

Paris, le 19 avril 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-091

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 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 ;

Saisie d'une réclamation de Madame X relative à son licenciement, qu'elle estime discriminatoire car en lien avec sa situation de famille ;

Décide de recommander à Monsieur Y de :

- Prendre attache avec Madame X en vue d'indemniser son préjudice ;
- Rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à son licenciement, qu'elle estime discriminatoire car en lien avec sa situation de famille.

RAPPEL DES FAITS

2. Madame X a été recrutée par Monsieur Y, pharmacien titulaire, en qualité de préparatrice, avec un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel, à raison de 33 heures de travail par semaine, à compter du 8 décembre 2014.
3. Madame X a été placée en congé maternité fin 2015.
4. Monsieur Y affirme que pour remplacer la réclamante, il a embauché Madame Z, en contrat à durée déterminée à compter du 4 novembre 2015. Ce contrat de travail a été renouvelé le 1^{er} février 2016 pour « *une durée minimale de 7 mois* » afin « *d'assurer le remplacement temporaire de Madame X* » jusqu'à son retour de congé maternité.
5. L'état de santé de l'enfant de Madame X a ensuite nécessité la prise d'un congé de présence parentale par la réclamante, du 1^{er} septembre 2016 au 28 février 2017, en application des articles L.1225-62 et suivants du code du travail.
6. Par avenant du 18 juillet 2016, le contrat de Madame Z, jusqu'alors remplaçante de Madame X, a été requalifié en contrat à durée indéterminée, à compter du 1^{er} septembre 2016.
7. Le 10 janvier 2017, Madame X s'est rendue à la pharmacie afin d'évoquer avec son employeur le renouvellement de son congé de présence parentale, pour une nouvelle période de six mois, du 1^{er} mars au 31 août 2017. Elle aurait alors fait part à Monsieur Y de son projet de reprendre le travail en septembre 2017, avec un congé parental d'éducation à temps partiel, à 80%.
8. Madame X affirme que son employeur se serait opposé à un congé parental d'éducation à venir. Monsieur Y considère que Madame X a entretenu un flou sur son intention de reprendre son activité à temps partiel.
9. Madame A, assistante sociale spécialisée à la CAF de B, témoigne, par courrier, que dès février 2017, Madame X lui a « *fait part que son employeur lui demandait régulièrement lors de leurs échanges de quitter son entreprise de manière amiable, ce que Madame a refusé* ».
10. Madame X a informé son employeur de sa volonté de reprendre son emploi à hauteur de 18 heures par semaine, par SMS du 26 mai 2017, à « *mi-temps ou 50%* » après que Monsieur Y lui a demandé si elle comptait reprendre un temps plein.
11. Par SMS du même jour, Madame X a demandé à Monsieur Y de lui faire des propositions d'horaires en vue de sa reprise en septembre. Monsieur Y lui a répondu « *on verra quand je serais à la Pharma. Mais dis-moi si tu veux un temps plein ou pas* ».

12. Le 13 juin 2017, par SMS, Madame X a relancé son employeur quant à la fourniture d'un emploi du temps, notamment pour organiser la garde de ses enfants. Elle a précisé par ailleurs : « *ça fait plusieurs mois qu'elle [la nourrice] me le réclame et que j'attends une réponse* ».
13. Monsieur Y l'a invitée une nouvelle fois à proposer des horaires, en précisant seulement qu'il « *voit en fonction de la pharma* ».
14. Madame X a insisté pour que le pharmacien lui fournisse le planning de la pharmacie pour qu'elle puisse s'y adapter.
15. L'employeur a répondu que « *le planning est fait semaine après semaine en fonction des heures supplémentaires et [mes] obligations. Donne-moi juste ton nombre d'heures et de jours* ».
16. Le 22 juin 2017, Monsieur Y a relancé la salariée sur ses horaires.
17. Madame X a répondu alors que cela « *fait des mois que je vous demande un emploi du temps, depuis février exactement. Je vous ai proposé de venir pour voir ça ensemble et vous avez refusé* ».
18. Monsieur Y a répondu à ce message : « *parfait* ».
19. Par courrier du 27 juin 2017, Madame X a officialisé sa demande de congé parental d'éducation à temps partiel à compter de septembre 2017, en proposant dans son courrier de travailler aux horaires suivants : 9 :00 – 13 :00 puis 15 :00 – 20 :00 le lundi et le mardi, ou le jeudi et le vendredi. Elle a conclu en laissant la possibilité à son employeur de proposer une autre organisation : « *Je reste à votre disposition afin de convenir d'une solution qui tiendra compte des intérêts de chacun* ».
20. Par courrier du 28 juin 2017, alors que Madame X était encore en congé de présence parentale, elle a reçu une convocation à un entretien préalable au licenciement, prévu le 10 juillet 2017. Il lui a été indiqué que son licenciement était envisagé « *dans la mesure où [elle] refus[e] de travailler dans le respect de [ses] horaires contractuels et que les horaires demandés ne permettent pas le fonctionnement normal de l'officine, sans proposition d'aucune alternative (...)* ».
21. La lettre de licenciement, datée du 13 juillet 2017, indiquait que Madame X était licenciée en raison de sa décision de reprendre son poste, à l'issue du renouvellement de son congé de présence parentale, à des horaires et des jours de travail non compatibles avec le fonctionnement de la pharmacie et de son refus d'envisager une quelconque alternative.
22. Par jugement du 28 juin 2019, le conseil de prud'hommes de C a débouté la réclamante de sa demande de nullité du licenciement, estimant le licenciement fondé sur l'absence d'accord entre les parties, étant précisé que le défenseur syndical représentant Madame X n'avait pas plaidé à l'audience.
23. La réclamante a interjeté appel de ce jugement. L'audience de la cour d'appel de D est fixée au 21 juin 2022.

ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS

24. Le Défenseur des droits a adressé un courrier d'instruction à Monsieur Y le 18 mai 2018.
25. Par courrier en date du 2 juillet 2018, l'avocate de Monsieur Y a transmis au Défenseur des droits ses conclusions et pièces dans l'intérêt du mis en cause.
26. Madame X a adressé au Défenseur des droits les conclusions et pièces des parties en appel.
27. Une note récapitulative, détaillant en droit et en fait la situation de Madame X, a été adressée par les services du Défenseur des droits à Monsieur Y le 30 juillet 2021.
28. Le conseil de Monsieur Y y a répondu le 2 septembre 2021.

CADRE JURIDIQUE

➤ Discrimination en lien avec la situation de famille

29. L'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations dispose que « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de (...) son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse (...), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».
30. L'article L.1132-1 du code du travail, tel que modifié par la loi n° 2008-496 précitée, définit le principe général de non-discrimination et dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de sa situation de famille.
31. S'agissant, en premier lieu, du congé de présence parentale, les articles L.1225-62 et suivants du code du travail, dans leur rédaction applicable au moment des faits, disposent que ce congé est accordé au salarié dont l'enfant à charge est atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants.
32. Surtout, en application de l'article L. 1225-64 du même code, « *À l'issue du congé de présence parentale, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente.* »
33. Une disposition identique existe pour le congé maternité, à l'article L. 1225-25 du code du travail. Or, il a été jugé que l'engagement d'un nouveau salarié en contrat à durée indéterminée qui a pour objet de pourvoir au remplacement définitif d'une salariée durant son congé maternité caractérise une mesure préparatoire au licenciement¹. Le licenciement intervenu dans ces conditions est nul.

¹ Cass. soc, 15 septembre 2010, n° 08-43.299.

