

## Délibération n° 2009-227 du 15 juin 2009

### ***Activités syndicales - Emploi - Emploi secteur privé - Recommandation***

*Du fait de sa participation à un mouvement de grève, le réclamant s'est vu retirer une partie du montant de sa prime d'intéressement. Le Collège de la haute autorité constate que l'accord d'intéressement opère une distinction entre absences non assimilées à du temps de travail effectif par la loi et la jurisprudence. Ainsi, toutes ces absences n'ont pas les mêmes conséquences sur le montant de la prime et l'accord a pour effet de créer des situations discriminatoires. Le Collège demande à l'entreprise mise en cause de revoir la situation du réclamant.*

Le Collège :

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 :

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 5 mai 2008 par Monsieur C d'une réclamation relative à l'application de l' « accord d'intéressement de l'entreprise Y ».
2. Le réclamant, salarié de l'entreprise Y, considère que cet accord d'intéressement établit une discrimination dans ses modalités d'attribution de la prime d'intéressement fondée sur l'assiduité des agents et la définition d'absences injustifiées et d'absences légalement assimilées à un temps de travail effectif.
3. Monsieur C, syndicaliste, dénonce l'accord qui prévoit que le salarié-gréviste se trouve en absence injustifiée, ce qui a pour conséquence de diminuer sa prime d'intéressement. Ainsi, il a été opéré une retenue sur la prime d'intéressement du réclamant du fait de sa participation à un mouvement de grève en 2007.
4. Le réclamant a contesté cette retenue auprès de la direction générale de l'entreprise Y.
5. Monsieur le Directeur des Ressources Humaines de l'entreprise Y, en refusant de faire droit à la demande du réclamant, considère que l'accord d'intéressement n'est pas discriminatoire et qu'il est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation.

6. Il ressort de l'analyse faite par la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité que l'accord litigieux repose sur 2 indicateurs : un indicateur financier et un indicateur de répartition entre « *tous les agents du cadre permanent ou sous contrat ayant au moins trois mois d'ancienneté dans la société Y à la date de la clôture de l'exercice* ».
7. L'indicateur financier énonce que le seuil de déclenchement est atteint dès que le « *résultat brut avant intéressement* » de l'entreprise est supérieur à 10 millions d'euros.
8. La répartition du montant total de l'intéressement dispose que « *le montant total de l'intéressement est réparti entre les bénéficiaires proportionnellement au coefficient de présentéisme de chaque agent. Ce coefficient de présentéisme résulte de la formule :  $K_p = (P'/P)$  où  $P$  représente le nombre de jours de présence prévus au roulement de chaque agent et  $P'$  représente le nombre de jours réellement travaillés* ».
9. Il est mentionné que « *sont considérés comme jours réellement travaillés* :
  - *les congés annuels ;*
  - *les reprises de temps compensateurs et supplémentaires et du compte épargne temps ;*
  - *les repos compensateurs ;*
  - *les périodes de formation suivies dans le cadre du plan de formation de l'entreprise ;*
  - *les congés légaux de maternité, de paternité et d'adoption ;*
  - *les congés pour soins à enfant malade ;*
  - *les congés spéciaux d'ordre familial (décès, mariage, naissance, adoption) ;*
  - *les arrêts pour accident du travail, accident de trajet ou maladie professionnelle ;*
  - *les temps consacrés à la représentation du personnel ;*
  - *les temps consacrés aux activités syndicales ;*
  - *les jours de médailles ;*
  - *les jours de management* ».
10. L'intéressement est calculé, chaque année, lorsque les résultats de l'exercice précédent ont été approuvés par le Conseil d'Administration de l'entreprise Y, et son versement à lieu au plus tard à la fin du 1<sup>er</sup> semestre de l'année qui suit l'exercice de référence. A cette occasion, chaque agent est informé, sur fiche individuelle distincte de la feuille de paie, des règles de calcul et de son montant personnel.
11. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité rappelle qu'aucun salarié ne peut faire l'objet d'aucune mesure discriminatoire en raison de l'exercice normal du droit de grève par application de l'article L.1132-2 du code du travail.
12. L'article L.2511-1 du même code (ancien article L.521-1) énonce que l'exercice du droit de grève ne peut pas donner lieu à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux.
13. L'article L.3314-5 du code du travail énonce « *la répartition de l'intéressement entre les bénéficiaires peut être uniforme, proportionnelle à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ou proportionnelle aux salaires. L'accord peut*

*également retenir conjointement ces différents critères »* et il est précisé que les périodes visées aux articles L.1225-17 et L.1225-37 du code du travail (congé de maternité ou d'adoption) et à l'article L.1226-7 (maladie professionnelle, accident du travail à l'exclusion des accidents du trajet) sont assimilées à des périodes de présence.

14. Ainsi la durée de présence du salarié est-elle constituée par les périodes de travail effectif, auxquelles s'ajoutent les périodes légalement assimilées à du travail effectif et rémunérées comme telles (congés payés, exercice de mandats de représentation du personnel...).
15. De fait, seules les périodes non assimilées à du travail effectif sont susceptibles de ne pas être retenues pour le calcul des droits de chaque salarié, telles les périodes de maladie d'origine non professionnelle (c'est-à-dire les absences fondées sur l'état de santé), les congés sans solde, les grèves, les absences irrégulières...
16. Une définition de la durée de présence plus favorable aux salariés peut être retenue par les parties signataires à l'accord d'intéressement à condition de respecter le principe de non discrimination.
17. La Cour de cassation considère que *« si un accord d'intéressement prévoit une répartition entre les salariés fondée sur la durée de présence au cours de l'exercice, les absences pour grève peuvent être déduites de cette durée, à condition qu'aucune discrimination ne soit opérée à cette occasion. Il y a discrimination si toute absence pour grève entraîne un abattement sur la prime d'intéressement alors que les absences pour maladie n'entraînent pas d'abattement pour les cinq premiers jours et ne donnent lieu qu'à un abattement réduit pour les cinq jours suivants »*. (Soc. 6 novembre 1991. n°89-42.571).
18. En l'espèce, l'accord d'intéressement prévoyant une retenue pour faits de grève et une modulation en cas d'arrêt maladie, la Cour de cassation conclut que les absences du fait de l'exercice du droit de grève ou du fait de la maladie n'étant pas assimilées à du temps de travail effectif, elles doivent avoir les mêmes conséquences sur la prime d'intéressement.
19. Dans sa décision en date du 5 février 2003 (00-45-998), la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que *« la retenue opérée par un employeur sur le montant d'une prime d'intéressement pour absence pour fait de grève ne revêt aucun caractère discriminatoire dès lors que les périodes d'absences exclusives de retenue énumérées par le contrat d'intéressement sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, toutes les autres absences, quelle qu'en soit la cause, donnant lieu à abattement »*.
20. Par cette décision, la Cour de cassation retient comme absences légalement assimilées à du temps de travail effectif ne donnant pas lieu à retenue sur le montant de l'intéressement et devant figurer dans les dispositions de l'accord : les congés payés, les repos compensateurs, les formations professionnelles ou syndicales, les accidents du travail, les heures de délégations des représentants du personnel, les congés de maternité ou d'adoption. Toutes les autres absences donnent lieu à abattement, elles doivent avoir les mêmes conséquences.
21. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité constate que l'accord d'intéressement de l'entreprise Y opère une différence entre des absences qui ne sont pas assimilées à du temps de travail effectif par la loi et la jurisprudence.

22. Cet accord retient comme temps de travail effectif les congés pour soins à enfant malade et les congés spéciaux d'ordre familial (décès, mariage, naissance adoption) qui ont pour effet de ne pas donner lieu à retenue sur le montant de l'intéressement.
23. A l'inverse, sont considérées comme absences donnant lieu à retenue sur le montant de l'intéressement : la maladie et la longue maladie, le temps de grève et les absences non justifiées.
24. Subséquemment, toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif n'ont pas les mêmes conséquences sur le montant de la prime d'intéressement.
25. Le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité précise qu'un accord d'intéressement peut effectivement s'inscrire dans une logique plus favorable aux salariés mais sous la seule réserve qui est posée par la jurisprudence : toutes les absences, autres que celles légalement assimilées à du temps de travail, doivent avoir les mêmes conséquences.
26. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans ses décisions du 15 février 2006 et 16 janvier 2008 (04-45.738 et 06-42.983), a-t-elle considéré qu'un accord prévoyant que les absences pour événements familiaux ou les absences conventionnelles ne donnaient pas lieu à retenue sur le montant d'une prime à l'inverse des absences pour fait de grève, constituait une mesure discriminatoire.
27. En conséquence, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité constate que les modalités d'attribution de la prime d'intéressement définies par l'accord d'intéressement conclu par l'entreprise Y et les partenaires sociaux, en assimilant à des périodes d'absence légalement considérées comme du travail effectif certaines absences d'ordre conventionnel non considérées comme telles par la loi, entraînent une discrimination en raison notamment de la participation à un mouvement de grève.
28. Le Collège de la haute autorité demande au Président de l'entreprise Y de revoir la situation de Monsieur C et de l'en tenir informé dans un délai de 6 mois.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER