

## Délibération n° 2009-288 du 29 juin 2009

### ***Grève / Congé supplémentaire d'assiduité / Emploi privé / Observations***

*Les modalités d'attribution du congé supplémentaire d'assiduité, instituées par un accord d'entreprise, revêtent un caractère discriminatoire notamment en raison de l'exercice normal du droit de grève dès lors que toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif par le Code du travail et la jurisprudence n'entraînent pas les mêmes conséquences sur l'attribution dudit congé.*

Le Collège :

Vu la directive 76/207/CEE du 9 février 1976, telle que modifiée la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 ;

Vu la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 ;

Vu la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 ;

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 22 janvier 2009 par Monsieur X, salarié de l'entreprise A, d'une réclamation relative aux conditions et modalités d'attribution concernant le congé supplémentaire d'assiduité.

Monsieur X a saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande tendant à obtenir de son employeur l'octroi de 5 jours au titre du congé supplémentaire d'assiduité.

Par jugement en date du 12 novembre 2008, le Conseil de prud'hommes a constaté la nullité des dispositions appliquées par la société A et l'a condamnée à faire bénéficier Monsieur X du congé précité.

L'employeur ayant interjeté appel de cette décision, Monsieur X a saisi la HALDE afin d'expertiser les dispositions litigieuses au regard du principe de non-discrimination.

La société A attribue à tout salarié n'ayant eu aucune absence pendant un trimestre, un jour de congé supplémentaire par trimestre, pris le mois suivant chaque trimestre d'acquisition, par application de l'article 5 de l'accord d'entreprise de 1976 repris par un règlement du 14 avril

1976 concernant « *la journée supplémentaire de congé payé pour les personnes pouvant justifier d'aucune absence* ».

Certains salariés se sont vus refuser l'octroi de ce congé au motif qu'ils s'étaient absentés pour cause de grève et que la grève ne constituait pas l'un des cas d'absence limitativement énuméré par les textes précités.

Selon ces textes, ne sont pas considérés comme des absences :

- les congés payés,
- les congés mère de famille, correspondant aux retards dans le cadre d'un maximum d'une heure par mois,
- les absences en cas d'hospitalisation d'un enfant ou du conjoint.

En revanche, la maladie, les motifs personnels quels qu'ils soient, sont décomptés comme des absences entraînant la suppression du congé supplémentaire d'assiduité.

Il ressort d'une jurisprudence constante que si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour l'attribution d'une prime destinée à récompenser l'assiduité, c'est à la condition que toutes les absences, autorisées ou non, entraînent les mêmes conséquences.

La Cour de cassation a admis que seules les absences légalement assimilées à du temps de travail effectif sont considérées comme temps de présence (congés payés, repos compensateurs, formations professionnelles, accidents du travail, heures de délégations des représentants du personnel, congés de maternité ou d'adoption).

Le Collège de la haute autorité a décidé, dans une délibération n° 2008-22 du 11 février 2008, qu'un accord d'entreprise instituant une prime d'assiduité revêtait un caractère discriminatoire dès lors que toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif par le Code du travail et la jurisprudence n'entraînent pas les mêmes conséquences sur l'attribution de la prime.

En l'espèce, l'accord d'entreprise de 1976 et le règlement appliqués par la société A retiennent comme absence la maladie, alors qu'ils consacrent comme temps de présence des absences d'origine conventionnelle (congés mère de famille, absence en cas d'hospitalisation d'un enfant ou du conjoint).

Or, les congés mère de famille tels que définis par l'entreprise, ainsi que les absences en cas d'hospitalisation ne sont pas assimilés à du temps de travail effectif par les articles L. 3142-1 et L. 3141-5 du Code du travail (anciens L.226-1 et L. 223-4).

D'autre part, en vertu des dispositions de l'article L. 2511-1 du Code du travail (ancien L. 521-1), l'exercice du droit de grève ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire, notamment en matière de rémunération et d'avantages sociaux.

L'article L. 1132-2 du Code du travail précise également qu' « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève, de l'état de santé, du sexe ou de la situation de famille* ».

En conséquence, les modalités d'attribution du congé supplémentaire d'assiduité en vigueur au sein de l'entreprise A entraînent une discrimination notamment en raison de la participation à un mouvement de grève.

Le Collège de la haute autorité décide, conformément à l'article 13 de la loi portant création de la haute autorité, de présenter ses observations devant la Cour d'appel.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER