

**Délibération n°2009-349 du 5 octobre 2009**

***Etat de santé - Emploi privé – Licenciement pour absence prolongée due à la maladie – Désorganisation du service et nécessité du remplacement définitif non établies - Observations devant les tribunaux***

*La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par Madame L d'une réclamation relative à la mesure de licenciement pour absence prolongée liée à la maladie dont elle a fait l'objet.*

*En vertu du principe d'aménagement de la charge de la preuve, prévu à l'article L.1134-1 du code du travail, lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.*

*Or, en l'espèce, l'employeur ne justifie pas que le licenciement de la réclamante est fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.*

*En effet, il ne fournit pas d'élément probant justifiant que l'absence prolongée de Madame L engendrait des perturbations telles qu'elles nécessitaient son remplacement définitif.*

*En conséquence, il convient de considérer que le motif véritable du licenciement de la réclamante n'est pas la désorganisation de l'association imposant son remplacement définitif, mais sa maladie prolongée.*

*Le licenciement de Madame L ayant pour origine son état de santé, il est permis de conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur un critère prohibé, en application des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail.*

*Le Collège de la haute autorité décide donc de présenter ses observations devant la Cour d'Appel de Montpellier, en vertu de l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004.*

Le Collège :

Vu l'article L.1132-1 du code du travail,

Vu l'article L.1134-1 du 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 15 juillet 2008, d'une réclamation de Madame L relative à la mesure de licenciement dont elle a fait l'objet et qu'elle estime liée à son état de santé.

Madame L est embauchée par l'association A, en qualité d'animatrice 2<sup>e</sup> catégorie, par contrat à durée indéterminée à temps partiel prenant effet le 1<sup>er</sup> avril 2005.

A compter du 8 janvier 2007, elle est placée en arrêt maladie du fait d'une rechute d'un cancer des os.

Par courrier en date du 3 décembre 2007, Madame L est convoquée à un entretien préalable à licenciement.

Suite à une demande de la réclamante de reporter la date initialement fixée, cet entretien se tient le 19 décembre 2007.

A cette occasion, Madame L indique avoir présenté à son employeur un certificat médical de son médecin traitant attestant que son état de santé lui « *permet de reprendre son activité professionnelle à temps partiel, lui permettant ainsi de poursuivre son traitement dans les meilleures conditions* ». Elle aurait ainsi informé son employeur qu'elle pouvait reprendre le travail à l'issue de son arrêt maladie, soit dès le 18 janvier 2008. Le mis en cause conteste cependant avoir été informé de l'imminence de cette reprise du travail.

Par courrier en date du 3 janvier 2008, Madame L est cependant licenciée au motif que son absence continue de longue durée nuit au bon fonctionnement du service et que son remplacement est nécessaire dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée pour assurer la continuité du service.

Ce courrier mentionne que Madame L a précisé à son employeur, lors de l'entretien préalable, que son état de santé nécessitait d'autres soins.

Ce courrier fait également mention de la priorité de réembauchage suivante : « *si votre absence venait à résulter d'une maladie longue durée reconnue comme telle par la sécurité sociale, vous conserveriez jusqu'à expiration du délai de cinq ans, à compter du début de votre absence, un droit de priorité d'embauche pour reprendre votre ancien emploi, s'il redevenait disponible* »

Madame L quitte les effectifs de l'association A, sans préavis, le 5 janvier 2008.

Par courrier en date du 3 mars 2008, elle informe l'A de son souhait de bénéficier de la priorité de réembauchage et demande à reprendre son ancien emploi à compter du 19 mars 2008.

Par courrier en date du 14 mars 2008, le délégué syndical ayant assisté Madame L lors de l'entretien préalable du 19 décembre 2007 indique que la réclamante avait bien informé son employeur de son intention de reprendre le travail. Cette attestation a cependant été écartée des débats devant le Conseil de Prud'hommes pour irrégularité.

Par courrier en date du 16 juin 2008, l'A propose à Madame L un poste d'animatrice à temps plein sur un autre établissement géré par l'association.

La réclamante refuse cette proposition qui concerne un poste à temps plein géographiquement très éloigné de son domicile.

La réclamante a saisi le Conseil de prud'hommes dès le 25 janvier 2008, afin d'obtenir l'annulation de la mesure de licenciement dont elle a fait l'objet.

Par jugement en date du 31 mars 2009, le Conseil de prud'hommes de M, en formation de départage, a estimé que le licenciement de la réclamante n'était pas nul dans la mesure où il n'était pas fondé sur l'état de santé lui-même.

Le juge départiteur a cependant considéré que le licenciement de Madame L était sans cause réelle et sérieuse dans la mesure où l'employeur ne produisait aucun élément probant démontrant la perturbation entraînée par l'absence de la réclamante et la nécessité de son remplacement définitif.

Il a ainsi précisé que *« les CDD produits ne démontrent pas en quoi l'absence de Mme L a perturbé le fonctionnement de l'entreprise, l'A ne rapportant pas la preuve de difficultés de recrutement liées aux fonctions d'animatrices, ni la preuve d'une particulière nécessité de continuité dans le domaine du multimédia et de la vidéo, les contrats de remplacement n'ayant d'ailleurs pas été établis sans interruption et comportant systématiquement un terme précis sans que l'A n'explique en quoi le recrutement d'un seul remplaçant jusqu'au retour de Mme L était impossible »*.

Il a également indiqué que *« l'A ne démontre pas que son activité soit d'une spécificité telle que les changements de personnel ou les réorganisations internes résultant d'une absence prolongée soient nécessairement des facteurs de perturbation, sa taille étant par ailleurs suffisamment important pour supporter ce type de mesures »*.

Madame L a interjeté appel de cette décision, estimant que son licenciement est nul, et non sans cause réelle et sérieuse, car fondé sur son état de santé.

L'audience devant la Cour d'appel de M est fixée le 13 octobre 2009.

Dans le cadre de l'enquête menée par la haute autorité, le mis en cause a refusé de communiquer les éléments qui lui étaient demandés.

Il considère en effet devoir obtenir au préalable une copie de la réclamation de Madame L et des pièces en possession de la haute autorité.

Le mis en cause estime que les écrits de la haute autorité *« portent atteinte à l'équilibre du procès et aux droits de la défense »* et *« contreviennent au principe de la séparation des pouvoirs »*.

En vertu des dispositions 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 »*.

Selon la Cour de cassation, l'article L.1132-1 du code du travail 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., 16 juillet 1998, n°97-43.484 ; Cass.soc., 13 mars 2001, n°99-40.110 ; Cass.soc., 6 février 2008, n°06-45.762*).

Le licenciement est donc envisageable lorsque qu'il n'est pas lié à l'état de santé du salarié mais à la perturbation de l'entreprise résultant de l'absence prolongée pour maladie de celui-ci.

Les conséquences de l'absence pour maladie ou accident non professionnel peuvent donc constituer un motif réel et sérieux de licenciement à la condition que l'employeur établisse l'existence de perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise qui rendent nécessaires le remplacement définitif du salarié.

Le juge contrôle strictement la réunion de ces deux éléments pour motiver un tel licenciement.

La présence d'une clause de garantie d'emploi dans la convention collective nationale applicable n'exonère pas l'employeur de l'obligation d'établir la réalité des deux exigences précitées.

Ainsi, malgré l'expiration de la période de garantie d'emploi, l'employeur doit toujours rapporter la preuve d'une perturbation objective constatée dans le fonctionnement de l'entreprise et rendant nécessaire le remplacement définitif du salarié absent pour cause de maladie.

La jurisprudence de la Cour de cassation exige que l'absence soit « prolongée » ou qu'elle se « répète » de manière imprévisible, subite, engendrant des perturbations d'un degré tel qu'il serait impossible d'y remédier par des solutions provisoires : conclusion de contrats à durée déterminée, recours au travail intérimaire, répartition ponctuelle des tâches accomplies par le salarié malade.

En l'espèce, le licenciement de la réclamante a bien été prononcé alors qu'elle était en absence prolongée due à la maladie.

Il ressort des pièces et conclusions échangées dans le cadre de l'instance prud'homale que l'employeur ne fournit pas d'élément probant permettant d'établir l'existence d'une désorganisation ou perturbation du fonctionnement de l'association causée par cette absence prolongée de Madame L.

Il se contente en effet d'indiquer, pour justifier la perturbation dans le fonctionnement du service, que la salariée était spécialisée dans le multimédia et la vidéo, ce qui est peu compatible avec son remplacement sous contrat à durée déterminée, lequel ne permet pas une présence et une collaboration soutenue et régulière nécessaires compte tenu du public accueilli.

Les éléments d'appréciation retenus par les juges pour caractériser la désorganisation de l'entreprise sont essentiellement les suivants : le critère tiré du secteur d'activité, la nature des fonctions du salarié absent et la taille de l'entreprise.

En l'espèce et considérant la justification apportée par l'employeur, les éléments permettant le licenciement d'un salarié absent pour maladie n'apparaissent aucunement réunis.

Sur le critère tiré du secteur d'activité, la jurisprudence considère que si l'entreprise appartient à un secteur d'activité confronté à une pénurie de main-d'œuvre, sa capacité à trouver une solution de remplacement temporaire dans l'attente du rétablissement du salarié absent peut se

révéler impossible (*CA Toulouse, 25 janvier 2002, 4è Ch.soc., n° 01-1990, Ressijac C/SA Carrosserie Antoine Moletta*).

Or, l'A ne rapporte pas la preuve de difficultés particulières posées par le recrutement à titre temporaire, eu égard à son secteur d'activité.

Au contraire, dans le cadre du contentieux prud'homal qui l'oppose à Madame L, elle produit la copie de l'ensemble des contrats à durée déterminée conclus, avec 7 salariés différents, pour assurer le remplacement de la réclamante depuis le 8 janvier 2007.

Sur le critère tiré de la nature des fonctions du salarié absent, la jurisprudence considère que dès lors que le salarié occupe des fonctions nécessitant une compétence technique particulière, l'employeur le remplacera difficilement par voie d'embauche temporaire (*CA Montpellier, 6 janvier 1999*). En revanche, dès lors que l'emploi exige peu de qualifications ou de compétence spécifique, une solution de remplacement temporaire ou de redistribution des tâches est envisageable (*CA Nancy, 15 mai 2001*).

En l'espèce, l'A ne démontre pas que les fonctions assurées par Madame L dans le domaine du multimédia et de la vidéo sont d'une technicité telle qu'elles ne puissent être poursuivies par les animateurs recrutés en contrat à durée déterminée dans le cadre de son remplacement ou par tout autre salarié de l'association.

Surtout, l'employeur ne démontre pas l'impossibilité de conclure un contrat à durée déterminée sans terme précis, permettant d'assurer le remplacement par une même personne pendant toute la durée de l'absence de la réclamante et donc une collaboration soutenue et régulière, avec l'un des salariés engagés sous contrat à durée déterminée pour assurer ce remplacement.

Sur le critère de la taille de l'entreprise, la jurisprudence considère que si l'importance des moyens humains dont dispose l'entreprise facilite la mise en place de solutions de remplacement à caractère provisoire (mobilité interne, redistribution des tâches entre les membres du personnel), ces solutions sont généralement fermées aux entreprises de taille modeste (*CA Douai, 29 octobre 2004*).

En l'espèce, l'A ne met aucunement en avant sa taille pour justifier la désorganisation engendrée par l'absence de Madame L et nécessitant son remplacement définitif.

L'appréciation de la perturbation relève du pouvoir souverain du juge du fond et aucun des éléments, considéré isolément, ne caractérise à lui seul une perturbation suffisamment grave pour autoriser le licenciement du salarié malade. L'examen de la jurisprudence montre que les facteurs de désorganisation se combinent souvent et se renforcent l'un l'autre.

En vertu du principe d'aménagement de la charge de la preuve, prévu à l'article L.1134-1 du code du travail, lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Or, en l'espèce, l'employeur ne justifie pas que le licenciement de Madame L est fondé sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En effet, il ne fournit pas d'élément probant justifiant que l'absence prolongée de Madame L engendrait des perturbations telles qu'elles nécessitaient son remplacement définitif.

Par jugement en date du 31 mars 2009, le Conseil de Prud'hommes de M a d'ailleurs précisément statué en ce sens.

En conséquence, il convient de considérer que le motif véritable du licenciement de Madame L n'est pas la désorganisation de l'association imposant son remplacement définitif, mais sa maladie prolongée depuis le 8 janvier 2007.

Le licenciement de Madame L ayant pour origine son état de santé, il est permis de conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur un critère prohibé, en application des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail.

Le Collège de la haute autorité décide donc de présenter ses observations devant la Cour d'Appel de M, en vertu de l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER