

Paris, le 29 septembre 2016

Décision du Défenseur des droits n° MLD/2016-240

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 Mesdames X, Y et Z qui considèrent discriminatoires, en raison de leur état de santé et de leur handicap, les mesures de licenciement dont elles ont fait l'objet de la part de la société A ;

Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de B.

Jacques TOUBON

Observations devant le Conseil de prud'hommes de B (92) dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi, par courriers en date du 15 janvier 2015, de trois réclamations émanant de salariées de la société A, Mesdames X, Y et Z, qui considèrent les mesures de licenciement dont elles ont fait l'objet discriminatoires en raison de leur état de santé et de leur handicap.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE CONTENTIEUSE :

2. La société A, sise à B, est spécialisée dans les affichages publicitaires, grand format notamment, et emploie dans ce cadre 1025 salariés répartis sur 28 établissements dont deux plateformes de production et de distribution. situées à C et D.
3. Les réclamantes travaillent sur la plateforme de C, dans les conditions contractuelles suivantes :
 - Madame X depuis le 31 mars 2003 en qualité d'expéditeur / agent de production, occupée, en dernier état de la relation de travail, à l'assemblage des affiches 2m2 (atelier 2m2) et à l'assemblage des affiches de 8m2 (atelier « scrolling ») ;
 - Madame Y depuis le 9 décembre 2002 en qualité d'expéditeur / agent de production, occupée, en dernier état de la relation de travail, à l'assemblage des affiches 2m2 (atelier 2m2) ;
 - Madame Z depuis le 15 septembre 1997 en qualité de manutentionnaire, affectée, en dernier état de la relation de travail, au roulage des affiches de 2M2 (atelier 2m2) et au roulage et à l'assemblage des affiches de 8m2 (atelier « scrolling »).
4. Les réclamantes sont toutes trois en arrêt de travail de longue durée :
 - Madame X est en arrêt de travail de février 2009 à avril 2011 suite à un accident du travail (consolidé en avril 2011), puis en arrêt maladie presque de manière continue depuis cette consolidation. Elle est classée en invalidité deuxième catégorie depuis le 1^{er} novembre 2012 ;
 - Madame Y est en arrêt de travail du 17 juillet 2009 au 5 avril 2011 suite à un accident du travail, puis du 6 avril 2011 au 25 mai 2012 et depuis le 14 juin 2012 en arrêt maladie (accident du travail consolidé en avril 2011). Elle est reconnue travailleur handicapé depuis le 24 mars 2011 pour la période du 15 novembre 2010 au 14 novembre 2020 ;
 - Madame Z est en arrêt de travail, initialement suite à un accident du travail du 28 janvier 2009, puis de manière continue depuis le 14 avril 2012. Elle est classée en invalidité de deuxième catégorie le 2 mai 2011 et est reconnue travailleur handicapé depuis le 1^{er} février 2013.
5. Les réclamantes indiquent qu'une nouvelle directrice des ressources humaines est engagée dans la société courant 2014.
6. Par courriers recommandés en date du 18 juillet 2014, ladite directrice des ressources humaines, Madame E, informe chacune des réclamantes, dans les mêmes termes, que leur absence de longue durée perturbe le bon fonctionnement de la plateforme et de la société en général et les met en demeure de reprendre le travail sous huitaine.
7. Par courriers recommandés en date du 6 août 2014, les réclamantes sont convoquées à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement.
8. Par courriers recommandés en date du 19 septembre 2014, elles sont toutes trois licenciées au motif que leurs absences prolongées perturbent le fonctionnement du

service et de la société, nécessitent le recours à l'intérim ou à des contrats à durée déterminée dont la gestion est coûteuse à divers titres, notamment financier et qualitatif, dégradent le dialogue social, les partenaires sociaux dénonçant un taux élevé de recours à l'intérim, et imposent ainsi leurs remplacements définitifs.

9. S'estimant victimes d'un licenciement discriminatoire, elles saisissent le Conseil de prud'hommes de B. L'audience de jugement est prévue le 22 novembre 2016.

ENQUETE DES SERVICES DU DEFENSEUR DES DROITS :

10. Considérant être en présence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, les services du Défenseur des droits ont adressé, par courrier en date du 27 octobre 2015, une note récapitulative à la société mise en cause qui a répondu de façon circonstanciée par correspondances datées des 19 novembre 2015 et 23 février 2016.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES DES RECLAMATIONS :

11. Aux termes de 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.
12. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, cette disposition légale n'interdit cependant pas le licenciement d'un salarié motivé, non par son état de santé ou son handicap, 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 ; Cass.soc., 6 mai 2015, n°13-26771*)).
13. S'agissant d'une exception au principe de non-discrimination, cette jurisprudence ne peut trouver à s'appliquer que si deux conditions cumulatives sont remplies, ce que le juge contrôle strictement. En effet, l'employeur doit pouvoir justifier non seulement d'une perturbation, nécessairement grave, de l'entreprise engendrée par les absences du salarié malade mais aussi du fait que ces absences l'ont contraint à procéder au remplacement total et définitif de celui-ci.
14. La Cour de cassation considère que le simple fait que l'une des deux conditions précitées ne soit remplie ne suffit pas à caractériser l'existence d'une discrimination et à prononcer la nullité du licenciement en application de l'article L.1132-4 du code du travail. Elle exige en effet que d'autres éléments de fait laissent présumer que le licenciement est lié à l'état de santé du salarié (*Cass.soc., 27 janvier 2016, n°14-10.084*).
15. Lorsque de tels éléments existent, c'est à l'employeur, conformément à l'article L.1134-1 du code du travail qui prévoit un mode probatoire spécifique en matière de discrimination, qu'il revient de démontrer que les décisions qu'il a pu prendre sont en réalité justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
16. En l'espèce et considérant les explications fournies par l'employeur, les éléments permettant le licenciement d'un salarié absent pour maladie prolongée n'apparaissent réunis dans aucune des situations dont le Défenseur des droits a été saisi.
17. En effet, l'employeur ne semble démontrer ni la gravité des perturbations générées par les absences prolongées de Mesdames X, Y et Z, ni la nécessité et la réalité de leur remplacement définitif. De surcroît, d'autres éléments du dossier paraissent de nature à

confirmer la présomption de discrimination en lien avec l'état de santé et le handicap des réclamantes.

S'agissant de la gravité des perturbations générées par les absences prolongées des réclamantes :

18. La jurisprudence exige de l'employeur qu'il établisse l'existence de perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise directement imputable à l'absence prolongée du salarié malade et d'un degré tel qu'il est impossible de pallier cette absence par des solutions de remplacement provisoires (contrats à durée déterminée, recours au travail temporaire ou nouvelle répartition des tâches en interne). Etant en présence d'une exception au principe de non-discrimination, ces perturbations doivent nécessairement être d'une gravité suffisante.
19. En l'espèce, il convient tout d'abord de noter que les réclamantes étaient absentes depuis plus de deux ans au moment du déclenchement des procédures de licenciement. Or, à aucun moment au cours de ces longues périodes de suspension des contrats de travail, l'employeur n'a invoqué un quelconque trouble lié aux arrêts maladie des réclamantes. Cette inaction, alors même que trois salariées d'un même établissement étaient concernées et qu'il n'existe pas d'obligation pour l'employeur de réagir dans un délai précis, est de nature à laisser penser que les absences des réclamantes n'engendraient pas de perturbations d'une gravité exceptionnelle.
20. Par ailleurs, dans son courrier de réponse au Défenseur des droits, l'employeur précise qu'il ne procède au licenciement des salariés absents pour cause de maladie que lorsqu'il y est contraint et que d'autres salariés dans cette situation depuis plusieurs années n'ont pas vu leurs contrats de travail rompus. A l'appui de cette allégation, il donne pour exemples trois salariés de la plateforme de C, Messieurs F, G et H ayant des qualifications similaires aux réclamantes mais n'ayant pas été licenciés.
21. Le Défenseur des droits considère que, loin d'écartier la présomption de discrimination en l'espèce, cet argument démontre que les perturbations alléguées par l'entreprise pour justifier le licenciement des réclamantes ne sont pas imputables aux seules absences de ces dernières.
22. De plus, et principalement, il ressort de la motivation des courriers de licenciement elle-même que des solutions de remplacement temporaire avaient pu être trouvées pour pallier les absences des réclamantes.
23. Ainsi, un contrat à durée déterminée sans terme précis avait été conclu pour remplacer Madame Z sur une partie de ses fonctions (manutention) et des intérimaires étaient recrutés, en fonction de l'activité, sur l'autre partie de son poste et pour assurer le remplacement de Mesdames X et Y.
24. Les arguments développés par l'employeur dans les lettres de licenciement, au nombre de quatre, démontrent que les perturbations de l'entreprise sont liées aux solutions de remplacement temporaire choisies par la direction.
25. Ainsi, l'employeur expose de manière détaillée que le recours à l'intérim et aux contrats à durée déterminée pour remplacer les réclamantes :
 - pose des difficultés en termes d'organisation et de coûts, financier comme humain, pour gérer les embauches et renouvellements d'intérimaires. Selon l'employeur, cette gestion représenterait 4 heures de travail en moyenne chaque semaine qui ne serait pas utilisées par les personnes concernées à des tâches plus importantes pour la société (formation, encadrement...);

- entraîne des difficultés liées au recrutement et à la formation du personnel remplaçant dans la mesure où le poste d'expéditeur / agent de production nécessite une qualification technique spécifique ;
- a un impact négatif sur la production de la plateforme puisque l'arrivée d'un nouveau collaborateur en formation entraîne une baisse de la productivité (formation en binôme pendant une longue période) et surtout de la qualité de la production que les clients peuvent reprocher à la société. L'employeur liste à cet égard un certain nombre d'erreurs dans la production du fait du recours à l'intérim depuis 2009.
- dégrade le climat social dans l'entreprise, les partenaires sociaux dénonçant un taux de recours élevé à l'intérim.

26. Cependant, ce recours élevé à l'intérim dans la société ne semble pas totalement imputable aux absences des réclamantes.
27. En effet, d'une part, le recours au travail temporaire, de courte durée puisque renouvelé à la semaine, paraît être structurel, décidé en fonction de l'activité, tel un outil d'adaptation des effectifs aux flux variables de production de l'entreprise.
28. Ceci ressort notamment de la pièce n°6 transmise aux services du Défenseur des droits par la société dans son courrier du 25 juin 2015. Dans ce document intitulé « *Descriptif de fonctionnement et de l'organisation de la plateforme de C* », l'employeur indique clairement que « *Les variations de volume [de production] pouvant aller jusqu'à 145%, nous faisons appel à du personnel intérimaire de sorte d'épauler l'équipe Adans l'exécution de son programme de production* ».
29. D'autre part et surtout, l'employeur ne justifie pas avoir recherché des solutions de remplacement plus pérennes que des missions d'intérim de courte durée, telles que la conclusion de contrats à durée déterminée sans terme précis, alors même que les arrêts maladie des réclamantes n'étaient pas renouvelés à la semaine mais pour des périodes beaucoup plus importantes (de un mois à un an pour l'une des salariés en invalidité).
30. La conclusion de tels contrats à durée déterminée sans terme précis permet pourtant d'assurer le remplacement par une même personne, et donc une collaboration soutenue et régulière, pendant toute la durée de l'absence du salarié malade. Ainsi, elle aurait pu éviter ou, à tout le moins, réduire les difficultés dénoncées par l'employeur dans les courriers de licenciement liées, notamment, à la gestion des missions d'intérim à la semaine et à la formation des personnels remplaçants.
31. Le choix d'utiliser l'intérim de courte durée, voire très courte durée, comme mode de gestion des arrêts de travail ne paraît pas pouvoir être opposé par l'employeur pour établir l'existence de graves perturbations dans le fonctionnement de la société imputables aux absences des réclamantes.
32. L'employeur explique d'ailleurs, dans son courrier au Défenseur des droits du 19 novembre 2015, que l'embauche en contrat à durée déterminée s'avérait difficile pour la société notamment parce qu'il « *n'a aucun service de recrutement interne et doit donc externaliser tous ses recrutements* » et qu'il venait « *de signer avec deux sociétés de travail temporaire un accord cadre* ».
33. Ainsi, l'absence de solutions pérennes de remplacement paraît bien davantage liée aux choix de gestion du personnel faits par l'employeur qu'à une impossibilité réelle de trouver de telles solutions.

34. L'employeur indique à cet égard qu'il « *n'appartient pas au Défenseur des droits de décider en lieu et place de l'employeur des solutions de remplacement à privilégier* » et insiste sur le fait que l'employeur est libre dans ses choix de gestion de l'entreprise « *qu'il n'appartient ni au juge ni à aucune autre autorité de contrôler* ».
35. Toutefois, par principe, si l'employeur bénéficie d'un large pouvoir d'organisation et de gestion de son entreprise, ce pouvoir est limité par l'abus de droit. Le fait que les choix de l'entreprise constituent ou génèrent des discriminations en est sans conteste un.

