

Paris, le 14 mars 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-098

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 ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisi par Madame X, esthéticienne au sein de la société étrangère Y, qui s'estime victime d'un licenciement discriminatoire en raison de son état de santé,

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON

**Observations devant le Conseil de Prud'hommes de Z présentées
dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Madame X a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation s'estimant victime d'une discrimination en raison de son état de santé.
2. La réclamante est embauchée en CDI, à compter du 29 janvier 2004, en qualité d'esthéticienne au sein de l'établissement (salon de beauté et institut) de la société Y.
3. Madame X s'est expatriée pour venir travailler au sein de la société en France et a ainsi bénéficié d'un logement de fonction.
4. A compter du 1^{er} juillet 2008, elle se voit confier, en plus de ses fonctions d'esthéticienne, la mission de coordonner le personnel du salon, et se voit octroyer à ce titre une augmentation salariale.
5. Au cours de l'exécution de son contrat de travail, Madame X rencontre des difficultés de santé qu'elle estime en lien avec ses conditions de travail.
6. A compter de 2010, le médecin du travail rend ainsi plusieurs avis préconisant des restrictions dans l'exercice de ses fonctions (éviter mouvements de flexion ou torsion, port de charges lourdes).
7. Jusqu'au début de l'année 2013, le salon de beauté compte 3 esthéticiennes, dont Madame X.
8. A compter du 27 février 2013, suite au départ des deux autres salariées, Madame X se retrouve seule à gérer le salon.
9. Le 1^{er} mars 2013, une salariée est embauchée, Madame A, mais ne parlant que la langue de la société, elle ne peut pas répondre au téléphone, ni conseiller la clientèle. Madame X indique alors accumuler les heures supplémentaires pour pallier ce manque d'effectifs.
10. La réclamante précise que c'est dans ce contexte d'épuisement professionnel qu'elle est victime d'une grave chute dans les escaliers, le 30 mars 2013. Elle est arrêtée jusqu'au 3 mai 2013.
11. Le 15 avril 2013, la CPAM reconnaît le caractère professionnel de l'accident du 30 mars.
12. Le 17 mai 2013, lors d'une visite de reprise organisée à sa demande, le médecin du travail rend un avis concluant à une « *contre-indication temporaire à la reprise* ».
13. Le médecin traitant de la réclamante l'arrête alors suite à une rechute de son accident du travail.
14. Madame X indique que pendant son arrêt de travail, Madame B, directrice de l'institut, continue de l'appeler fréquemment et lui demande de venir sur son lieu de travail, le 3 juin, pour qu'elle lui explique le fonctionnement du logiciel.

15. De plus, toujours pendant son arrêt de travail, Madame X est convoquée à un entretien préalable à licenciement, le 20 août 2013, entretien fixé au 29 août.
16. Lors de l'entretien préalable du 29 août 2013, Monsieur C, Directeur général, l'interroge sur son état de santé et sur sa date de reprise.
17. Par courrier reçu le 21 novembre 2013, la CPAM informe la réclamante que la date de consolidation de ses lésions suite à son accident du travail est fixée au 15 décembre 2013.
18. Toutefois, à sa reprise de travail, le 14 novembre 2013, le médecin du travail rend un avis en ces termes « *apte à la reprise avec aménagement de poste. A revoir dans 1 mois. Eviter la station debout prolongée ; éviter les mouvements de flexion en avant ; éviter le port de charges* ».
19. Le lendemain, soit le 15 novembre 2013, Madame X se voit notifier son licenciement pour « *absences prolongées et répétées qui perturbent gravement la bonne marche de l'entreprise* », lettre qui fait référence à l'entretien préalable du 29 août 2013.
20. La réclamante a alors saisi le Conseil de prud'hommes de Z d'une demande de dommages et intérêts en réparation du licenciement discriminatoire qu'elle estime avoir subi. Une audience en bureau de jugement a eu lieu le 29 octobre 2014, qui a donné lieu à un renvoi devant le juge départiteur.
21. En présence d'éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, le Défenseur des droits a adressé une note récapitulative à la société Y, le 3 juillet 2015, à laquelle elle a répondu par courrier accompagné de diverses pièces, le 23 juillet 2015.
22. Au terme de son enquête, le Défenseur des droits dans sa décision MLD n°2015-251 a considéré que la réclamante avait subi un licenciement discriminatoire en raison de son état de santé devant encourir la nullité. Il a ainsi décidé de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z.
23. Par jugement du 30 septembre 2016, le conseil de prud'hommes de Z en sa section de départage a relevé de la part de la société Y un détournement de procédure de la protection des accidentés du travail.
24. La décision du Conseil de prud'hommes précise également que Madame X présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination alors que la société ne démontre pas en réplique que sa décision est justifiée par des éléments objectifs.
25. Le Conseil de prud'hommes estime alors que le licenciement de Madame X est nul et ordonne sa réintégration. Il condamne ainsi la société à lui payer la somme de 104.448,68€ au titre des rappels de salaires.
26. La société interjette appel de cette décision et refuse d'exécuter le jugement notamment en procédant à la réintégration de Madame X.
27. La société saisit le premier Président de la Cour d'appel de Z en lui demandant de suspendre l'exécution du jugement au regard des conséquences manifestement excessives encourues.

28. Par une ordonnance de la Cour d'appel de Z du 14 décembre 2016, le Premier président rejette la demande de la société et lui ordonne de procéder à l'exécution du jugement rendu par le Conseil de prud'hommes et de réintégrer la réclamante.
29. Madame X est finalement réintégrée à son poste le 17 janvier 2017 après une période de dispense d'activité.
30. La société Y maintient cependant son appel de la décision du Conseil de prud'hommes de Z.

ANALYSE JURIDIQUE :

31. L'article L.1226-7 du code du travail indique que « *le contrat de travail du salarié victime d'un accident du travail, autre qu'un accident de trajet, ou d'une maladie professionnelle est suspendu pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par l'accident ou la maladie* ».
32. Les dispositions de l'article L.1226-9 du même code précisent qu'« *au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie* ».
33. Il a cependant été jugé que la nullité ne s'impose pas lorsque l'employeur engage la procédure avant la fin de la procédure de suspension du contrat (Cass. Soc ; 13 février 1996, n°92-42717 ; Cass. Soc ; 17 juin 2000, n°98-43197).
34. Toutefois, le Défenseur des droits considère qu'une analogie pourrait être effectuée avec la jurisprudence rendue en matière d'interdiction des mesures préparatoires au licenciement pendant la période de protection d'une salariée en congé maternité.
35. En effet, la Cour de cassation prohibe tous les actes préparatoires au licenciement de la salariée en congé maternité, dès lors que ces actes sont mis en œuvre durant la période de protection visée à l'article L.1225-4 du code du travail même si le licenciement est notifié postérieurement à cette période. (Cass. Soc., 15 septembre 2010, n°08-43299).
36. Il serait donc raisonnable de penser qu'un employeur ne puisse pas non plus procéder à des actes préparatoires au licenciement d'un salarié en période de suspension en raison d'un accident du travail.
37. En outre, les dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail indiquent qu'un salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de son état de santé.
38. L'article L.1132-4 du même code sanctionne par la nullité toute mesure contraire prise à l'encontre d'un salarié.
39. Si l'article L.1132-1 du Code du travail pose interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, 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., 21 septembre 2005, n°03-45.820 ; Cass. Soc, 13 juillet 2005, n°03-47.990 ; Cass. Soc, 5 mai 2009, n°07-45.713).

40. Il s'agit là de conditions cumulatives, l'employeur doit démontrer à la fois la perturbation engendrée par les absences du salarié et le fait que ces absences l'ont contraint à procéder à son remplacement définitif. A défaut, le licenciement est discriminatoire et donc nul. (Cass. Soc, 24 avril 2013, n°12-13959 ; Cass. Soc ; 29 mai 2013, n°12-15706). Cette jurisprudence de la Cour de cassation est constante.
41. Il ressort des éléments de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que la société Y a entamé la procédure de licenciement à l'encontre de Madame X, en août 2013, pendant une période d'interdiction de licenciement, car en période de suspension de son contrat de travail en accident du travail, conformément aux articles L.1226-7 et L.1226-9 du code du travail
42. La société a alors attendu la reprise du travail de la réclamante, marquée par sa visite avec le médecin du travail du 14 novembre 2013, pour lui notifier son licenciement le 15 novembre 2013.
43. La volonté de licencier Madame X, pendant la période de suspension et cela en raison de son absence suite à son accident de travail est donc établie, notamment par les termes du compte-rendu de l'entretien préalable du 29 août 2013.
44. En effet, il ressort des termes de l'entretien préalable : « *Monsieur C nous reçoit et indique qu'il souhaite poser des questions à Madame X concernant son absence et sa date de retour* ».
45. Il est d'ailleurs fait expressément référence, dans la lettre de licenciement du 15 novembre 2013, aux échanges ayant eu lieu pendant l'entretien préalable.
46. De plus, il ressort du registre du personnel accompagnant le courrier de la société du 23 juillet 2015 que la salariée ayant remplacé Madame X, Madame D a été embauchée en contrat à durée indéterminée, le 14 octobre 2013, soit pendant la période de suspension du contrat de la réclamante, actant ainsi de la volonté de la société de remplacer la réclamante définitivement à cette date.
47. La société Y a donc eu l'intention de licencier la réclamante et ce pendant la période de suspension de son contrat de travail en raison de son absence pour accident du travail et donc de son état de santé.
48. Or, la protection particulière accordée aux accidentés du travail interdit par principe de prendre en compte un arrêt de travail lié à un accident ou une maladie ayant une origine professionnelle pour justifier d'un absentéisme perturbant le fonctionnement de l'entreprise et nécessitant le remplacement définitif du salarié concerné.
49. La Cour de cassation s'est en effet prononcée sur cette question, eu égard à un licenciement fondé sur l'absence prolongée d'un salarié accidenté du travail.
50. Elle considère ainsi qu'en application de l'article L.1226-9 du code du travail, la nécessité du remplacement du salarié est liée à l'accident du travail dont celui-ci avait été victime et ne peut donc justifier la résiliation du contrat de travail (Cass.soc., 13 novembre 1990, n°87-42.893, Cass.soc., 23 mars 2004, n°01-46.007).
51. En l'espèce, la désorganisation du salon découlant de l'absence de Madame X liée à l'accident du travail dont elle a été victime le 30 mars 2013 ne peut donc justifier son licenciement.

