

Paris, le 30 août 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-234

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 2010/18/UE du Conseil de l'Union européenne du 8 mars 2010 ;

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 ;

Saisie par Madame X d'une réclamation relative à la mesure de licenciement dont elle a fait l'objet et qu'elle estime discriminatoire en raison de sa situation de famille ;

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

Claire HÉDON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X d'une réclamation relative à la mesure de licenciement dont elle a fait l'objet et qu'elle estime discriminatoire car en lien avec sa situation de famille.

I. Rappel des faits

2. Madame X a été initialement embauchée par la société Z sous contrat de qualification, conclu du 4 décembre 1995 au 25 octobre 1996, pour préparer le métier d'essayeuse retoucheuse.
3. La relation contractuelle s'est poursuivie par la conclusion d'un contrat à durée déterminée, du 1^{er} avril au 30 avril 1997 pour accroissement temporaire d'activité.
4. Madame X s'est ensuite vue proposer un contrat à durée indéterminée, à compter du 1^{er} mai 1997.
5. La durée de travail hebdomadaire fixée au contrat de travail était de 39 heures avec le lundi comme jour de repos, jour « susceptible d'évoluer en fonction des nécessités du service ».
6. Madame X percevait, à compter du 1^{er} octobre 1999, une rémunération mensuelle d'un montant brut de 7.600 francs qui a régulièrement augmenté pour atteindre, en 2015, la somme de 1.638,71€ brut.
7. La convention collective applicable est celle des Grands magasins et magasins populaire (IDCC 2156), signée le 30 juin 2000, applicable à compter du 6 juillet 2000. Cette convention collective remplace celle des employés des grands magasins du 15 octobre 1982.
8. Dans le cadre du passage aux 35 heures à compter du 1^{er} janvier 2001, Madame X est informée, par courrier du 5 décembre 2000, qu'en vertu d'un accord collectif ratifié le 14 novembre 2000, elle peut opter soit pour une durée hebdomadaire de 35 heures réparties sur 5 ou 4 jours, avec le choix d'un jour de repos accolé au dimanche, soit pour une durée annuelle de 1600 heures avec 10 jours de RTT. Elle opte pour la première option.
9. En 2008, Madame X donne naissance à son premier enfant et part en congé maternité, du 23 janvier 2008 au 13 mai 2008.
10. Dans le cadre d'une refonte des classifications des métiers, la réclamante est informée que le libellé de son emploi a évolué en « conseillère de vente » à compter du 1^{er} mars 2009.
11. Une mutation lui est proposée à compter du 9 novembre 2009, sous période probatoire de deux mois, pour être affectée en tant qu'employée qualifiée au pôle approvisionnement, catégorie III2. La durée de travail n'est pas modifiée.
12. En 2012, la réclamante donne naissance à des jumeaux et part en congé maternité. Ce congé est suivi de la prise de congés payés et d'un congé parental d'éducation du 1^{er} octobre 2012 au 1^{er} mars 2015.

13. Madame X explique avoir souhaité anticipé les conditions de son retour et avoir sollicité, dès le 30 septembre 2014, un entretien. Celui-ci aura lieu le 22 janvier 2015.
14. Elle explique avoir signalé aux ressources humaines que mère de trois enfants, dont deux jumeaux en bas âge, elle devait pouvoir être présente le matin pour les accompagner à l'école et être en mesure de les récupérer à la sortie, étant rappelé que l'accueil périscolaire est ouvert à compter de 7h30 jusque 19 heures, que la durée de trajet entre son domicile et Z est d'environ une heure et que son mari travaille en horaires décalés et d'astreinte le samedi. Elle demandait en conséquence à être affectée sur un poste compatible avec une plage horaire de travail comprise entre 10 heures et 18 heures, du lundi au vendredi.
15. Elle réitère l'exposé de ses difficultés lors d'un entretien téléphonique en date du 6 février 2015.
16. Le 17 février 2015, elle demande aux ressources humaines, par courriel, si un poste compatible avec une tranche horaire entre 10 heures et 18 heures a pu être identifié dans l'ensemble du magasin. Elle doublera sa demande par lettre recommandée le 20 février.
17. Le 27 février 2015, la réclamante se voit proposer deux options : travailler du mardi au samedi, de 7h30 à 15h30 ou travailler du mardi au vendredi, de 7h30 à 15h30 et le samedi de 10h à 18h. Il lui est demandé de se présenter, pour sa reprise, le mardi 3 mars 2015 à 7h30.
18. La réclamante fait une nouvelle fois part de ses difficultés et de l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de choisir l'une de ces deux options.
19. Convoquée à la médecine du travail pour sa visite de reprise le lundi 2 mars 2015, la réclamante se tournera vers l'assistante sociale de la société qui appuiera, par un courriel du même jour, sa demande d'aménagement d'horaires compte tenu des difficultés exposées.
20. Le 4 mars 2015, la réclamante reçoit un courriel de Madame A, chargée des ressources humaines. Celle-ci lui indique que ses horaires de travail demeurent fixés de 7h30 à 15h30 du mardi au samedi, que leur non-respect est un manquement pouvant être sanctionné et donner lieu à une retenue sur salaire.
21. Par un courrier recommandé en date du 9 mars 2015, Monsieur B, chargé des ressources humaines, explique à la réclamante que le planning de ses horaires pour le mois de mars 2015 a été fixé du mardi au samedi, de 7h30 à 15h30 mais qu'à titre exceptionnel et dans une démarche de conciliation, la journée du samedi a été accordée comme un jour de repos pour le mois de mars. Il conclut sur la proposition d'un planning à compter du 1^{er} avril organisé : soit 10h-18h du mardi au samedi, soit 7h30-15h30 du lundi au vendredi. La réclamante en tire donc la conclusion qu'un horaire établi entre 10 heures et 18 heures est possible, de même que le jour de repos fixé au samedi, mais que la conciliation des deux options ne lui est pas proposée.
22. Face à ces décisions, la réclamante explique n'avoir eu d'autre choix que de venir travailler du lundi au vendredi de 10 heures à 18 heures jusqu'au 1^{er} avril, l'accès aux locaux le lundi lui ayant ensuite été refusé.

23. Elle explique également que face à ces difficultés et en l'absence de toute solution, elle n'a eu d'autre choix que d'évoquer une rupture conventionnelle de son contrat de travail, par principe validée oralement par Monsieur B. En conséquence, le 19 mars 2015, elle adresse un courrier en ce sens, précisant que cette demande est faite « *pour des raisons d'incompatibilité de plannings avec mes contraintes familiales* ». Monsieur B lui aurait toutefois demandé de faire disparaître ce motif de sa demande écrite.
24. Le 27 mars 2015, dans un courrier adressé à Monsieur B, la réclamante explique une nouvelle fois ses difficultés et affirme ne pas avoir l'intention de démissionner. Elle demande à pouvoir bénéficier du samedi comme jour de repos, ce qui lui a été accordé depuis son retour de congé parental et ce qui était le cas auparavant.
25. Le même jour, elle reçoit par courrier recommandé une convocation à un entretien préalable à une sanction disciplinaire fixé au 3 avril 2015.
26. A la suite de cet entretien, elle reçoit un courrier daté du même jour et remis en main propre par lequel elle est conviée à un nouvel entretien fixé au 8 avril pour évoquer, cette fois-ci, la possibilité d'une rupture conventionnelle.
27. Le 8 avril, la réclamante reçoit deux courriers. Un premier courrier recommandé au terme duquel Monsieur B lui rappelle une nouvelle fois qu'elle doit respecter le planning fixé du mardi au samedi de 10 heures à 18 heures à compter du 1^{er} avril 2015. Un second courrier recommandé écrit par Monsieur C, responsable des ressources humaines, par lequel une mise à pied disciplinaire d'une journée avec retenue sur salaire lui est notifiée (pour la journée du 22 avril). Cette mesure est justifiée par le non-respect du planning et 2h30 de retard constaté entre le 23 et le 31 mars 2015.
28. La réclamante sollicite, par courrier du 20 avril 2015, l'annulation de cette mesure disciplinaire en indiquant « *je souhaite vraiment conserver mon travail qui est très important pour moi, tant pour les ressources que cela procure que pour mon équilibre personnel* ». La mesure sera toutefois maintenue.
29. Elle recevra ensuite des mises en demeure de justifier ses absences pour les samedis non travaillés en avril ainsi que le samedi 2 mai 2015.
30. Le 12 mai 2015, la réclamante est convoquée à un entretien préalable à un licenciement fixé le 27 mai.
31. La mesure de licenciement lui est notifiée le 2 juin 2015. Elle repose exclusivement sur le non-respect du planning.
32. Madame X a saisi le Conseil de prud'hommes le 13 novembre 2015. Par jugement en date du 27 mars 2019 opposant Madame X à la Société Z située à D, le juge départiteur a jugé que la réclamante n'a pas été victime de discrimination et que son licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse.
33. Madame X a interjeté appel du jugement.

II. Enquête du Défenseur des droits

34. A l'appui de sa saisine, Madame X a communiqué un certain nombre de pièces, dont les écritures et pièces échangées entre les parties relatives au litige les opposant devant la Cour d'appel de Y.
35. Au regard de ces éléments, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, sollicité la Société Z mise en cause, afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués, et demandé la communication d'un certain nombre de pièces. Un courrier lui a été envoyé en ce sens le 4 février 2021.
36. Le 15 juin 2021, la Société Z a répondu aux services du Défenseur des droits, tout en expliquant ne jamais avoir reçu le premier courrier, compte tenu de la période de fermeture des magasins durant la crise sanitaire et compte tenu du destinataire qui n'était pas la Société Z située à D mais la Société E située à la même adresse.
37. Après analyse des éléments de réponse recueillis, les services du Défenseur des droits ont adressé à la Société Z, le 16 juillet 2021, une note récapitulant les raisons pour lesquelles l'existence d'une discrimination pourrait être retenue dans ce dossier, tout en l'invitant à présenter tout élément et document utiles.
38. Par courrier en date du 2 août 2021, la Société Z a répondu en apportant des éléments complémentaires qui ont été examinés par les services du Défenseur des droits.
39. Les présentes observations se fondent sur l'ensemble de ces éléments.

III. Cadre juridique

A titre liminaire, sur le pouvoir d'enquête du Défenseur des droits et celui d'intervenir devant une juridiction

40. Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée en vertu de l'article 71-1 de la Constitution. Conformément à la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé de connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international auquel la France est partie.
41. Dans le cadre de cette mission, le législateur lui a conféré des pouvoirs d'enquête, conformément aux articles 18 à 22 de la loi organique du 29 mars 2011.
42. Le Défenseur des droits peut ainsi demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui. Il peut demander que lui soient communiqués des informations et des documents, quel qu'en soit le support.
43. L'enquête diligentée par le Défenseur des droits met donc la personne mise en cause en mesure de s'expliquer et d'apporter toute information utile.
44. Au cours de cette enquête, les documents que le Défenseur des droits peut recevoir ne sont pas communicables aux tiers, y compris lorsque ceux-ci sont visés dans le litige. La Commission d'accès aux documents administratifs (« CADA ») a en effet estimé que tous les « *documents tels que les lettres de plainte ou de dénonciation ainsi que les témoignages adressés à une administration, dès lors que leur auteur est identifiable, (...) ne sont pas*

communicables à des tiers, y compris lorsque ceux-ci sont visés par la plainte ou la dénonciation en question »¹.

45. En l'espèce, tel que mentionné aux paragraphes 34 à 38 de la présente décision, le Défenseur des droits a permis à la Société E d'exposer ses arguments et de communiquer les informations et documents qu'elle jugeait utiles. La note récapitulative que le Défenseur des droits lui a adressé – et qui permet de résumer en un seul document les faits exposés par Madame X et les échanges intervenus au cours de l'enquête – était elle aussi soumise à discussion. La Société E n'a d'ailleurs pas manqué d'y répondre, le 2 août 2021, en présentant une réponse et des pièces.
46. A l'issue de son enquête, le Défenseur des droits peut, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, présenter des observations écrites ou orales devant la juridiction compétente devant laquelle est porté le litige qui oppose les parties et produire les pièces recueillies au cours de son enquête sur lesquelles il appuie sa décision.
47. Le choix de présenter des observations devant une juridiction est matérialisé par une décision du Défenseur des droits, dans laquelle il procède à un rappel des faits et de la procédure menée par ses services et de l'éventuelle procédure judiciaire ou administrative en cours. La décision reprend enfin l'analyse juridique que le Défenseur des droits entend livrer au regard des faits portés à sa connaissance, après enquête contradictoire.
48. Dans ce cas, le Défenseur des droits n'agit pas en tant que partie au procès mais comme un « expert », un « sachant » ou encore un « observateur ». En effet, les Cours suprêmes de l'ordre judiciaire² et de l'ordre administratif³ ont reconnu à la Haute autorité de lutte contre les discriminations – et *a fortiori* au Défenseur des droits qui a repris ses missions⁴ – le statut d'*amicus curiae* ou « ami de la cour ». Ce positionnement a été confirmé par la Cour d'appel de Y, qui a jugé que le Défenseur des droits n'avait pas la qualité juridique d'intervenant volontaire ou forcé et partant n'était pas une partie au procès⁵.
49. Enfin, il convient de rappeler que la Cour de cassation a jugé que lorsque le Défenseur des droits présente des observations en justice qui sont portées à la connaissance des parties, « cette faculté ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement par ses observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire »⁶.
50. En l'espèce, la décision prise par le Défenseur des droits de présenter des observations devant la Cour d'appel de Y a été notifiée après réception de la réponse faite le 2 août 2021 par la Société E.

¹ CADA, avis n° 20132163 du 25 juillet 2013 et avis n° 20142672 du 16 octobre 2014.

² Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628.

³ Conseil d'Etat, 11 avril 2012, n° 322326, *Gisti*.

⁴ Article 44 de la loi organique n° 2011-333.

⁵ CA Paris, 11 septembre 2014, n° S12/02280.

⁶ Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 et Cass.28 septembre 2016, n° 14-26.387.

Protection contre les mesures discriminatoires au retour de congé parental

51. S'inscrivant dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes dont elle est l'une des conditions, la conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale est « un droit social de l'Union européenne revêtant une importance particulière qui ne serait être interprétée de manière restrictive »⁷ et constitue le corollaire naturel de l'égalité de traitement⁸.
52. La directive 2010/18/UE du 8 mars 2010⁹ applicable au moment des faits fixe à ce titre des « *prescriptions minimales visant à faciliter la conciliation des responsabilités professionnelles et familiales des parents qui travaillent, compte tenu de la diversité de plus en plus grande des structures familiales, dans le respect de la législation, des conventions collectives et/ou de la pratique nationales* ».
53. Cette directive pose en principe fondamental qu'« à l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, si cela se révèle impossible, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat de travail ou à sa relation de travail »¹⁰.
54. Elle garantit à tous les travailleurs, quel que soit leur sexe, un droit individuel à un congé parental suite à une naissance ou une adoption, de manière à leur permettre de prendre soin de cet enfant et interdit que le parent puisse être pénalisé à son retour.
55. En droit interne, ce soutien à la parentalité se matérialise dans les dispositions de l'article L.1225-55 du Code du travail prévoyant un droit à réintégration après un congé parental.
56. Si, par principe, l'employeur peut modifier les conditions de travail du salarié et lui imposer des changements d'horaires, le pouvoir de direction trouve ses limites dans la bonne foi avec laquelle il doit exécuter le contrat de travail et l'interdiction des discriminations fondées sur un critère prohibé par la loi.
57. En effet, aux dispositions spécifiques relatives au congé parental s'ajoutent les dispositions prohibant les discriminations fondées sur la situation de famille, conformément à l'article 1^{er} de 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, et à l'article L.1132-1 du code du travail au terme duquel « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de 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 (...) en raison de sa situation de famille (...) ».
58. La vie familiale est également protégée par la Cour de cassation sous l'angle de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, en veillant à l'articulation entre le travail et la famille et en jugeant à ce titre que l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de

⁷ CJUE 22 octobre 2009, aff. C-116/08, Meerts.

⁸ CJCE 17 juin 1998, aff. C-243-95, Hill ; CJCE 2 octobre 1997, aff. C-1/95, Gerster.

⁹ Portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BusinessEurope, l'UEAPME, le CCEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE.

¹⁰ Clause 5 point 1.

l'employeur, sauf si celle-ci constitue une atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale¹¹.

59. L'article L. 1132-4 du Code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
60. Au regard des dispositions précitées, fonder le licenciement d'un salarié sur son refus, à son retour de congé parental, de se voir imposer un changement d'horaires incompatibles avec ses obligations familiales sans tenir compte de sa situation de famille, peut être analysé comme un licenciement discriminatoire devant être frappé de nullité.
61. Enfin, le Défenseur des droits rappelle que si le critère de discrimination qu'est la situation de famille peut être invoqué par les pères et par les mères, la Cour de Cassation a récemment relevé¹², à l'instar du constat effectué par la Cour de justice de l'Union européenne concernant la France¹³, que les femmes restent encore majoritairement celles à partir en congé parental (96% des travailleurs prenant un congé parental sont des femmes) et qu'elles subissent encore majoritairement les conséquences de cette interruption en termes de carrière et de droits sociaux.

Régime probatoire

62. Transposant le principe d'aménagement de la charge de la preuve posé par les directives européennes 2000/43, 2000/78 et 2006/54 relatives à la lutte contre les discriminations, l'article 4 de loi du 27 mai 2008, amendée par la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016, et l'article L.1134-1 du Code du travail disposent que lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il revient à la partie défenderesse, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer que ses décisions reposent sur des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée.
63. L'aménagement probatoire est spécifiquement prévu en droit interne, s'agissant de l'égalité professionnel entre les hommes et les femmes et de la prohibition des discriminations fondées sur le sexe ou la situation de famille, à l'article L.1144-1 du Code du travail.
64. Ce principe signifie que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit constituer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination. Il n'est pas demandé au salarié de rapporter une preuve incontestable de la discrimination qu'il allègue, mais seulement de faire naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge quant à son existence.
65. Pour rendre effective la présentation d'un faisceau d'indices, 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 séparée¹⁴. La chronologie des faits peut en outre constituer un élément de présomption d'une discrimination¹⁵ et l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés¹⁶.

¹¹ Cass. soc., 3 novembre 2011, n° 10-14.702 et 10-30.033.

¹² Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-15.682.

¹³ CJUE, 8 mai 2019, aff C-486-18, Praxair.

¹⁴ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792.

¹⁵ Cass. Soc. 28 juin 2018, n° 16-28.511.

¹⁶ Cass. soc. 10 novembre 2009 n° 07-42.849.

66. Au vu des éléments présentés dénonçant une discrimination, il appartient à la partie mise en cause d'apporter la preuve que la situation dénoncée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Si elle ne parvient pas à rapporter une telle preuve, la discrimination est établie.

Droit à réparation intégrale du préjudice subi

67. Le Défenseur des droits entend rappeler que le droit communautaire a posé le principe d'un régime effectif de sanctions des agissements discriminatoires, en disposant que « les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toutes mesures nécessaire pour assurer l'application de celles-ci. Les sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'une indemnisation à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives »¹⁷.

68. Dans l'affaire Helen Marshall portée devant la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-271/91), l'avocat général est venu préciser que « les diverses composantes essentielles du dommage traditionnellement envisagées par les législations relatives à la responsabilité doivent être prises en compte. Il en va notamment ainsi de la « perte d'actifs matériels (damnum emergens), du manque à gagner (lucrum cessans), du dommage moral et du dommage résultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée ».

69. La Cour de cassation a consacré le droit à la réparation intégrale des préjudice subis et affirme que « la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu »¹⁸.

70. Enfin, conformément à l'article L.1132-4 du code du travail, tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul. Dès lors, tout licenciement jugé discriminatoire encourt la nullité et le salarié pourra demander sa réintégration.

IV. Analyse

71. Au soutien de sa réclamation et conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 et par l'article L.1134-1 du code du travail, Madame X présente un certain nombre d'éléments de fait laissant présumer qu'elle a fait l'objet d'un licenciement discriminatoire en lien avec sa situation de famille. Ces éléments ont été portés à la connaissance de la Société E dans la note adressée par les services du Défenseur des droits le 16 juillet 2021. Elle y a répondu par courrier du 2 août 2021.

➤ Éléments de présomption présentés par Madame X

72. Madame X expose avoir fait l'objet d'une modification de ses horaires de travail à son retour de congé parental et avoir été licenciée pour avoir refusé de se voir imposer des horaires incompatibles avec ses obligations familiales.

¹⁷ Articles 25 de la directive 2006/54/CE.

¹⁸ Cass. soc, 23 novembre 2005, n° 03-40.826 et Cass. soc, 23 janvier 2008, n° 06-42.919.

