

Paris, le

---

**Décision du Défenseur des droits n°MLD/2012-59**

---

**Le Défenseur des droits,**

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

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

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

Vu le code du travail.

Saisi par Madame D d'une réclamation relative à la discrimination qu'elle estime avoir subie dans le cadre de son activité professionnelle, en raison de son état de santé et de son handicap, le Défenseur des droits, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, décide :

- de recommander à la société X de se rapprocher de Madame D en vue d'une juste réparation du préjudice subi du fait de la mesure de licenciement discriminatoire dont elle a fait l'objet et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente,
- à défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, et si Madame D engage une action judiciaire en réparation de son préjudice, de présenter ses observations devant la juridiction prud'homale compétente.

Le Défenseur des droits

**Dominique Baudis**

## Note récapitulative

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, par courrier en date du 23 octobre 2008, d'une réclamation de Madame D relative à la mesure de licenciement dont elle a fait l'objet et qu'elle estime liée à son handicap.
2. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011 et conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des Droits, les procédures ouvertes par la haute autorité se poursuivent devant le Défenseur des Droits.
3. Madame D est employée par la société Z, à compter du 29 septembre 1993. En dernier état de son contrat de travail, qui est repris par la société X le 1<sup>er</sup> mars 2003, elle occupe les fonctions d'ouvrier en publication assistée par ordinateur (PAO) confirmé.
4. Entre 1993 et 2006, la réclamante ne rencontre pas de difficultés particulières dans le cadre de son activité professionnelle.
5. À compter de janvier 2006, elle est contrainte de s'absenter à plusieurs reprises du fait de problèmes de santé importants et du fait d'un accident du travail dont elle est victime le 10 avril 2006.
6. Par courrier en date du 5 octobre 2006, elle est convoquée à un entretien préalable à sanction, son employeur considérant que ses absences répétées à son poste de travail perturbent le fonctionnement de l'atelier. A la suite de cet entretien, l'employeur décide finalement de ne pas la sanctionner mais lui précise, par courrier en date du 16 novembre 2006, qu'elle pourrait préparer un dossier de demande de pension d'invalidité et bénéficier d'un passage à temps partiel, ce qui l'aiderait « *dans la gestion de sa maladie* ».
7. La réclamante est placée en arrêt maladie de longue durée du 17 novembre 2006 au 8 juillet 2007. Elle est reconnue travailleur handicapé à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2007 et reprend le travail dans le cadre d'un temps-partiel thérapeutique, le 9 juillet 2007.
8. Par courrier en date du 11 septembre 2007, la réclamante est convoquée à un entretien préalable à licenciement. Trois absences injustifiées lui sont alors reprochées (les 18, 31 août et 1<sup>er</sup> septembre 2007) mais aucune suite n'est donnée à cette procédure disciplinaire. La réclamante indique que son employeur aurait alors tenté de négocier un départ à l'amiable.
9. Par courrier en date du 22 novembre 2007, la réclamante est convoquée à un nouvel entretien préalable à sanction disciplinaire à la suite duquel un avertissement lui est notifié, le 14 décembre 2007, pour une absence injustifiée du 17 novembre 2007. L'employeur rappelle à la réclamante que ses absences perturbent fortement l'organisation de la production.
10. Entre décembre 2007 et février 2008, la réclamante fait l'objet de 5 arrêts maladie de courte durée pour un total de 7 jours.
11. Par courrier en date du 27 mars 2008, la réclamante est convoquée à un entretien préalable à licenciement fixé le 14 avril suivant. A la demande de la réclamante, l'entretien est reporté au 21 avril 2008.
12. Par courrier en date du 7 mai 2008, la réclamante est licenciée « *pour cause réelle et sérieuse* ». Les motifs invoqués par l'employeur sont les suivants :
  - absences « anarchiques », « imprévisibles » et « injustifiées » (18 et 31 août 2007, 1<sup>er</sup> septembre 2007 et 17 novembre 2007) ;
  - désorganisation du service liée à ses absences répétées générant des tensions dans l'équipe.
13. Madame D conteste cette mesure mais, pour l'heure, n'a pas initié d'action contentieuse à l'encontre de son employeur.

*A titre liminaire, sur les absences injustifiées de Madame D*

19. Le courrier de licenciement de la réclamante fait mention de ses absences injustifiées des 18 août, 31 août, 1<sup>er</sup> septembre et 17 novembre 2007.
20. Or, concernant les trois absences injustifiées des 18 août, 31 août et 1<sup>er</sup> septembre 2007, il apparaît que la réclamante avait déjà été convoquée, le 25 septembre 2007, à un entretien préalable à sanction disciplinaire. A l'issue de cette procédure disciplinaire, elle n'avait finalement pas été sanctionnée. Les faits reprochés ayant eu lieu plus de 2 mois avant le licenciement de Madame D et étant, dès lors, prescrits, ils ne pouvaient plus servir de fondement à cette mesure.
21. Concernant l'absence injustifiée du 17 novembre 2007, la réclamante avait d'ores et déjà été sanctionnée d'un avertissement, par courrier en date du 14 décembre 2007. Cette absence ne pouvait donc pas non plus servir de fondement à un licenciement, en vertu de la règle « non bis in idem ».
22. Les reproches relatifs aux absences injustifiées de la réclamante ne paraissent donc pas sérieux et ne pouvaient en aucun cas justifier un licenciement.

*Sur la désorganisation de l'entreprise et la nécessité de procéder au remplacement définitif de Madame D*

23. Conformément à l'article L.1132-1 du code du travail, « [...] aucun salarié ne peut être [...] licencié [...] en raison de son état de santé ou de son handicap ».
24. Selon la Cour de cassation, cette disposition n'interdit cependant pas le licenciement d'un salarié motivé, non par son état de santé, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement (*Cass.soc., 13 juillet 2005, n°03-47.990, Cass.soc., 21 septembre 2005, n°03-45.820, Cass.soc., 5 mai 2009, n°07-45.713*).
25. Il s'agit là de conditions cumulatives, l'employeur devant démontrer à la fois la perturbation engendrée par les absences du salarié et le fait que ces absences l'ont contraint à procéder au remplacement définitif de celui-ci. A défaut, le licenciement est discriminatoire et, à ce titre, entaché de nullité (*Cour d'Appel de Paris, 7 septembre 2010*).
26. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a pu considérer, dans sa délibération n° 2009-349 du 5 octobre 2009 que, en pareille circonstance, il convient de considérer que le motif véritable du licenciement n'est pas la désorganisation de l'entreprise mais la maladie, ce qui constitue une discrimination au sens de l'article L.1132-1 du code du travail.
27. En l'espèce et considérant la justification apportée par l'employeur, les éléments permettant le licenciement d'un salarié absent pour maladie de façon répétée n'apparaissent pas réunis.
28. D'une part, l'employeur ne fournit pas d'élément démontrant la gravité des perturbations générées par les absences répétées de la réclamante.
29. Interrogé sur les modalités de remplacement de la réclamante pendant ses arrêts maladie, il a répondu que des solutions étaient trouvées au sein même de l'équipe de la réclamante, équipe qui comptait une trentaine d'ouvriers PAO comme elle. Or, selon la Cour de Cassation, le fait que des solutions de remplacement temporaire aient pu être trouvées en interne n'est pas de nature à démontrer que l'absence du salarié perturbait l'entreprise (*Cass.soc., 5 mai 2009, n°07-45.713*).
30. Ceci est d'autant plus le cas, en l'espèce, que l'employeur n'explique pas en quoi la mise en place de ces solutions de remplacement temporaire en interne perturbait le fonctionnement du service auquel la réclamante était affectée. Il se contente d'indiquer que cette situation engendrait des « tensions » entre Madame D et le reste de l'atelier, sans démontrer toutefois que ces tensions généraient de graves dysfonctionnements dudit atelier.

31. D'autre part, l'employeur n'établit pas la nécessité et la réalité du remplacement définitif de la réclamante.
32. D'ailleurs, le Défenseur des droits relève que le courrier de licenciement de Madame D ne mentionne pas cette nécessité ce qui, selon la Cour de cassation, rend sans cause réelle et sérieuse ce licenciement (*Cass.soc.*, 17 mai 2006, n°04-45.474).
33. Sur le fond, s'agissant de la réalité du remplacement définitif du salarié absent, la Cour de cassation considère que « *seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié.* » (*Cass.soc.*, 18 octobre 2007, n°06-44251).
34. Or, en l'espèce, à aucun moment la société X ne démontre avoir procédé à l'embauche d'un salarié sous contrat à durée indéterminée pour assurer le remplacement de la réclamante après la rupture de son contrat de travail.
35. Au contraire, dans le courrier adressé à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité le 29 novembre 2009, l'employeur précise qu'il avait été « *décidé de ne pas pouvoir au remplacement de son poste de travail compte tenu de l'arrêt de l'activité en juillet et août (fermeture annuelle). A la rentrée 2008, la société a constaté une baisse d'activité, principalement de l'activité prépresse, et dans un climat d'incertitude, le poste n'a pas été remplacé. Un plan social a été mis en place en 2009* ».
36. Il ressort de ce qui précède que le mis en cause n'apporte pas d'élément suffisant pour permettre de démontrer la perturbation engendrée par les absences répétées de la réclamante et la nécessité de procéder à son remplacement définitif.
37. En l'espèce, le licenciement de Madame D apparaît discriminatoire et encourt la nullité, conformément aux articles L.1132-1 et L.1132-4 du code du travail.
38. Dans son courrier adressé au Défenseur des droits le 2 mars 2012, l'employeur indique qu'il n'a jamais eu d'intention discriminatoire à l'encontre de Madame D et insiste sur la politique déployée dans l'entreprise en matière d'intégration et d'accompagnement des salariés handicapés ou rencontrant de graves problèmes de santé.
39. Le Défenseur des droits ne peut bien évidemment qu'encourager une telle politique qui ne fait néanmoins pas obstacle à la reconnaissance, dans un cas d'espèce déterminé, de l'existence d'une discrimination, l'intention de l'employeur n'étant pas un élément conditionnant une telle reconnaissance.
40. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
  - Constate que le licenciement de Madame D est discriminatoire et encourt la nullité, conformément aux articles L.1132-4 du code du travail ;
  - Recommande à la société X de se rapprocher de Madame D en vue d'une juste réparation du préjudice subi du fait du licenciement discriminatoire dont elle a fait l'objet et demande à la société de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente ;
  - Décide de présenter, à défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation et si Madame D engage une action judiciaire en réparation de son préjudice, ses observations devant la juridiction prud'homale compétente.