34. Ainsi, le remplacement définitif d'un salarié pendant son congé de présence parentale pourrait constituer une discrimination en lien avec la situation de famille.
35. S'agissant, en second lieu, du congé parental d'éducation, la clause 6.1 de la directive 2018/18 du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord cadre révisé sur le congé parental prévoit que « *Pour favoriser une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie de famille, les États membres et/ou les partenaires sociaux prennent les mesures nécessaires pour s'assurer que les travailleurs puissent demander, à leur retour d'un congé parental, l'aménagement de leur horaire et/ou de leur rythme de travail pendant une période déterminée. Les employeurs examinent ces demandes et y répondent en tenant compte de leurs propres besoins et de ceux des travailleurs. Les modalités de mise en œuvre du présent paragraphe sont déterminées conformément à la législation, aux conventions collectives et/ou à la pratique nationales* ».
36. En droit interne, l'article L. 1225-47 du code du travail dispose : « *Pendant la période qui suit l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, tout salarié justifiant d'une ancienneté minimale d'une année à la date de naissance de son enfant, adopté ou confié en vue de son adoption, ou de l'arrivée au foyer d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de la fin de l'obligation scolaire a le droit :*
- *Soit au bénéfice d'un congé parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu ;*
 - *Soit à la réduction de sa durée de travail, sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires. »*
37. Lorsqu'un salarié demande à bénéficier d'un congé parental d'éducation à temps partiel, l'abus de l'employeur dans la négociation des horaires, et le licenciement subséquent, peuvent constituer une discrimination en lien avec la situation de famille.
38. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le salarié est libre de choisir le nombre d'heures travaillées mais la répartition des horaires relève du pouvoir de l'employeur. Seul l'abus de droit de l'employeur pourrait permettre de contester la décision de ce dernier².
39. La proposition de l'employeur doit être compatible avec les obligations familiales impérieuses du salarié. Dans le cas contraire, le refus du salarié ne peut constituer une faute susceptible d'être sanctionnée par un licenciement disciplinaire³.
40. Ainsi, si l'employeur reste libre d'organiser les horaires du salarié en congé parental à temps partiel, il ne peut le faire en contradiction avec les obligations familiales impérieuses de ce dernier.
41. Dès lors, l'employeur doit aménager les horaires de travail du congé parental d'éducation en temps partiel dans l'intérêt de l'entreprise et en étant de bonne foi. Il a été jugé qu'imposer des horaires de travail le mercredi sans justifier de l'intérêt pour l'entreprise,

² Cass. soc, 4 juin 2002, n° 00-42.262.

³ Cass. soc, 1er avril 2003, n° 00-41.873.

alors que le salarié a évoqué sa volonté de ne pas travailler ce jour, caractérise une exécution du contrat de travail dépourvue de bonne foi⁴.

42. Il en résulte qu'un employeur ne peut pas licencier un salarié en congé parental d'éducation en temps partiel si les horaires proposés vont à l'encontre des impératifs familiaux de ce dernier et qu'il a abusé de son droit dans l'organisation des horaires.
43. Un tel abus de l'employeur dans la négociation des horaires, et le licenciement subséquent, pourraient constituer une discrimination en lien avec la situation de famille. La Défenseure des droits a récemment adopté une décision constatant la discrimination dans une affaire similaire, par sa décision n° 2021-234 du 30 août 2021.

➤ Discrimination par association en raison de l'état de santé de l'enfant

44. Aux termes de l'article L. 1132-1 du code du travail, issu de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée, aucun salarié ne peut être licencié, sanctionné ni faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de son état de santé.
45. Le fait de licencier une salariée dont l'état de santé de son enfant nécessite un aménagement du temps de travail, tel que le congé de présence parentale prévu à l'article L.1225-62 du code du travail, peut être appréhendé comme une discrimination en raison de l'état de santé, par association.
46. La jurisprudence européenne a caractérisé la discrimination par association. Dans un arrêt du 17 juillet 2008 dit Coleman⁵, la Cour de justice a considéré qu'une situation de discrimination en raison du handicap est caractérisée lorsqu'une personne qui n'est pas atteinte de handicap subit une différence de traitement en raison de son lien avec la personne handicapée.
47. Cette décision a été reprise par les juridictions françaises, jugeant que les motifs de discrimination énumérés par le code du travail sont invocables par toute personne qui y serait associée⁶. Ainsi, le salarié licencié en raison du mandat syndical de son compagnon travaillant dans la même entreprise est considéré comme victime de discrimination par association.
48. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 juin 2016, a également reconnu la discrimination par association en raison de l'engagement politique d'un membre de la famille⁷.
49. En 2007, la HALDE, dont les missions ont été reprises par le Défenseur des droits, a recommandé au ministère du Travail d'intégrer la notion de discrimination par association au sein du code du travail⁸.

