

Délibération n° 2009-325 du 28 septembre 2009

Emploi privé- Situation de famille- Conséquences grossesse- Retour congé maternité – Changement d’affectation – Non justifié – Poste d’origine disponible - Affectation à des postes déjà occupés – Licenciement pour faute grave – Non justifié - Discrimination fondée sur la situation de famille – Mesures préparatoires au licenciement – Période de protection légale - Observations.

La réclamante, directrice de publicité d’un grand magazine informatique est écartée de son poste à son retour de congé maternité. Son remplaçant encore en CDD est jugé plus performant. Il est embauché en CDI dans le mois qui suit son retour de congé maternité. La réclamante est affectée successivement à deux postes déjà occupés par des directeurs de publicité sur d’autres magazines. Devant son refus d’accepter ces postes, elle est licenciée pour faute grave. Les meilleurs résultats de son remplaçant ne sont pas démontrés. Aucun élément objectif ne justifie son changement d’affectation. Les postes proposés ne sont pas disponibles. Un employeur ne peut prendre des décisions sur le fondement de critères discriminatoires, et en particulier remplacer une salariée, la changer d’affectation à son retour du seul fait qu’elle se trouvait en congé maternité, sans avoir la charge d’établir que cette décision est étrangère à la grossesse et au congé de maternité. En tout état de cause, il apparaît qu’une salariée de retour de congé maternité ne peut être placée en situation de compétition avec son remplaçant temporaire et faire l’objet d’une évaluation quant à l’opportunité de sa réintégration à son poste, sans mettre en échec la protection légale de la femme enceinte et accouchée. Ses affectations et son licenciement sont discriminatoires à raison de sa situation de famille. Par ailleurs, il est démontré que l’employeur a pris des mesures préparatoires à son licenciement pendant la période de protection légale. La haute autorité décide de présenter ses observations devant la Cour d’appel de Versailles.

Le Collège

Vu la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l’accès à l’emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail,

Vu la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l’amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail,

Vu le code du travail,

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité,

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 14 mai 2007 par Madame P d'une réclamation relative à son licenciement pour faute grave, qu'elle estime en lien avec sa grossesse.

Madame P est embauchée le 21 août 2000 par la société F, qui édite des magazines dans le domaine des jeux vidéo et de l'informatique grand public, en qualité de directrice de clientèle sur le magazine *.N*.

Suite à des difficultés financières importantes, la société est contrainte d'arrêter un certain nombre de ses magazines. En janvier 2002, il est proposé à Mme P un poste de Directrice de clientèle des magazines « *.N et IP* ».

Par avenant en date du 21 juillet 2003, elle devient Directrice de publicité sur les magazines « *.N, IP, DP* » et leurs hors séries.

Le 1^{er} septembre 2003, « *DVD magazine* » s'ajoute à la liste des magazines dont elle assure déjà la direction de publicité.

Durant 5 ans, les responsabilités de Madame P ne cessent d'augmenter, aboutissant à la gestion publicitaire de 7 magazines.

En sa qualité de Directrice de publicité, elle est affectée en début d'année 2005 au magazine « *MA* », nouveau magazine, fer de lance de la société F dont le lancement est prévu en avril 2005.

En novembre 2005, elle apprend qu'elle est enceinte et en parle à des collègues. Peu de temps après, Mr L, son supérieur hiérarchique nouvellement nommé directeur commercial adjoint, la change de position sur le plateau.

Le 28 février 2006, son employeur est officiellement informé de sa grossesse. Son congé maternité doit débiter le 6 juin 2006 et prendre fin le 9 octobre 2006.

Elle indique avoir travaillé sans relâche arrivant tous les jours chez elle à 22h pendant les 5 premiers mois de 2006, signant pour l'année 2006 plus de 30% du chiffre d'affaires annuel du pôle micro (pour l'ensemble des titres).

Mi-avril 2006, le directeur commercial, Mr A l'informe qu'il s'apprête à recruter en CDD un Directeur de publicité adjoint, Monsieur L, pour la remplacer durant son congé maternité du 24 avril 2006 au 31 décembre 2006 et lui demande à cette occasion de lui transmettre son portefeuille de dossiers.

Mme P indique avoir demandé à Mr A la raison pour laquelle le contrat de Mr L courait jusqu'au 31 décembre 2006 alors que son congé maternité prenait fin en octobre 2006. Ce dernier lui aurait signalé qu'elle avait des congés à prendre et qu'elle pourrait les prendre à la suite de son congé maternité.

La réclamante part en congé maternité une semaine après la date prévue, soit le 12 juin 2006 afin de boucler la parution du magazine MA de juillet et finaliser les contrats pôle Micro du second semestre 2006.

Son retour de congé maternité prévu le 9 octobre 2006 est reporté au 7 novembre 2006 par un arrêt maladie. Du 8 novembre au 1^{er} décembre 2006, elle pose des congés payés.

Le 27 novembre 2006, quelques jours avant sa reprise, elle est informée par Mr A, directeur commercial, de la décision prise par la société de ne pas la réintégrer dans son poste, et de l'affecter en co-direction avec Mme M, directrice de la publicité des magazines *WN, W, WV*.

Le 1^{er} décembre 2006, cette décision est annoncée officiellement en réunion de direction. La nomination de Monsieur L au poste de Directeur de publicité de MA, en remplacement de Mme P, est confirmée.

Le jour de sa reprise, le 4 décembre 2006, Madame P ne réintègre pas son poste. Elle n'a pas de bureau, pas d'outil de travail. Selon ses dires, il lui est interdit de contacter ses clients.

Le jour même, elle reçoit sa fiche de paie de novembre. Elle alerte la direction des ressources humaines que ses commissions n'y figurent pas (manque à gagner de 3397€). Le lendemain, elle formalise ses remarques dans un courrier électronique adressé à Mr K (DRH).

Le 5 décembre 2006, elle est convoquée par la direction. Elle fait part de son souhait de réintégrer son poste, le considérant comme toujours disponible puisque occupé par un salarié en contrat à durée déterminée dont le terme est fixé au 31 décembre 2006. Elle fait face à un refus catégorique.

Le 8 décembre 2006, la société propose à Monsieur L un contrat à durée indéterminée, prenant effet à compter du 1^{er} janvier 2007.

Le 13 décembre 2006, Mme P adresse un courrier électronique indiquant son refus d'accepter le poste proposé.

N'obtenant pas de réponse, elle adresse le 20 décembre 2006, un courrier circonstancié dans lequel elle indique notamment ne jamais avoir reçu d'avenant.

Le 21 décembre 2006, elle est reçue en entretien par Mr K (DRH) et Mr A afin de signer l'avenant correspondant à l'affectation proposée. Mme P refuse de le signer.

Le même jour, Mr K (DRH) adresse un courrier à Mme P dans lequel il justifie comme suit son changement de poste : *« vous n'avez jamais réussi à atteindre les objectifs commerciaux définis par votre directeur commercial »*. Il lui fait part également du *« mauvais esprit dont elle fait preuve depuis son retour de congé maternité »* et lui demande de bien vouloir se *« mobiliser sur la commercialisation des titres confiés et effectivement phares que sont WN, W, V, et de cesser sans tarder vos agissements qui démontrent un manque de maturité incompatible avec les fonctions d'un Directeur de publicité »*.

En réponse, Mme P adresse un courrier daté du 4 janvier 2007, dans lequel elle conteste la décision de ne pas la réintégrer dans son poste et indique les raisons pour lesquelles le poste qui lui est proposé n'est pas similaire à celui qu'elle occupait avant son départ en congé maternité.

S'agissant de la comparaison de ses résultats avec ceux de M. L, elle considère qu'elle n'est pas objective et sérieuse car ses objectifs étaient 50% plus élevés que ceux de ce dernier. Elle

demande si l'on peut raisonnablement comparer un titre en lancement à un titre lancé. Elle précise que ses résultats ont toujours été en constante progression et rappelle que lorsqu'elle est partie en congé maternité, en juin 2006, les caisses publicitaires du magazine étaient à moitié pleines jusqu'au numéro de janvier 2007.

Sur la modification de son contrat de travail, elle y voit pour sa part « *une sanction de son départ en congé maternité* ». Elle critique le fait que la société lui impose une « co-direction » avec Mme M qui est en poste depuis 6 ans. Elle précise qu'une « co-direction » ne s'est jamais vue chez F. Elle souligne par ailleurs que dans la proposition qui lui est faite, le taux des commissions n'est pas précisé, alors qu'il s'agit d'une part essentielle de sa rémunération. Selon elle, le 21 décembre 2006, la société ne lui aurait proposé que deux choix qu'elle décrit en ces termes : « *signer « les yeux fermés » un avenant que vous n'avez pas voulu me soumettre au préalable ou être licenciée* ».

Aucune réponse circonstanciée n'a été adressée à Mme P.

Le 11 janvier 2007, une proposition d'avenant lui est remise en main propre qui confirme son affectation au poste de Directrice de la publicité des magazines *WN, W et V*, précise ses nouvelles conditions et sa rémunération variable pour ces titres.

La commission de 1% sur le chiffre d'affaires publicitaire réalisé sur les magazines auxquels elle est affectée *WN, W, V* (dont les ventes sont en chute libre) n'est pas équivalente à la commission perçue de 1% sur le chiffre d'affaires publicitaire de MA. Le chiffre d'affaires total des trois magazines cumulés en 2007 restant très inférieur à celui de MA.

Par courrier daté du 16 janvier 2007, Mme P refuse ce poste estimant qu'il modifie les conditions de son contrat de travail. Selon elle, le poste n'est pas disponible puisque déjà occupé par Mme M, sa rémunération n'est pas équivalente à celle qu'elle percevait dans le cadre de ses anciennes fonctions. Enfin, ses responsabilités en termes d'encadrement disparaissent.

Par courrier du 30 janvier 2007, le DRH lui fait part d'une nouvelle affectation en qualité de Directrice de publicité, à compter du 1^{er} février 2007 sur le magazine « *I* ».

Par courrier du 5 février 2007, elle refuse également cette proposition car un Directeur de publicité est déjà en poste et cette publication, en déclin, a vocation à disparaître. Elle joint une note diffusée le 8 janvier 2007 par les représentants du personnel aux termes de laquelle il est indiqué : « *Internet pratique touche le fond avec 6000 exemplaires, malgré une nouvelle formule et une baisse (temporaire) de la valeur faciale du magazine* ».

Elle considère une fois de plus que sa rémunération sera inévitablement affectée.

Le 13 février 2007, elle adresse un courrier réitérant son refus et informant la direction qu'elle envisage de saisir la HALDE et l'inspection du travail.

Par courrier du 15 février 2007, Mme G, nouvelle DRH, lui demande de prendre son poste.

Elle réitère son refus par courrier du 21 février 2007.

Le 22 février 2007, la direction lui adresse un courrier afin de la convoquer à un entretien préalable. Elle est convoquée le 13 mars 2007.

Par courrier daté du 19 mars 2007, la société notifie à Mme P son licenciement pour faute grave pour refus persistant de se conformer aux décisions d'affectations de sa hiérarchie :

« [...] »

Le 27 novembre 2006, avant votre retour de congé maternité prévu le 4 décembre 2006, votre supérieur hiérarchique, Monsieur A vous a rencontrée pour vous informer qu'il avait l'intention de vous affecter, dès votre retour, en qualité de co-directrice de Publicité sur les magazines WN, W et WV et ce conformément aux dispositions prévues à votre contrat de travail.

La décision de Monsieur A de vous affecter à ces magazines avait pour but d'organiser sa force commerciale au mieux des intérêts de la Société, [...]

Toutefois, dès votre reprise d'activité le 4 décembre 2006 vous avez refusé votre nouvelle affectation.

[...]

Devant votre persistance à ne pas vouloir commercialiser les magazines W en raison notamment de la présence sur ces titres, d'une directrice de publicité, et afin de ne pas mettre en péril la commercialisation de ces titres et de tenter de trouver une solution satisfaisante, la décision a été prise de vous affecter à compter du 1^{er} février 2007 sur le magazine I, ce dont vous avez été informée par courrier remis en mains propres le 30 janvier 2007.

[...]

Pour autant par courrier RAR en date du 21 février 2007, vous avez de nouveau fermement refusé cette nouvelle affectation.

Ces deux affectations successives ne modifiant ni le contenu et la nature de votre fonction, ni votre rémunération, votre refus persistant de vous conformer aux décisions d'affectation prises par votre supérieur hiérarchique constitue un manquement grave et réitéré à vos obligations contractuelles, que nous ne pouvons en aucun cas accepter et qui ne permet pas de poursuivre l'exécution de nos relations contractuelles même pendant l'exécution de votre préavis.

[...] nous vous notifions par la présente votre licenciement pour faute grave, licenciement immédiat sans indemnité de préavis, ni de licenciement. [...] »

Mme P a saisi le conseil de prud'hommes de Nanterre pour faire reconnaître le caractère discriminatoire de son licenciement. Mme P a été déboutée de toutes ses demandes par jugement du CPH de Nanterre du 23 décembre 2008 au motif que les deux postes auxquels elle a été affectée étaient de nature équivalente à celui qu'elle exerçait auparavant sans modification du contrat de travail et qu'en refusant ces deux affectations, elle avait pris la responsabilité de la rupture. Elle a interjeté appel. L'audience est fixée au 9 octobre 2009 devant la Cour d'appel de Versailles. La société F, cédée à la Société W, le 1^{er} octobre 2007, dénommée depuis le 1^{er} janvier 2009 YM, a répondu aux demandes de la haute autorité.

S'agissant du changement d'affectation de Mme P à son retour de congé maternité, la société F considère qu'elle est objectivement justifiée par les meilleurs résultats de Mr L, son remplaçant.

Selon Mme G, directrice des ressources humaines, les deux postes auxquels elle a été affectée Mme P étaient similaires au poste qu'elle occupait avant son départ en congé maternité et n'impliquaient ni changement de fonctions ni baisse de rémunération.

Au vu des pièces versées aux débats par les parties, la haute autorité a informé la société F, par courrier en date du 16 juin 2009, des éléments permettant de présumer que Mme P avait subi un traitement défavorable en matière d'affectation en raison de son sexe et de sa situation de famille et que son licenciement pour faute grave revêtait un caractère discriminatoire notamment au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail. La Société YM, qui a succédé à F, a présenté ses observations par télécopie en date du 21 juillet 2009.

A titre liminaire, la haute autorité rappelle que deux types de dispositions coexistent dans le code du travail afin de protéger la salariée eu égard à la grossesse et à la maternité :

Celles qui résultent du droit de la non-discrimination. 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, indirecte ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement de reclassement, d'affectation en raison de son sexe, de sa grossesse ou de sa situation de famille [...]* ».

Celles qui résultent du droit de la protection des salariées enceintes et en congé maternité. 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* ».

L'article L.1225-4 prévoit qu'« *aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat auxquelles elle a droit au titre du congé maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes* ».

L'article 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail énonce qu'en vue de garantir aux travailleuses, au sens de l'article 2, l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé reconnus dans le présent article, il est prévu que :

« *les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses, au sens de l'article 2, pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité visé à l'article 8 paragraphe 1, sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et, le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord [...]* ».

Dans sa décision du 28 juin 1995 (Soc. 28 juin 1995 n°92-40.136), la Cour de cassation considère que « *si la résiliation du contrat de travail par l'employeur ne peut prendre effet ou être signifié pendant la période de suspension liée à la maternité ou à l'adoption, ces dispositions n'interdisent pas à l'employeur d'engager la procédure de licenciement pendant ladite période* ».

Or, dans son arrêt PAQUAY du 11 octobre 2007 (aff. C-460/06), la Cour de justice des communautés européennes a jugé que l'article 10 de la directive 92/85 et les articles 2-1 et 5-1 de la directive 76/207 interdisent des mesures préparatoires en vue de son licenciement prises pendant la période de protection de la femme ayant accouché, même s'il lui est notifié après la fin de cette période.

A l'occasion de cet arrêt, la Cour a relevé qu'une interprétation contraire, limitant l'interdiction de licenciement à la seule notification d'une décision de licenciement pendant la période de protection visée à l'article 10 de la directive 92/85, priverait cet article de son effet utile et pourrait engendrer un risque de contournement par des employeurs de cette interdiction au détriment des droits consacrés par la directive 92/85 aux femmes enceintes, accouchées ou allaitantes.

La Cour d'appel de Paris dans un arrêt ALLALI du 26 mars 2008, a interprété les dispositions du code du travail au regard de l'arrêt PAQUAY, et a constaté qu'un licenciement notifié à une salariée après la période de protection légale, devait être déclaré nul dès lors que des mesures préparatoires étaient intervenues pendant la période légale de protection.

I Sur le caractère discriminatoire des affectations et du licenciement de Mme P (article L. 1132-1 du code du travail)

En premier lieu, l'employeur fonde le changement d'affectation de Mme P à son retour de congé maternité sur une clause de son contrat de travail.

Bien que la possibilité d'affecter Mme P à un autre emploi soit prévue par son contrat, la décision de l'employeur doit être prise en considération de critères professionnels objectifs étrangers à tout motif prohibé de discrimination notamment lié à la grossesse, au sexe et à la situation de famille.

En effet, l'article 1132-1 du code du travail dispose *ne peut être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, indirecte ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement, de reclassement, d'affectation en raison de son sexe, de sa grossesse ou de sa situation de famille [...] ».*

En l'espèce, les éléments transmis par la société mise en cause, à la haute autorité, ne permettent pas de démontrer que cette décision est fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Un employeur ne peut prendre des décisions sur le fondement de critères discriminatoires, et en particulier remplacer une salariée, la changer d'affectation à son retour du seul fait qu'elle se trouvait en congé maternité, sans avoir la charge d'établir que cette décision est étrangère à la grossesse et au congé de maternité.

Le poste de Mme P est disponible

Au retour de congé maternité de Mme P, le 4 décembre 2006, son poste est disponible. En effet, Mr L est, encore à cette date, en contrat à durée déterminée.

Dans une affaire portant sur le retour de congé parental d'une salariée, la Cour de cassation a jugé que devait être considéré comme un emploi disponible, un emploi occupé par un stagiaire intérimaire. (Soc. 27 octobre 1993. n°90-40.226).

La Cour d'appel de Nancy a estimé en matière de congé parental qu'une salariée ne peut se voir proposer un emploi similaire que lorsque l'emploi qu'elle occupait précédemment n'est plus disponible, étant précisé que dans cette hypothèse la nouvelle affectation ne doit

comporter aucune modification substantielle de son contrat de travail (Cour d'appel de Nancy 8 juin 2007 n°04/02652).

Les meilleures performances de Mr L ne sont pas objectivement démontrées

Le mis en cause justifie l'attribution du poste à Mr L par le fait que pendant l'absence de Mme P, le chiffre d'affaires publicitaire aurait enregistré une nette progression au second semestre 2006 par rapport à 2005 :

« + 4% du chiffre d'affaires sur les numéros datés d'août 2006 à octobre 2006,
+ 7% du chiffre d'affaires sur les numéros datés de novembre 2006 à janvier 2007 ».

Tout d'abord, il apparaît très clairement que les chiffres d'affaires du premier semestre 2006 sont en nette progression par rapport à l'année 2005. Ces chiffres correspondent au travail exclusif de Mme P et de son équipe investi sur un nouveau magazine.

Il apparaît qu'au moment où elle part en congé maternité, Mme P réalise un CA de 103 599€ au mois de juillet 2006 (parution juin), déjà bien supérieur au CA de 69 638€ du mois de juillet 2005 (parution juin). Le magazine est désormais lancé et les résultats sont déjà en nette progression au moment où Mme P part en congé maternité.

Si les chiffres du second semestre 2006 sont effectivement en augmentation, ces résultats ne semblent pas résulter du seul travail réalisé par Mr L.

En l'espèce, les éléments chiffrés relatifs au nombre de contrats signés par Mme P avant son départ et ceux initiés et signés par Mr L, produits par la société F pour justifier les bons résultats de Mr L au second semestre 2006, ne peuvent être sérieusement pris en compte.

En effet, aucun document permettant de vérifier la véracité des chiffres avancés n'a été communiqué à la haute autorité. Aucun élément ne permet de démontrer que les chiffres d'affaires du second semestre résultent exclusivement du travail de Mr L.

En revanche, il ressort de l'examen de courriers électroniques adressés par Mme P à Mr A, qu'elle a réalisé bon nombre de négociations de contrats pour le second semestre 2006 avant son départ en congé en maternité.

Cet élément est conforté par les attestations produites par Mr B et Mme F, selon lesquelles Mr L n'aurait fait que suivre un portefeuille existant.

Les deux attestations soulignent que :

- Mr L « a récolté tout l'investissement de Mme P et toute la plus-value du Chiffre d'affaires généré par Mme P »,

« il n'a effectué que de la gestion de contrats signés par P principalement tels que one & one, 9 Telecom, Télé 2, OVH etc... En tout et pour tout, Mr L n'a effectué qu'une seule réunion commerciale d'équipe de MA pendant ces mois de remplacement, l'essentiel du CA apporté par Mr L dans le CA total du magazine MA était donc constitué en très grande majorité par des contrats signés par Mme P ».

En outre, il ressort des éléments recueillis au cours de l'enquête auprès de la société mise en cause que les objectifs commerciaux initialement fixés le 11 octobre 2006 à Mr L, pour les mois de novembre 2006 à avril 2007, (déjà inférieurs de -30% aux objectifs fixés à Mme P

pour la même période l'année précédente) ont été revus à la baisse, le 20 novembre 2006 par avenant, soit quelques jours avant le retour de Mme P.

Si, comme le souligne la société mise en cause, les objectifs ont certes baissé pour l'ensemble des titres, il apparaît très clairement, en se reportant au tableau joint, que les objectifs fixés à Mr L pour décembre 2006 et janvier 2007 ont été renégociés à la baisse, en plus de la baisse générale, les rendant facilement réalisables. Or, cette période correspond au retour de congé maternité de Mme P.

Il doit d'ailleurs être souligné que c'est la seule fois où Mr L va atteindre les objectifs qui lui ont été fixés. Cela ne sera plus jamais le cas par la suite, malgré des objectifs commerciaux bien moins importants que ceux de Mme P à la même époque (N-1).

Or, ses objectifs étaient moindres alors que le magazine était lancé et qu'il bénéficiait de l'OJD (audience contrôlée du magazine), ce qui lui permettait de pouvoir vendre plus cher et plus facilement les espaces publicitaires.

Mr B insiste dans son attestation sur le fait que « *les objectifs du magazine étaient très bizarrement diminués pendant la direction de Mr L. Dire que Mr L était meilleur dans la direction de MA aussi bien qu'en management qu'en chiffre d'affaires est totalement scandaleux* ».

En tout état de cause, il apparaît qu'une salariée de retour de congé maternité ne peut être placée en situation de compétition avec son remplaçant temporaire et faire l'objet d'une évaluation quant à l'opportunité de sa réintégration à son poste, sans mettre en échec le droit de la protection légale de la femme enceinte et accouchée.

Aucun reproche professionnel notamment lié à une insuffisance de résultats, n'a jamais été formulé à l'égard de Mme P pendant ses 6 années de collaboration.

Mme S, Responsable de la communication de l'annonceur publicitaire A, décrit Mme P, qu'elle côtoie professionnellement depuis 7 ans, en ces termes : « *Totalement investie par son ambition de développer les titres qu'elle gérait, maîtrisant parfaitement le marché et les titres concurrents, Mme P a su prouver au-delà de ses compétences commerciales, d'autres qualités en termes de conseil en communication* ». « *En 2005, Mme P s'est vue confier le nouveau fer de lance de F [...], elle a su convaincre l'annonceur A ainsi que les plus grands acteurs du marché IT à communiquer dès la première parution de MA. Un travail de conquête et de fidélisation exemplaire* ».

Mme F, Assistante de Mr A, souligne quant à elle que Mme P « *s'est toujours énormément investie chez F faisant progresser le chiffre d'affaires de ses magazines et menant aussi à bien les intérêts de l'entreprise* ».

La non disponibilité des postes proposés à Mme P.

Il ressort des courriers électroniques échangés entre Mme M et Mme P les 8, 12 et 14 décembre 2006, que le premier poste de Directrice de publicité des magazines WN, W et V auquel est affectée Mme P à son retour de congé maternité, n'est pas disponible. Il est déjà occupé depuis plusieurs années par Mme M, elle-même Directrice de publicité de ces magazines.

La lecture de ces courriers montre à cet égard l'impréparation dans laquelle la direction commerciale a pris cette décision. Mme M écrit le 8 décembre 2006 à Mme P : « *quand je pense que vendredi dernier, (Mr A) t'a annoncé co-directrice de WN, X, V avec moi...* ».

Elle poursuit le 14 décembre 2006, en ces termes : « *D'abord une chose est claire : c'est un déclassement pour nous 2. Pour ma part, je ne vois pas l'intérêt d'une « co-direction », c'est une équipe avec des commerciaux qu'il faut avec une répartition par secteur géographique. Je pense que l'objectif est de pousser l'une ou l'autre dehors !* ».

L'attestation de Mme M confirme que la décision de l'entreprise n'a pas été discutée, voire anticipée et qu'elle n'est justifiée par aucun argument objectif : « *Mr A, Directeur Commercial de la société F et Mr Z, PDG de la société F m'ont convoquée le 22 novembre 2006 et précisé que j'allais avoir une co-direction de publicité sur mes magazines (pièce n°35). [...] Mr A a imposé cette co-direction à Mr P et à moi-même. [...] Nous n'avons jamais reçu d'objectifs communs. Pour ma part, je n'ai jamais donné mon accord pour co-diriger mes magazines mais j'ai toujours réclamé une équipe.... Il est absolument impossible de mener à bien une mission avec 2 têtes sans équipes* ».

Dans ses observations finales, la mise en cause indique que la société avait un réel besoin de pourvoir le poste de Directeur de publicité des magazines W et indique que ce poste de « co-direction » a d'ailleurs été proposé puis accepté par un autre salarié.

L'argument relatif au fait que ce poste ait été accepté par un autre salarié, Mr L, ne permet aucunement de démontrer que cette décision répondait à un besoin réel de l'entreprise. D'une part, il ressort des pièces que ce salarié n'a occupé ce poste qu'en avril 2007, date à laquelle Mme P était déjà partie de l'entreprise. D'autre part, cette co-direction s'est terminée rapidement par le départ de Mr L.

Ainsi, aucun élément objectif n'est apporté par le mis en cause pour démontrer que la décision d'affecter Mme P à d'autres magazines avait pour but d'organiser sa force commerciale au mieux des intérêts de la Société. Cet argument n'a jamais été évoqué ni étayé par le mis en cause au cours de l'instruction menée par la haute autorité.

Concernant le deuxième poste de Directeur de la publicité du magazine IP, qui est proposé à Mme P par courrier daté du 30 janvier 2007, les pièces recueillies montrent qu'il s'agit également d'un poste déjà occupé par un salarié, en contrat à durée indéterminée, Mr L en qualité de Directeur de publicité.

Contrairement à ce qu'indique la Société, le poste de Mr L n'est pas disponible à la date où il est proposé à Mme P. Il ne le sera qu'à compter de l'avenant d'objectifs du 2 avril 2007. A cette date, Mme P ne fait plus partie des effectifs.

Ces affectations induisent, de fait, pour Mme P une baisse de responsabilité, la perte de ses fonctions d'encadrement et d'animation d'équipe (3 salariés).

Il apparaît de plus que Mme P s'est, notamment, vu retirer une partie des clients qu'elle gérait avant son congé maternité. Elle en fait part à Mme M dans un courrier électronique du 14 décembre 2006 : « *Je n'ai plus le droit de continuer mes accords Groupe T, TI, OVH...[...] Quant à la société O, comme c'est étrange, désormais, mon nom n'apparaît plus sur le*

contrat annuel. C'est désormais Mr A qui a son nom sur les offres ou Mr L sur T.[...]Alors qu'en novembre, j'avais insisté auprès de Mr A par téléphone, pour qu'il convienne d'un rendez-vous avec eux pour renouveler le contrat 2007. J'ai la nette impression qu'il souhaite récupérer à son avantage tous les contrats Groupe que je signais et me laisser dans mon coin avec toi, sans organisation ».

En outre, les commissions prévues dans ses avenants ne sont pas comparables à celles perçues sur MA. Il ressort que les objectifs commerciaux fixés paraissent totalement irréalisables par rapport aux chiffres d'affaires effectivement réalisés sur les magazines auxquels elle est affectée. Il apparaît donc que la rémunération de Mme P sera inévitablement impactée.

Si la haute autorité observe que la société s'engage à lui verser pendant les trois premiers mois de sa nouvelle affectation de février à avril 2007, un montant minimum mensuel de 1376€ par mois « afin de tenir compte de votre niveau de rémunération variable précédent », cet engagement ne vaut que pour trois mois.

La persistance avec laquelle l'employeur a proposé à Mme P des affectations à des postes déjà occupés et modifiant substantiellement son contrat de travail, paraît avoir pour objectif de provoquer sa démission ou des refus répétés de sa part, afin de l'évincer définitivement de la société.

Une pratique qui ne semble pas isolée au sein de l'entreprise mise en cause

Si la société mise en cause écarte toute hypothèse de discrimination fondée sur la grossesse et la maternité de Mme P en mettant en évidence que plusieurs femmes ont pu retrouver leur poste ou un poste équivalent à l'issue de leur congé maternité, la haute autorité observe que parmi les 4 femmes visées par les réponses de la mise en cause, une seule exerce un poste à responsabilité. Il s'agit de Mme C.

Certes, la société fait remarquer que Mme C a été promue « Directrice de publicité » à son retour de congé maternité. Toutefois, l'analyse de ses feuilles de paye montre que depuis sa promotion, son salaire a fait l'objet d'une baisse significative. Sa promotion n'est donc qu'une promotion de façade.

Par ailleurs, la société omet volontairement d'indiquer que deux autres cadres, Mme L et Mme G, ont été licenciées l'une à son retour de congé maternité en 2007, l'autre à son retour de congé parental en 2008 et qu'une autre a démissionné à son retour de congé maternité en 2000, Mme K.

Mme G qui avait saisi la haute autorité pour des faits similaires (licenciement au retour du congé parental) ainsi que le conseil des prud'hommes de Nanterre, a indiqué à l'issue de l'enquête menée par la haute autorité qu'un rapprochement amiable était intervenu et qu'un accord global avait pu être trouvé, emportant un désistement de sa part.

Mme L produit une attestation, par laquelle elle fait état des conditions similaires dans lesquelles elle a été licenciée à son retour de congé maternité. Elle souligne avoir bénéficié de la confiance de sa hiérarchie jusqu'à l'annonce de sa grossesse en juin 2006. Elle indique que son licenciement a été préparé pendant son congé maternité, et précise que son employeur a été condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Enfin, Mme K atteste avoir été discriminée et harcelée à son retour de congé maternité, et poussée à la démission. Elle précise qu'une promotion lui avait été proposée à l'automne 1999 et qu'à l'annonce de sa grossesse cette promotion lui a été refusée. Elle indique qu'à son retour de congé maternité, elle a fait l'objet d'un changement d'affectation. Subissant le harcèlement de sa direction, elle a démissionné et définitivement quitté la société en décembre 2000.

Force est de constater, en l'espèce, que la décision prise par la Société F (aujourd'hui YM) de changer Mme P d'affectation, puis de la licencier ne repose sur aucun critère objectif.

En effet, l'absence de justification objective à son changement d'affectation, la disponibilité de son poste à son retour de congé maternité, le fait que les postes sur lesquels Mme P devait être affectée n'étaient pas disponibles à la date de notification de ces affectations, mettent en évidence que le licenciement de Mme P n'est lié qu'à son nouveau statut de mère de famille.

Les affectations de Mme P et son licenciement subséquent caractérisent l'existence d'une discrimination en raison de sa situation de famille au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail.

II Sur l'interdiction de procéder à des mesures préparatoires au licenciement pendant la protection légale accordée aux femmes enceintes ou accouchées (article 10 de la directive 92/85)

La haute autorité considère que les mesures prises par l'employeur en vue du remplacement définitif de Madame P, l'ont été pendant son congé maternité ainsi que pendant les 4 semaines suivant sa reprise du travail, soit pendant la période de protection légale prévue à l'article L. 1225-4 du code du travail.

Or, il ressort de l'article L.1225-4 du code travail, tel qu'interprété au regard des directives 76/207/CEE, du 9 février 1976 et 92/85/CEE du 19 octobre 1992, et de la jurisprudence de la CJCE relative à l'article 10 de la directive 92/85/CEE, qu'il interdit à l'employeur, non seulement de notifier une décision de licenciement pendant la période de protection accordée aux dites salariées, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l'échéance de cette période.

En l'espèce, la fin du congé maternité de Mme P était fixée au 8 octobre 2006. Toutefois, son absence est prolongée par un arrêt maladie jusqu'au 7 novembre 2006, puis par des congés payés jusqu'au 3 décembre 2006. Elle a repris son travail le 4 décembre 2006.

La haute autorité considère que l'effectivité du droit de la protection contre le licenciement des femmes accouchées ou allaitantes serait compromise si la salariée en congé payé à la suite de son congé maternité ne pouvait bénéficier de la protection légale contre le licenciement lors de son retour effectif dans l'entreprise (Cour d'appel de Besançon, 18 mai 1990, n°89-5334 dans le même sens, CA de Reims 11 février 2004 Pascale Jacquet C/ SA Champagne pommes de terre).

Ainsi, la période de 4 semaines de protection commence à courir pour Mme P le 4 décembre 2006, date de sa reprise du travail, pour prendre fin le 4 janvier 2007.

Or, plusieurs éléments mettent en évidence que l'éviction définitive de Mme P a été organisée pendant son congé maternité et au cours des 4 semaines suivant sa reprise du travail.

Pendant son congé maternité

Dès le mois de septembre 2006, le nom de Mme P disparaît définitivement des ours de MA (cf ours Micro Actuel n°21 du 5 octobre 2006, imprimé en septembre 2006). Seul le nom de Mr L est mentionné.

L'attestation de Mme F indique que Mr A, Directeur Commercial « a demandé que l'on retire le nom de Mme P des plaquettes commerciales au début du mois de septembre 2006, alors qu'elle était encore en congé maternité ».

L'annonce de sa non réintégration à son poste dès le 27 novembre 2007 par Mr A confirme que son éviction est déjà décidée avant même sa reprise du travail.

Cette décision est officiellement confirmée le 1^{er} décembre 2006 lors d'une réunion commerciale dont le compte rendu indique que: « Mr A a annoncé à l'ensemble des directeurs de publicité lors d'une réunion commerciale le 1^{er} décembre, après midi, que Mr LI (directeur adjoint de la publicité en CDD) reprenait la direction de la publicité de MA en CDI ».

A cette réunion, il est souligné que « Mme P sera à son retour de congé maternité, le 4 décembre, co-directrice de publicité de WN, l'officiel M, et sur le lancement du magazine V ».

Pendant les 4 semaines suivant sa reprise du travail

Le 8 décembre 2006, soit 4 jours après le retour effectif de Mme P dans l'entreprise, Mr L signe un contrat à durée indéterminée prenant effet le 1^{er} janvier 2007.

En procédant ainsi, et ce pendant la période de protection légale de Mme P, l'employeur s'est de son propre fait mis dans l'impossibilité de respecter les dispositions de l'article L. 1225-25 du code du travail.

Ces éléments démontrent que l'employeur a délibérément pris la décision de ne pas réintégrer Mme P à son poste, pourtant disponible, et de lui proposer des postes déjà occupés, la contraignant à refuser ces affectations pendant la période de protection légale, pour ensuite procéder à son licenciement.

Ainsi, bien que la notification du licenciement pour faute grave de Mme P soit intervenue après la période de protection légale, il apparaît très clairement que l'employeur a pris les mesures préparatoires à son licenciement pendant la période légale de protection. Dès lors son licenciement pourrait-être considéré nul.

En conséquence, la haute autorité considère qu'au vu des éléments recueillis au cours de l'enquête, la discrimination à l'encontre de Mme P fondée sur son sexe et sa situation de famille est établie. Au regard de l'apparence de discrimination résultant de l'enquête, la société F ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

De surcroit, la haute autorité observe, que la décision de procéder au remplacement définitif de Mme P a été prise pendant la période de protection légale.

Le Collège de la haute autorité décide de présenter ses observations à l'audience de la Cour d'appel de Versailles du 9 octobre 2009.

Le Président

Louis SCHWEITZER