

Paris, le 16 janvier 2017

---

**Décision du Défenseur des droits n°2017-016**

---

**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 ;

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.

---

Saisi par Monsieur X qui s'estime victime d'un licenciement discriminatoire en raison de son état de santé et/ou de son handicap,

Décide de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes de Z.

**Jacques TOUBON**

## Observations dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le 16 décembre 2015, le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X, d'une réclamation relative à son licenciement qu'il estime discriminatoire en raison de son état de santé et/ou de son handicap.

### RAPPEL DES FAITS ET ENQUETE :

1. Le 31 janvier 2012, le réclamant est embauché, sous contrat à durée indéterminée, en qualité d'ingénieur commercial en charge des ventes indirectes, par la société Y.
2. Le 15 janvier 2015, il est victime d'un grave accident de ski qui le contraint à être placé en arrêt maladie du 17 janvier 2015 au 31 août 2015 avec d'importantes séquelles et à être suivi pendant cette période dans un centre spécialisé de rééducation.
3. De février à avril 2015, le réclamant informe régulièrement son employeur de l'évolution de son état de santé et de sa volonté de reprendre le travail.
4. Le 16 juin 2015, après 4 mois intensifs de rééducation, il informe par courriel, Monsieur A, directeur des ventes indirectes (N+2), d'une évolution positive de son état de santé, constatée par son médecin traitant, et souhaite évoquer les conditions de sa reprise.
5. Le 18 juin 2015, il adresse à Messieurs A et B (N+1), les coordonnées du médecin qui le suit dans le centre de rééducation et précise avoir contacté la médecine du travail pour un entretien de pré-reprise.
6. Le 30 juin 2015, il précise par courriel aux mêmes destinataires qu'il a fixé un rendez-vous avec la médecine du travail, le 16 juillet 2015, et avec un ergonome, le 6 juillet, pour prévoir les aménagements nécessaires à sa reprise.
7. Le 6 juillet 2015, il informe, par courriel, sa hiérarchie, des termes de son rendez-vous avec une représentante de L'ADAPT (L'association pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées), Madame C et avec l'ergonome, à qui il aurait communiqué les coordonnées de la société et notamment de Madame D, chargée de mission handicap au sein de l'entreprise.
8. Le lendemain, le 7 juillet 2015, il est convoqué à un entretien préalable à licenciement, fixé au 20 juillet 2015.
9. Le 10 juillet 2015, Monsieur X adresse un courriel à sa hiérarchie en indiquant qu'il peut reprendre dès septembre 2015 et les informe également qu'il rencontre le médecin du travail le 16 juillet 2015 pour la visite de pré-reprise « *comme prévu* ».
10. Le 16 juillet 2015, le réclamant se rend à sa visite de pré-reprise avec le médecin du travail, Madame E. Lors de cette visite, elle lui indique qu'il pourrait être apte à reprendre son poste mais en temps partiel thérapeutique avec une reprise progressive des dossiers.
11. Le 17 juillet 2015, le médecin du travail aurait pris contact téléphoniquement avec le DRH de l'entreprise, Monsieur F, afin d'évoquer la situation de Monsieur X et notamment le fait qu'il a une reconnaissance de travailleur handicapé en cours.

12. Le 21 juillet 2015, la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées décide du maintien dans l'emploi du réclamant à un poste adapté et de sa reconnaissance en qualité de travailleur handicapé.
13. Le 24 juillet, Monsieur X en informe son employeur.
14. Le même jour, il se voit notifier son licenciement pour: « *Absence prolongée perturbant gravement le fonctionnement de l'entreprise de sorte que nous sommes contraints de constater la nécessité impérative de procéder à votre remplacement de façon définitive* ».
15. Monsieur X saisit le conseil de prud'hommes de Z en demandant réparation de son licenciement qu'il estime discriminatoire et donc nul. L'audience en bureau de jugement est fixée au 20 février 2017.
16. Au vu des éléments communiqués par le réclamant, le 21 mars 2016, un courrier d'instruction est adressé à la société Y afin de demander des explications sur les faits de discrimination allégués, et la communication de documents, auquel la société répond le 14 avril 2016.
17. S'estimant en présence d'une présomption de discrimination, le Défenseur des droits adresse une note récapitulative à la société Y, le 25 mai 2016, reprenant son analyse de fait et de droit de la situation, à laquelle elle répond par courrier du 30 juin 2016.