⁴ CA Versailles, 9 mars 2004, n° 03-2636.

⁵ CJCE, 17 juillet 2008, Aff. C-303-06.

⁶ CPH Caen, 25 novembre 2008, n° 06-120 (RJS 2/09 n° 134).

⁷ Cass. Crim, 21 juin 2016, n° 15-80.365.

⁸ Délibération de la HALDE n° 2007-75, 26 mars 2007.

50. Le Défenseur des droits, dans la lignée de la HALDE, a également reconnu la discrimination par association à l'occasion d'un licenciement en raison des activités syndicales du conjoint⁹.

51. Ainsi, une procédure de licenciement engagée à l'encontre d'une salariée bénéficiant d'un congé en lien avec l'état de santé de son enfant peut constituer une discrimination par association.

➤ **Discrimination indirecte en lien avec le sexe**

52. 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 définit la discrimination indirecte comme suit : « *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

53. La Cour de cassation a considéré, s'agissant du congé parental d'éducation, que l'impossibilité pour un employeur de réintégrer à sa fonction ou à une fonction similaire la salariée revenant de congé parental, suite à l'embauche d'un nouveau salarié, peut caractériser une discrimination indirecte en raison du sexe, « *eu égard au nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes qui choisissent de bénéficier d'un congé parental* »¹⁰.

➤ **Dispositions générales sur la preuve applicable à toute discrimination**

54. L'article L.1134-1 du code du travail, issu de l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 pose le principe d'aménagement de la charge de la preuve applicable en matière de non-discrimination selon lequel, 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.

55. 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. La chronologie des faits peut en outre constituer un élément de présomption d'une discrimination¹².

56. Elle a également jugé que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés.

57. Enfin, l'article L.1132-4 du même code prévoit que toute mesure discriminatoire doit être frappée de nullité.

⁹ Décision du Défenseur des droits MLD-2012-88, 26 juin 2012.

¹⁰ Cass. soc., 14 novembre 2019, n° 18-15.682.

¹¹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792.

¹² Cass. Soc., 5 février 2020, n° 18-22.399.

ANALYSE JURIDIQUE

58. En l'espèce, suite à la naissance prématurée de son enfant et en raison de l'état de santé de ce dernier, Madame X a pris un congé maternité suivi d'un congé de présence parentale. A l'issue de ce dernier, cette dernière a fait la demande auprès de son employeur de pouvoir bénéficier d'un congé parental d'éducation à temps partiel.
59. La salariée est licenciée au motif de l'incompatibilité des horaires demandés avec les besoins de l'officine de la pharmacie, ainsi qu'en raison de son opposition à toutes les propositions d'horaires qu'auraient faites Monsieur Y.

I. Éléments de présomption d'une discrimination présentés par la réclamante

60. Madame X produit un échange de SMS montrant qu'elle a tenté à plusieurs reprises d'obtenir une proposition d'horaires de Monsieur Y. Suite aux sollicitations de ce dernier, Madame X a demandé la fourniture de l'emploi du temps de la pharmacie pour pouvoir se conformer aux besoins de l'entreprise. À l'inverse, il ressort de l'instruction que l'employeur mis en cause n'a pas pris en compte les réponses de la réclamante, notamment en n'actant pas de ses propositions d'horaires.
61. Madame X fournit également deux attestations provenant de la nourrice et de l'assistante maternelle qu'elle n'a pas pu engager, en raison de l'absence de proposition d'emploi du temps par son employeur.
62. Madame X a finalement proposé des horaires tout en restant expressément ouverte aux contre-propositions de son employeur puisqu'elle concluait son courrier du 27 juin 2017 par la phrase « *Je reste à votre disposition afin de convenir d'une solution qui tiendra compte des intérêts de chacun* ». Monsieur Y a initié, dès le lendemain, une procédure de licenciement.
63. L'employeur mis en cause a également engagé la remplaçante de Madame X en contrat à durée indéterminée, dès septembre 2016.
64. Il apparaît ainsi, au terme de l'instruction du Défenseur des droits, que la salariée a pris ses dispositions pour correspondre au mieux à l'organisation de la pharmacie, en proposant des horaires et en sollicitant un système de garde d'enfants.
65. Ces éléments permettent au Défenseur des droits de douter de la réalité du motif de licenciement sur lequel s'est fondé Monsieur Y et laissent présumer l'existence d'une discrimination en lien avec la situation de famille de Madame X.

II. Explications fournies par l'employeur

66. En application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve applicable en matière de discrimination, lorsque le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

➤ **Discrimination en lien avec la situation de famille**

67. L'employeur affirme que l'organisation de la pharmacie ne permettait pas de répondre de manière favorable aux horaires proposés par la réclamante.
68. Néanmoins, Madame X affirme que son employeur n'a fait aucune autre proposition d'organisation d'horaires, ce qui est corroboré par les échanges de SMS produits.
69. Interrogé par le Défenseur des droits sur le refus d'attribution du congé parental d'éducation à temps partiel et le licenciement de Madame X, l'employeur affirme que Madame X se serait montrée fermée aux propositions qu'il aurait faites. Il produit des captures d'écran afin de démontrer qu'il n'a pas refusé la demande de congé parental d'éducation de Madame X. Monsieur Y tente de corroborer ses propos par l'embauche de Madame Z en contrat à durée déterminée, initialement
70. La Défenseure des droits relève toutefois que le contrat destiné au remplacement de la réclamante a été requalifié en contrat à durée indéterminée alors que Madame X était en congé de présence parentale et avait fait part de sa volonté de reprendre son activité.
71. Or, la requalification en contrat à durée indéterminée d'un contrat à durée déterminée, conclu pour remplacer un salarié, suppose de justifier de la nécessité de remplacer le salarié définitivement parti de l'entreprise, ou de la nécessité de créer un poste supplémentaire. Ainsi, l'embauche de Madame Z ne peut expliquer le licenciement de Madame X.
72. L'impossibilité pour la pharmacie de permettre le maintien de trois préparatrices, dont se prévaut également Monsieur Y, n'apparaît pas justifiée étant donné que le contrat à durée déterminée devait arriver à son terme lorsque que Madame X reprendrait ses fonctions.
73. Par ailleurs, la jurisprudence précédemment exposée impose à l'employeur, en cas de désaccord avec son salarié sur les horaires du congé parental d'éducation à temps partiel, de proposer une organisation des horaires qui convienne à ses impératifs familiaux, et de négocier sans abus.
74. La Défenseure des droits constate en l'espèce que l'employeur a initié une procédure de licenciement alors que Madame X restait à l'écoute de ses propositions d'horaires.
75. Monsieur Y, alors même qu'il reconnaît la demande de temps partiel de Madame X, n'a jamais fait de contre-propositions à Madame X, a coupé court à leurs échanges, et a prétexté un désaccord sur les horaires afin de justifier la procédure de licenciement.
76. Au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits considère que Madame X a fait l'objet d'un licenciement discriminatoire car en lien avec sa situation familiale.

➤ **Discrimination par association en lien avec l'état de santé de l'enfant**

77. En outre, il ressort de l'instruction que Monsieur Y avait connaissance de l'état de santé de l'enfant de la réclamante, qui est la raison d'être du congé de présence parentale. Monsieur Y a décidé de remplacer Madame X définitivement pendant ce congé spécifique.

78. La Défenseure des droits déduit de ce qui précède, en application du cadre juridique précédemment exposé, que Madame X a également fait l'objet d'une discrimination par association, en lien avec l'état de santé de son enfant.

79. En conséquence de l'ensemble de ce qui précède, la Défenseure des droits :

- Considère que Madame X a fait l'objet d'une discrimination liée à sa situation de famille, et une discrimination par association en raison de l'état de santé de son enfant ;
- Recommande à la Pharmacie Y de prendre attache avec Madame X en vue d'indemniser son préjudice ;
- Demande à la Pharmacie Y de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON