avec exécution provisoire, n'a pas été prise en compte immédiatement par la société Y. Elle indique avoir continué à percevoir la rémunération moindre correspondant au poste de contrôleur de gestion.
103. La société Y lui a répondu que l'avis d'aptitude du médecin du travail était nécessaire avant l'ajustement de la rémunération. Pour le Défenseur des droits, cet argument, qui fait obstacle à ce que la salariée soit replacée dans l'état où elle se trouvait avant la discrimination, n'est pas convaincant.
104. La jurisprudence a également retenu que le manquement de l'employeur à son obligation légale de fournir à la salariée un emploi similaire à celui qu'elle occupait avant son départ en congé de maternité ouvre droit à des dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat<sup>23</sup>.
105. Le fait que la salariée, à son retour de congé de maternité, ne retrouve ni son précédent emploi ni un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente caractérise également un manquement de l'employeur rendant impossible la poursuite du contrat de travail et justifiant la prise d'acte, par la salariée, de la rupture de son contrat de travail<sup>24</sup>, ou la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur<sup>25</sup>, puisque de manière générale, les faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire<sup>26</sup>.
106. Dès lors, il convient de préciser que si la nullité du licenciement est prononcée, la salariée aura droit, si elle le demande, à sa réintégration dans l'entreprise. L'employeur ne pourra alors s'y opposer.
107. La Cour de cassation a précisé que le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et le jugement « *peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou des revenus de remplacement pendant cette période* »<sup>27</sup>.
108. Dans l'hypothèse où le salarié ne demande pas la réintégration, il a droit aux indemnités de rupture et à une indemnité « réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement » conformément à l'article L.1134-5 alinéa 3 du code du travail, et au moins égale à celle prévue à l'article L.1235-3 du code du travail soit une indemnité au moins égale à 6 mois de salaire.

---

<sup>23</sup> Cass. soc., 21 mai 2014, n° 12-29508.

<sup>24</sup> Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-40338, n° 247 F - P + B ; Cass. soc., 3 nov. 2010, n° 09-67928.

<sup>25</sup> Cass. soc., 2 avr. 2014, n° 12-27849 ; CA Z 10 mai 2011 n° 09/01216.

<sup>26</sup> Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-12995.

<sup>27</sup> Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-15905 ; Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28734.

109. En conséquence et au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits :

- Constate que la société Y n'apporte pas la preuve qui lui incombe conformément à l'article L1134-1 du code du travail que sa décision de modifier le contrat de travail de la réclamante à son retour de congé parental est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille ;
- Constate que Madame X n'a pas retrouvé son poste à son retour de congé parental en violation de l'article L.1225-25 du code du travail ;
- Considère que la rétrogradation de Madame X constitue une discrimination en lien avec son état de grossesse, son sexe et sa situation de famille prohibée par les articles L.1132-1 et suivants du code du travail et la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ouvrant droit à réparation intégrale par application de l'article L.1134-5 du code du travail.

110. Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la juridiction.

Claire HÉDON