S'agissant de la réalité du remplacement définitif des réclamantes :

36. Au-delà de la preuve du trouble objectif généré par les absences du salarié malade, ce qui ne paraît pas établi en l'espèce au vu de ce qui précède, la jurisprudence impose l'embauche d'un nouveau salarié sous contrat à durée indéterminée pour remplacer le salarié licencié (*Cass.soc, 18 octobre 2007, n° 06-44251*).
37. En l'espèce, l'employeur produit trois contrats à durée indéterminée conclus au mois de septembre 2014 avec Madame I et Messieurs J et K.
38. Cependant, aucun élément ne permet d'établir que ces contrats avaient spécifiquement pour objet le remplacement des réclamantes licenciées.
39. En effet, la société n'a pas transmis les éléments sollicités par le Défenseur des droits visant à vérifier l'évolution de ses effectifs. Notamment, elle n'a fourni que les organigrammes en vigueur en janvier 2015, donc postérieurs de plusieurs mois aux licenciements contestés, et non ceux correspondant à l'organisation de l'entreprise antérieurement. Les documents fournis ne permettent ainsi pas de vérifier la stabilité de l'effectif avant et après les ruptures des contrats des réclamantes.
40. De plus, l'un des contrats à durée indéterminée communiqués par l'employeur, celui de Madame I, concerne un poste d'agent de production sur la plateforme de D.
41. Or, bien que l'employeur soutienne dans son courrier du 25 juin 2015 que les deux plateformes, C et D, « *préparent des affiches à destination de toutes nos agences de France* » et que les flux de production sont répartis entre elles et ajustés constamment, la pièce n°6 jointe à ce même courrier indique quant à elle que le secteur de distribution de la plateforme de C « *est restreint aux régions IDF/NORD et GRAND OUEST* ».
42. Ceci peut laisser penser que les productions de la plateforme de C et de D sont destinées à des secteurs géographiques bien précis. Si tel est bien le cas, et le doute est permis compte tenu des contradictions apparentes entre le courrier d'explication adressé au Défenseur des droits et les pièces l'accompagnant, un recrutement sur D ne peut valablement servir à remplacer une salariée affectée sur C.

43. Enfin, le Défenseur des droits relève que les organigrammes de janvier 2015 communiqués par la société indiquent que Monsieur J est en réalité affecté au service réception et non, comme les réclamantes aux ateliers 2m2 ou 8m2, et que Monsieur K comme Madame I ne figurent tout simplement pas sur cet organigramme.
44. L'employeur ne semble dans ces conditions pas établir la réalité des remplacements définitifs des trois réclamantes.

Sur les autres éléments de présomption de discrimination :

45. Plusieurs autres éléments du dossier pourraient être analysés comme confirmant le caractère discriminatoire des ruptures des contrats de travail de Mesdames X, Y et Z.
46. Ainsi, dans son courrier de réponse au Défenseur des droits du 19 novembre 2015, l'employeur explique que les accusations des salariés sont incompréhensibles pour lui dans la mesure où deux d'entre elles étaient en invalidité catégorie 2 « *soit dans un état de santé incompatibles avec l'exercice d'une activité professionnelle* » et qu'il « *ne saurait donc y avoir une quelconque discrimination dans le traitement de salariées incapables de reprendre une activité professionnelle* ».
47. Or, invalidité et aptitude au poste de travail sont deux notions distinctes, la première relevant du droit de la sécurité sociale, la seconde du droit du travail. Le classement en invalidité, y compris de deuxième catégorie, ne fait pas échec aux règles régissant l'aptitude au poste d'un salarié dont l'appréciation relève, selon le code du travail, du seul médecin du travail. En d'autres termes, le classement en invalidité par la sécurité sociale n'a pas d'incidence directe sur le contrat de travail, un salarié invalide pouvant être considéré apte à occuper son poste ou une partie de son poste. D'ailleurs, les revenus du travail se cumulent, dans certaines limites, avec les pensions d'invalidité.
48. Il apparaît que la gestion de la capacité, physique ou mentale, d'un salarié à occuper ses fonctions doit se faire au travers des règles régissant l'appréciation de l'aptitude ou de l'inaptitude d'un salarié à son poste et non au travers de celles qui autorisent le licenciement d'un salarié malade absent de manière prolongée. Utiliser cette possibilité, d'origine prétorienne, de rompre le contrat de travail lorsque l'on soupçonne qu'un salarié est inapte à son poste constitue un détournement manifeste de la procédure de licenciement pour inaptitude, procédure plus favorable au salarié puisqu'impliquant une obligation très étendue de reclassement.
49. L'argumentaire développé par l'employeur laisse clairement supposer que c'est la situation d'invalidité des réclamantes qui est à l'origine du déclenchement des procédures de licenciement et non leur absence prolongée.
50. Par ailleurs, le Défenseur des droits relève la concomitance du déclenchement des procédures de licenciement à l'encontre des trois réclamantes en arrêt maladie de longue durée, la stricte similitude des courriers qui leur ont été adressés dans ce cadre et l'absence totale d'individualisation des motivations des lettres de licenciement.
51. Ces éléments pourraient laisser supposer une volonté réelle de l'employeur de se séparer des personnes absentes pour cause de maladie, d'autant que la société n'a pas souhaité communiquer au Défenseur des droits, comme elle y était invitée, la liste des salariés licenciés de juillet à décembre 2014 avec les motifs des ruptures correspondantes afin de vérifier si les réclamantes étaient seules concernées par cette « vague » de licenciements.

52. De plus, par courriers en date de 18 juillet 2014, les salariées étaient mises en demeure de reprendre le travail dans les termes suivants : « *Votre absence de longue durée perturbe le fonctionnement de la Plate-forme et de la société en général. Aussi, nous vous mettons en demeure de bien vouloir reprendre le travail sous huitaine à compter de la première présentation dudit courrier. A défaut de retour de votre part, nous serons contraints de prendre les décisions qui s'imposent* ».
53. L'employeur justifie l'envoi de ces mises en demeure par le fait qu'elle soit « *imposée par l'article 25 3° de la convention collective nationale de la publicité* » laquelle prévoit que « *si, à dater de l'expiration des périodes donnant lieu à versement des indemnités complémentaires par l'employeur, l'absence du salarié se prolongeait et amenait l'employeur à embaucher un remplaçant, après une mise en demeure de reprise du travail, sous préavis de huit jours, adressée par lettre recommandée avec accusé de réception et restée sans effet, pourra se prévaloir de la rupture du contrat de travail* ».
54. Or, en droit français, la mise en demeure est l'acte par lequel un créancier demande à son débiteur d'exécuter les obligations qui lui incombent.
55. Le fait pour un salarié de ne pas fournir sa prestation de travail peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles qui découlent de son contrat de travail mais uniquement si cette absence de fourniture de travail n'est pas liée à un motif légitime.
56. Une absence pour cause de maladie, régulièrement justifiée par un arrêt de travail établi par un médecin, est évidemment un motif légitime de non-fourniture de la prestation de travail.
57. Si l'employeur soupçonne une fraude à cet égard, des moyens de vérification de la régularité des arrêts maladie sont légalement prévus.
58. En l'espèce, l'entreprise n'était pas autorisée à mettre en demeure les salariées de reprendre leur activité professionnelle alors même qu'à la date précise de ces mises en demeure, le 18 juillet 2014, elles étaient toutes en arrêt de travail régulièrement justifié et que l'employeur n'avait initié aucune démarche pour faire contrôler la légitimité de ces arrêts.
59. Ces mises en demeure sont de nature à faire naître une suspicion illégitime de fraude à l'égard des salariées malades, ce que le Défenseur des droits ne peut, si tel est bien le cas, que dénoncer fortement.
60. Les dispositions de la convention collective nationale applicable au cas d'espèce apparaissent dans ces conditions totalement illégales et obsolètes puisque rédigées à une époque où la poursuite d'un arrêt de travail au-delà de la période dite de protection s'analysait en une démission.
61. Enfin, certaines formulations utilisées dans les courriers de licenciement des réclamantes paraissent inappropriées dans le cadre d'une procédure de rupture de contrat d'un salarié en raison de la désorganisation induite par ses absences maladie et, non, pour des faits fautifs.
62. En effet, l'employeur justifie les licenciements par le fait, notamment, que les absences des salariées imposaient de recourir à l'intérim et engendraient ainsi « *un réel préjudice sur les relations sociales ce qui n'est pas tolérable* ». Rendre responsables des salariés malades d'un climat social dégradé est un reproche tout à fait injustifié, voire vexatoire, directement lié à leur état de santé.

63. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Constate que les licenciements de Mesdames X, Y et Z sont liés à leur état de santé et leur handicap, constituent dès lors une discrimination prohibée et encourent à ce titre la nullité, conformément aux articles L.1132-1 et L.1132-4 du code du travail ;
- Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de B et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du Conseil de prud'hommes de B.

Jacques TOUBON