52. Par ailleurs, alors que Madame X reprend le travail le 14 novembre 2013 et est déclarée apte par le médecin du travail avec restrictions, la société décide alors de la licencier le lendemain au motif que « *son absence prolongée depuis le 17 mai 2013 perturbe gravement le service* ».
53. Or, il a été jugé qu'est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié en raison de ses absences prolongées pour maladie, alors que l'employeur avait prononcé ledit licenciement au moment où le salarié était apte à reprendre le travail et où son remplacement n'était en conséquence plus nécessaire. (Cass. Soc., 30 mai 2007, n°06-42796).
54. La société précise également dans la lettre de licenciement que « *nous avons été contraints d'embaucher deux esthéticiennes en contrat à durée déterminée pour faire face à la charge de travail, la deuxième étant embauchée pour faire face au surcroît temporaire d'activité de la fin d'année* ».
55. Cependant, Il est de jurisprudence constante que l'absence du salarié ne perturbe pas l'entreprise lorsque des solutions de remplacement temporaires sont possibles, lesquelles ont été trouvées et pouvaient être prolongées. (Cass.Soc, 5 mai 2009, n°07-45.713).
56. Dans son courrier de réponse du 23 juillet 2015, la société Y conteste toute discrimination à l'égard de la réclamante en expliquant avoir toujours respecté scrupuleusement les préconisations du médecin du travail depuis 2010, ce qui démontre qu'elle n'a pas pu la licencier en raison de son état de santé. Cet argument est irrecevable car ce n'est pas parce que la société a respecté antérieurement les préconisations du médecin du travail, ce qui est d'ailleurs contesté par la réclamante, que cela démontre qu'elle n'a subi aucune discrimination concernant son licenciement.
57. Elle indique ensuite que c'est en raison de l'absence de Madame X désorganisant le service et ayant conduit à l'embauche d'une personne en remplacement de façon permanente qu'elle a été contrainte de la licencier.
58. La société communique alors pour justifier de la désorganisation alléguée 2 courriers électroniques adressés par Madame B, manager du salon, à Monsieur C, Directeur général relatant des propos de clients qui se seraient plaints de l'absence de Madame X.
59. Il convient de souligner que ces courriers électroniques émanent d'une supérieure hiérarchique de la réclamante ce qui conduit à douter de leur objectivité et que les prétendues plaintes sont relatées par cette dernière et non attestées par les clients eux-mêmes.
60. Une autre pièce communiquée par la société Y est une attestation de Monsieur C, dirigeant de la société, expliquant que l'absence de la réclamante a entraîné une perte sèche de 40 clientes, 20 clients n'ont pas pu être reçus et 50 clients se sont plaints. Cette pièce émanant du mis en cause lui-même est évidemment à écarter.
61. De plus, la société ne peut raisonnablement prétendre que l'absence de Madame X engendre une désorganisation importante notamment en termes de perte de clientèle alors que cette dernière n'est plus par définition absente puisqu'elle a repris le travail la veille de son licenciement.
62. Au vu de ce qui précède, la désorganisation alléguée ne peut donc être retenue.

63. Le Conseil de prud'hommes dans son jugement du 30 septembre 2016 retient d'ailleurs que « *le licenciement est justifié par la perturbation engendrée par les absences de Madame X et la nécessité de procéder à son remplacement, force est cependant de constater que la salariée a repris son activité le 14 novembre 2013, suite à l'avis de la médecine du travail l'ayant déclarée apte à la reprise avec aménagement de son poste, le licenciement étant dès lors intervenu alors que n'étaient établies ni l'existence d'une perturbation, ni la nécessité d'un remplacement définitif de la salariée* ».
64. Enfin, la société précise avoir été contrainte de licencier la réclamante car son poste est occupé par sa remplaçante, Madame A, et que cette dernière ayant dorénavant la confiance de la clientèle, elle n'a d'autre choix que de licencier Madame X.
65. Toutefois, la société Y ne peut pas arguer de la nécessité de remplacer une salariée qui reprend son poste, cette nécessité n'existant plus au jour du licenciement.
66. Le motif même de la lettre de licenciement est dénué de réalité et de sérieux.
67. Le Conseil de prud'hommes a ainsi retenu qu'au regard du déroulement des faits, la société a ainsi détourné la procédure de protection des accidentés du travail et n'a pas justifié par des motifs étrangers à toute discrimination sa décision de licencier la réclamante.
68. Il ressort donc des éléments de l'enquête que le licenciement de Madame X est donc exclusivement motivé par son absence résultant de son accident du travail et donc de son état de santé et que la société Y ne justifie pas que cette décision est fondée par des motifs objectifs étrangers à toute discrimination.
69. Au vu de ce qui précède, et après consultation du collègue compétent en matière de lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité, le Défenseur des droits considère que Madame X a subi un licenciement discriminatoire en raison de son état de santé, licenciement encourageant la nullité.
70. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de Z et souhaite soumettre à son appréciation.

Jacques TOUBON