73. Il ressort des documents transmis par Madame X que dans le cadre du passage aux 35 heures, cette dernière avait opté pour une durée hebdomadaire de travail répartie sur cinq jours, avec un jour de repos accolé au dimanche.
74. Il ressort également des plannings pratiqués avant son départ en congé maternité et congé parental que Madame X ne travaillait pas le samedi et que ses horaires pouvaient fluctuer sans jamais – mis à part un seul jour et pouvant être considéré comme exceptionnel – démarrer à 7h30.
75. Au regard des courriers adressés par Madame X à la direction des ressources humaines dès le 30 septembre 2014, il apparaît que celle-ci a pris le soin d'anticiper les éventuels obstacles qu'elle pourrait rencontrer à son retour, compte tenu de ses obligations familiales : horaires de l'accueil périscolaire, impossibilité pour son mari travaillant en horaires décalés et le samedi de prendre le relai, temps de trajet depuis son domicile, revenus modestes ne permettant pas le recours aux services d'une tierce personne toutes les semaines et absence de famille à proximité pour garder les enfants. Compte tenu de ces impératifs, Madame X demandait à conserver le bénéfice du samedi comme jour de repos – tel que cela était pratiqué avant son départ en congé maternité et parental – et demandait à pouvoir travailler entre 10 heures et 18 heures, du lundi au vendredi.
76. Elle a ainsi laissé le temps à son employeur de préparer son retour afin de concilier les besoins de l'entreprise avec ses impératifs familiaux et de pouvoir trouver, en toute bonne foi, un terrain d'entente.
77. Madame X rapporte la teneur des échanges intervenus au début de l'année 2015 et aux termes desquels il apparaît que malgré ses explications et le soutien de l'assistance sociale de la société mise en cause, il lui est demandé de se présenter, à sa reprise, à 7h30.
78. Le 9 mars 2015, Madame X est informée qu'à titre exceptionnel et dans un souci de conciliation, la journée du samedi est fixée comme repos pour le mois de mars. Il en résulte qu'il est donc possible, pour la Société E, de ne pas imposer un jour de travail incompatible avec la garde des enfants de Madame X ce jour-là.
79. Elle également informée qu'elle dispose d'un choix entre :
- Travailler du mardi au samedi de 10 heures à 18 heures : il en résulte qu'il est donc possible pour la Société E de ne pas la faire commencer à 7h30.
 - Travailler du lundi au vendredi de 7h30 à 15h30 : il en résulte qu'il est donc possible pour la Société E de lui accorder le samedi comme jour de repos, au-delà du seul mois de mars.
80. Face à ces propositions ne tenant pas compte de sa situation familiale et qu'elle estime être de mauvaise foi, Madame X explique n'avoir eu d'autre choix que de se présenter à son poste de travail à 10 heures et d'avoir envisager la conclusion d'une rupture conventionnelle, compte tenu de ses contraintes familiales.
81. En réponse à ses demandes et explications, Madame X est convoquée, le 27 mars 2015, à un entretien préalable à une sanction disciplinaire fixé au 3 avril, date à laquelle elle reçoit ensuite une convocation à un entretien fixé au 8 avril pour évoquer une rupture conventionnelle. Selon Madame X, il lui a été demandé de supprimer de son courrier sollicitant une rupture conventionnelle la mention des contraintes familiales.

82. Le 8 avril, date de l'entrevue pour discuter de la rupture conventionnelle, Madame X reçoit une mise en demeure de respecter le planning fixé du mardi au samedi de 10 heures à 18 heures et une mise à pied disciplinaire avec retenue de salaire pour non-respect du planning et 2h30 de retard constaté entre le 23 et le 31 mars 2015.
83. Il ressort des pièces communiquées que Madame X s'est vue ensuite mise en demeure de justifier ses absences les samedis, nonobstant l'impossibilité de venir travailler ce jour, compte tenu de sa situation de famille, pour finalement être licenciée pour non-respect du planning le 2 juin 2015, après s'être vue notifier une mise à pied disciplinaire qu'elle a contestée.
84. Ces éléments, pris dans leur ensemble, constituent des indices pouvant laisser supposer que Madame X a fait l'objet d'un licenciement discriminatoire en lien avec sa situation de famille.

➤ **Sur les explications fournies par la Société E**

85. Dans le cadre de l'enquête menée par le Défenseur des droits, la société mise en cause explique que les décisions prises relèvent du pouvoir de direction de l'employeur et que les demandes de Madame X tirés d'éléments de sa vie privée aboutissaient à un traitement privilégié indépendamment des contraintes associées au fonctionnement de l'entreprise, le besoin en personnel existant dès 7 heures du matin. Son refus de se conformer aux horaires était en conséquence un acte d'insubordination qui devait être sanctionné par la rupture de son contrat de travail.
86. Il est également précisé par la société mise en cause que les représentants du personnel n'ont jamais exercé un droit d'alerte sur cette situation, que Madame X ne justifie pas de ses contraintes familiales et, qu'au surplus, le jour de repos le samedi n'a jamais été contractualisé.
87. Le Défenseur des droits souligne que l'absence de droit d'alerte par un représentant du personnel ne constitue pas une approbation des actes individuels pris à l'encontre d'un salarié qui conserve son droit à faire valoir la discrimination qu'il estime avoir subi.
88. De plus, le Défenseur des droits relève que Madame X a pris le soin d'expliquer de façon circonstanciée les obstacles auxquels elle était confrontée et avoir tout mis en œuvre pour conserver son emploi qu'elle occupait depuis vingt ans et qui lui permettait de subvenir aux besoins de sa famille comprenant trois enfants en bas âge.
89. La société mise en cause explique que s'il pouvait exister une multiplicité d'horaires avant la suspension du contrat de travail de Madame X, il a été décidé avec les représentants du personnel, en mai 2014, d'harmoniser les plannings des équipes afin de renforcer la présence des salariés de 7h30 à 15h30 ou de 10h à 18h (ou 12h-20h) samedi compris, sauf situation particulière, justifiée par des raisons médicales ou la contractualisation préalable des horaires de travail. Il est précisé que la situation de Madame X ne rentrait pas dans ces exceptions et que ces nouvelles règles s'appliquaient dès juillet 2014, Madame X devant s'y conformer à son retour en mars 2015. Le Défenseur des droits note à ce titre qu'aucun accord collectif signé avec les représentants du personnel n'a été communiqué, seule une consultation sur un projet de modification du planning des équipes a été transmise.

90. De plus, le Défenseur des droits souligne que dans la réponse apportée à ses services, la société mise en cause précise qu'avant son départ en congé maternité et congé parental, les derniers horaires de Madame X étaient les suivants : lundi de 7 heures à 15 heures et du mardi au vendredi de 8h30 à 16h30, horaires portés à sa connaissance sur les panneaux d'affichage. Il ressort donc de cette explication qu'il était acquis que Madame X ne travaillait pas le samedi, comme elle l'affirme.
91. S'agissant de la nécessaire présence à 7h30, le Défenseur des droits relève que ce besoin n'est pas étayé pour le poste occupé par Madame X, d'autant plus que l'option proposée consistant à travailler de 10 heures à 18 heures contredit cet impératif.
92. Dans sa réponse aux services du Défenseur des droits, la Société E expose que malgré ses demandes, Madame X n'a jamais justifié de ses demandes d'aménagement d'horaires, faisant le parallèle avec un travailleur handicapé ou inapte, et qu'elle a délibérément fait le choix de l'opposition. A l'appui de sa réponse, elle communique deux attestations. La première émanant de l'assistante sociale ayant reçu Madame X en mars 2015, précisant que celle-ci n'a jamais remis de justificatif relatif à ses contraintes familiales. La seconde de Monsieur C, responsable des ressources humaines, expliquant que Madame X n'a jamais remis de justificatif à Monsieur B lors des échanges à son retour de congé parental.
93. Selon le Défenseur des droits, il ressort de la chronologie des événements et des échanges de correspondance avec Madame X qu'il n'est pas contesté qu'elle faisait état des horaires de l'accueil périscolaire de l'école de ses enfants, qui n'ouvrait pas avant 7h30 et fermait à 19 heures, horaires renseignés sur le site internet et communiqués par Madame X. Il n'est pas non plus contesté que l'accueil périscolaire était fermé le samedi.
94. Conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve, il appartenait à la Société E de démontrer que la décision prise de licencier Madame X était étrangère à toute discrimination en lien avec sa situation de famille. A défaut, celle-ci est établie.
95. Selon le Défenseur des droits, la société mise en cause ne justifie pas de l'impossibilité de ne pas faire travailler Madame X le samedi, jour de repos avant son départ en congé parental, ni de sa nécessaire présence dès 7h30.
96. En conséquence et au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits constate que la Société E n'apporte pas la preuve qui lui incombe, conformément à l'article L.1134-1 du code du travail et à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, que sa décision de licencier Madame X à son retour de congé parental est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec sa situation de famille. Qu'en conséquence, cette rupture est entachée de nullité ouvrant droit à la réparation intégrale du préjudice subi par Madame X.

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

Claire HÉDON