#### **ANALYSE JURIDIQUE**

18. 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.
19. 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*)).
20. 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.
21. Cette double condition s'apprécie au jour où la décision de rompre le contrat de travail est prise par l'employeur, de sorte qu'est abusif, le licenciement prononcé à un moment où le salarié était apte à reprendre le travail et où, par conséquent, son remplacement n'était plus nécessaire (*Cass. soc., 30 mai 2007, n° 06-42.796*).
22. La Cour de cassation considère cependant que le simple fait que l'une des deux conditions précitées ne soit pas 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*).

23. 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 prises sont en réalité justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
24. 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 pas réunis dans la situation de Monsieur X.
25. En effet, l'employeur ne démontre ni la gravité des perturbations générées par l'absence prolongée de Monsieur X, ni la nécessité et la réalité de son remplacement définitif. De surcroît, d'autres éléments du dossier paraissent de nature à confirmer la présomption de discrimination en raison de l'état de santé et du handicap du réclamant.
- **S'agissant de la gravité des perturbations générées par l'absence prolongée du réclamant :**
26. Dans son courrier du 14 avril 2016, la société Y indique que Monsieur B, responsable du service ventes indirectes, a été contraint de prendre en charge le travail du réclamant, au détriment de ses propres fonctions, ce qui aurait eu des conséquences directes sur les résultats dudit service et notamment aurait entraîné une baisse du chiffre d'affaires.
27. Au regard des tableaux communiqués dans le cadre de l'enquête, la société indique que l'activité globale ventes indirectes a sensiblement reculé de janvier à décembre 2015 passant d'un chiffre d'affaire total de 3.557.449 € pour l'année 2014 à 3.286.276 k € pour l'année 2015.
28. Cependant, cette baisse de chiffre d'affaires n'apparaît pas substantielle et ne saurait être regardée comme un élément suffisant venant justifier la perturbation alléguée ayant conduit au licenciement de Monsieur X.
29. De plus, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser qu'il n'est pas possible d'imputer une diminution du chiffre d'affaires ou une chute des ventes sur un secteur à la seule absence du salarié concerné (*Cass. Soc ; 9 juin 2010, n°09-40203*).
30. En outre, si les éléments communiqués par la société Y établissent une certaine fragilisation de l'organisation du service ventes indirectes sur le premier semestre de l'année 2015, elle n'apparaît pas exclusivement liée aux absences du réclamant.
31. En effet :
- Monsieur G, occupant le même poste que le réclamant, affecté au secteur Ile de France/Sud-Ouest, démissionne le 29 mai 2015, laissant son secteur d'activité vacant jusqu'en septembre 2015.
  - Madame H, commercial sédentaire, en congé maternité anticipé le 9 avril 2015, laisse également son secteur vacant pendant deux mois jusqu'à son remplacement le 1<sup>er</sup> juin 2015.
  - Le compte rendu de l'entretien préalable à licenciement du réclamant dressé par Madame W, déléguée du personnel, indique « *4 commerciaux sur 9 présents dont une personne en congé maternité. Le manager a un surcroît d'activité important* »

32. Concernant la désorganisation globale du service due à une situation de sous-effectifs, la société explique qu'il convient de distinguer 3 catégories d'emploi au sein du service de ventes indirectes : les business développeurs, les ingénieurs commerciaux et les commerciaux sédentaires.
33. Elle précise ensuite que Madame H, partie en congé maternité le 9 avril 2015 et remplacée par Monsieur I le 1<sup>er</sup> juin 2015, est une commerciale sédentaire ; poste pour lequel les conditions de remplacement sont beaucoup plus faciles à mettre en œuvre que pour un commercial de terrain.
34. Toutefois, force est de constater que la perturbation du service alléguée par la société découle nécessairement de plusieurs départs de salariés (démissions ou arrêts) sur une courte période, entre avril et septembre 2015, puisque cette équipe a dû continuer à fonctionner sans la moitié de ses effectifs, et cela peu importe la nature de leurs postes.
35. L'absence prolongée de Monsieur X ne saurait donc être regardée par la société comme la cause de cette désorganisation ; désorganisation qui n'est par ailleurs pas établie comme cela a été expliqué précédemment notamment en termes de baisse conséquente de chiffres d'affaires.
36. Si les éléments du dossier démontrent que la période de janvier à août 2015 a été délicate pour l'équipe ventes indirectes et notamment en termes de charge de travail pour Monsieur B, plusieurs courriels établissent cependant que l'activité a été maintenue et les objectifs des salariés réalisés.
37. En tout état de cause, le licenciement d'un salarié dont les absences perturbent le fonctionnement de l'entreprise, n'est autorisé que lorsque la situation objective de l'entreprise elle-même le justifie, et non pas seulement celle du service (Cass. Soc., 13 mai 2015, n°13-21.026).
38. Au vu des éléments du dossier et notamment du rapport d'activité présenté en juin 2015, Il apparaît, au contraire, que le chiffre d'affaire de la société en juin 2015 (240 968 €) est supérieur à celui constaté en janvier 2015 (240 505 €).
39. La société Y n'apporte donc pas suffisamment d'éléments justifiant la désorganisation de l'entreprise nécessitant le remplacement définitif du réclamant et par conséquent son licenciement.

- **Sur la nécessité du remplacement définitif du réclamant du fait de ses absences répétées**

40. En réponse au courrier du Défenseur des droits, la société Y indique l'impossibilité, compte tenu de la spécificité du poste d'ingénieur commercial ventes indirectes du réclamant, d'avoir recours à son remplacement temporaire en externe, dès lors que sa fonction nécessite une formation de 4 mois minimum pour être opérationnel.
41. La société ajoute qu'un remplacement temporaire interne n'est également pas envisageable dès lors que ses collègues de travail occupant le même poste sont chacun circonscrits à un périmètre géographique important. Monsieur B, responsable du service ventes indirectes, se serait ainsi efforcé de pallier les absences du réclamant.
42. Cette impossibilité de pourvoir provisoirement aux absences de Monsieur X a ainsi contraint la société à embaucher, le 1<sup>er</sup> septembre 2015, un salarié en contrat à durée indéterminée, Monsieur J.
43. Or, il ressort des éléments communiqués par la société Y qu'une ré-affectation temporaire en interne des missions du réclamant n'apparaissait pas inenvisageable, dès lors qu'une

réorganisation globale du service VI, en termes de répartition des secteurs géographiques et des partenaires, est mise en œuvre à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2015.

44. La société n'a pas envisagé d'autres possibilités que le remplacement définitif du réclamant et donc son licenciement.
45. Or, au regard des tableaux communiqués par la société, la situation du service VI au 1<sup>er</sup> juillet 2015 laisse apparaître la présence de 4 ingénieurs commerciaux en charge de zones géographiques précises : Monsieur G (IDF + Sud Ouest), Monsieur K (Sud Est), Monsieur L (Nord Est) et Monsieur X (Nord Ouest).
46. Au 1<sup>er</sup> septembre 2015 au moment de la réorganisation, il existe au sein du service VI non plus 4 ingénieurs commerciaux mais 6 aux zones géographiques modifiées : Monsieur M (IDF) recruté en interne en remplacement de Monsieur G, Monsieur K (Sud Est) qui conserve son portefeuille, Monsieur L (Bourgogne), Monsieur J (Nord-Ouest), Madame N (Nord) et Monsieur O (National).
47. Force est de constater à la lecture de ces tableaux que la réorganisation du service VI ainsi envisagée en septembre 2015 aurait permis de pallier l'absence de Monsieur X par une répartition de ses dossiers sur les salariés déjà présents à l'effectif.
48. Ainsi, Monsieur L a vu l'animation de son portefeuille fortement diminuée puisqu'il passe de la région Nord Est à la Bourgogne et de l'animation de 20 à 1 partenaire entre juillet et septembre 2015. La société aurait ainsi pu confier l'animation des partenaires de Monsieur X à Monsieur L et cela jusqu'à sa reprise.
49. Ainsi, l'absence de solutions pérennes de remplacement paraît davantage liée aux choix de gestion du personnel faits par l'employeur qu'à une impossibilité réelle de trouver de telles solutions.
50. Si par principe, 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.
51. Or, en l'espèce, l'employeur aurait pu tenter de trouver une solution de répartition du travail permettant de pallier à l'absence de Monsieur X, ce qui n'a pas été le cas.
52. Dans ces conditions, la société n'établit pas la réalité de la nécessité de remplacer définitivement le réclamant.

- **Sur les autres éléments de présomption de discrimination :**

53. Plusieurs autres éléments du dossier pourraient être analysés comme confirmant le caractère discriminatoire de la rupture du contrat de travail de Monsieur X en raison de sa maladie et de son statut de travailleur handicapé.
54. En effet, comme le relève la société dans son courrier de réponse au Défenseur des droits du 30 juin 2016, la chambre sociale par son arrêt du 27 janvier 2016 est venue préciser que lorsque les conditions jurisprudentielles requises précitées (désorganisation, remplacement définitif) ne sont pas réunies, le licenciement n'est pas automatiquement discriminatoire.

55. Il convient de démontrer qu'il existe des éléments dans le dossier de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination.
56. En d'autres termes, il convient de démontrer que la volonté de la société de licencier Monsieur X est en lien avec son état de santé et/ou son handicap.
57. Or, en l'espèce, la chronologie des évènements démontre que lorsque la société est informée de l'évolution de l'état de santé de Monsieur X, de sa reprise prochaine dans des conditions aménagées puis de son statut de travailleur handicapé, elle décide de rompre son contrat de travail.
58. En effet, il ressort des éléments communiqués dans le cadre de l'enquête du Défenseur des droits que le réclamant n'a de cesse, entre février et juillet 2015, de communiquer avec ses supérieurs hiérarchiques par courriel pour leur faire part de l'éventualité de sa reprise, de ses multiples démarches auprès de la médecine du travail, de L'ADAPT et de l'ergonome.
59. Il leur communique également les coordonnées de ces divers organismes afin que la société l'accompagne dans cette reprise faisant état à plusieurs reprises de son importante motivation pour revenir dans l'entreprise.
60. Ainsi, le 6 juillet 2015, alors qu'il informe Monsieur B et Monsieur A, ses supérieurs hiérarchiques, de son rendez-vous avec L'ADAPT et qu'il précise se retrouver en situation de handicap temporaire, il ne reçoit pour seule réponse qu'une convocation à entretien préalable à licenciement le lendemain, soit le 7 juillet 2015.
61. Ensuite, alors que le 17 juillet 2015, suite à sa visite de pré-reprise, le médecin du travail prend contact avec le DRH de l'entreprise afin d'évoquer sa situation et de l'informer du handicap du réclamant ; aucune suite n'est donnée à cet échange.
62. Par la suite, alors que son employeur doit rencontrer Madame C de L'ADAPT en présence du réclamant le 21 juillet pour envisager sa reprise, Monsieur B lui répond qu'il ne peut venir accompagné de cette dernière car il s'agit d'un entretien préalable à licenciement, ce qui montre le manque de compréhension et d'intérêt de celui-ci dans les démarches de reprise du réclamant.
63. A aucun moment pendant cette période, l'employeur ne manifeste sa volonté d'accompagner le réclamant dans sa recherche de solutions de reprise de travail, en coordination avec les différents acteurs saisis (médecin du travail, L'ADAPT, ergonome), afin de le maintenir dans l'emploi.
64. Dans le cadre de l'instruction menée par le Défenseur des droits, la société Y indique que les informations communiquées par Monsieur X au cours de son arrêt de travail ne lui permettaient pas d'avoir une réelle visibilité sur sa date de retour.
65. La société Y mentionne des courriels du réclamant dans lesquels il informe sa hiérarchie de sa volonté de reprendre son poste en mai 2015 puis fin juin puis finalement en septembre/octobre 2015.

66. La société Y ajoute qu'elle n'était pas à l'initiative de la visite de pré-reprise organisée le 16 juillet 2015 avec la médecine du travail et ne pas avoir eu connaissance des observations rendues à cette occasion avant le licenciement.
67. Or, il ressort du dossier médical du réclamant transmis au Défenseur des droits une mention manuscrite du médecin du travail « *appel 17/07, Monsieur F échange handicap en cours/salarié protégé* ».
68. La société ne peut donc prétendre n'avoir eu aucun retour du médecin du travail sur cette visite de pré-reprise puisque le DRH de la société, Monsieur F, s'est justement entretenu avec ce dernier par téléphone sur la situation de Monsieur X.
69. Il ressort également des éléments du dossier, et notamment des correspondances échangées entre les parties, que la société Y a été informée du souhait du réclamant de reprendre son poste, puis de l'avis des médecins préconisant la poursuite des soins afin d'envisager une reprise en septembre avec un aménagement de poste.
70. Si ces différents courriels ne permettent pas de déterminer la date exacte de reprise du réclamant, ils laissent entendre la possibilité d'une reprise de travail pour septembre/octobre 2015.
71. En dépit de ces éléments, la société mise en cause décide de poursuivre la procédure de licenciement à l'encontre du réclamant, laissant ainsi présumer que son état de santé est en réalité à l'origine de son licenciement.
72. Les éléments du dossier laissent à penser que la société ne souhaitait pas poursuivre le lien contractuel avec le réclamant, consciente des difficultés que ce dernier aurait à reprendre son poste dans des conditions similaires et des démarches d'aménagement et d'adaptation que cela lui demanderait.
73. C'est ainsi que le 21 juillet 2015, Monsieur X se voit reconnaître la qualité de travailleur handicapé, par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées.
74. Par courriel du 23 juillet 2015, Monsieur P, ergonomiste, communique au réclamant la décision de reconnaissance de sa qualité de travailleur handicapé et indique « *Madame D de la mission handicap de la société Y m'a enfin rappelé ce jour : elle dit qu'elle a entendu parler de la situation sans rentrer dans les détails et qu'il a été décidé de restructurer ce service « déficitaire » ; elle va évoquer la situation avec la DRH et nous tient informé ; elle ne sait pas si la décision est prise ou pas (...) Elle me demande de lui transmettre au plus vite la notification MDPH : Mr X, pouvez-vous lui transmettre ce jour ?* ».
75. Le 24 juillet 2015 à 9h39, Monsieur X adresse alors à Madame D de la mission handicap de la société Y sa RQTH en lui précisant qu'il souhaiterait vivement qu'elle puisse faire en sorte de suspendre ou d'arrêter la procédure de licenciement ; puis à 9h52, il adresse également à Monsieur A sa reconnaissance de travailleur handicapé.
76. Le même jour, la lettre de licenciement est envoyée au réclamant.



77. La société Y indique ne pas avoir eu connaissance de la reconnaissance de travailleur handicapé du réclamant avant l'envoi de la lettre de licenciement.
78. Toutefois, au vu des éléments précités et notamment au regard du fait que Madame D semble avoir été informée par l'ergonome, le 23 juillet 2015, soit la veille de l'envoi de la lettre de licenciement (cachet de la poste faisant foi), de la RQTH du réclamant, en précisant qu'elle allait évoquer sa situation avec la DRH laisse à penser que la société était informée du statut de travailleur handicapé de Monsieur X au moment où elle décide de poursuivre la procédure de licenciement.
79. Or, les dispositions de l'article L.5213-6 du code du travail prévoient que l'employeur doit mettre en œuvre des mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés d'être maintenus dans leur emploi ou un emploi correspondant à leur qualification ; si besoin par le biais de formations. Cet article précise également que le refus de prendre des mesures peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 du code précité.
80. De plus, il ressort d'un accord d'entreprise en faveur de l'emploi des personnes handicapées signé par Monsieur R, DG délégué de la société Y, le 12 février 2015, que « *l'entreprise s'engage à mettre en œuvre tous les moyens appropriés pour maintenir en poste les salariés développant un handicap ou dont le handicap évolue, dans des activités correspondant à leurs aptitudes, capacités et compétences* ».
81. Si le Défenseur des droits encourage la mise en place de ce type de plan d'actions en faveur des personnes handicapées, il ne s'agit cependant pas que ces derniers restent de simples déclarations d'intention sans aucune mise en œuvre concrète.
82. Or, force est de constater qu'une fois informée de sa RQTH et de sa possible reprise pour le mois de septembre/octobre 2015, la direction de la société aurait pu à tout le moins prendre contact avec le réclamant afin d'envisager avec lui quel type de poste il aurait pu se voir attribuer dans le cadre de la réorganisation du service VI, compatible avec sa formation et ses compétences.
83. Or, la société Y, une fois informée du statut de Monsieur X et de ses conséquences sur ses obligations en matière de maintien dans l'emploi, décide immédiatement de procéder à son licenciement.
84. En conséquence, le Défenseur des droits considère que Monsieur X a fait l'objet d'un licenciement qui n'est pas justifié par la situation objective de l'entreprise dont la désorganisation a nécessité son remplacement définitif, mais par son état de santé et son handicap. Le licenciement du réclamant est donc discriminatoire et encourt la nullité.
85. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du conseil de prud'hommes de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la juridiction.

**Jacques TOUBON**