



Décision du Défenseur des droits MLD-2014-24

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative à : Observations en justice

Domaine de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations

Thème(s) : ETAT DE SANTE - EMPLOI SECTEUR PRIVE - C/

Synthèse :

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de huit salariés, relative à un accord d'entreprise qu'ils considèrent discriminatoire à raison de l'état de santé ou de la grossesse.

L'accord litigieux fixe les modalités d'attribution d'indemnités complémentaires en points (I.C.P.) à certains salariés. Pour obtenir ces points il convient de valider 5 années de carrière, et pour être éligible à la validation d'une année, le salarié doit notamment avoir été présent à l'effectif du 1er janvier au 31 décembre de l'année considérée, sans interruption.

Le Défenseur des droits constate que les ICP constituent un avantage lié au présentéisme, et que pour ce type d'avantage, les absences pour maladie, pour accident du travail et les congés maternité ne sont pas assimilés à du temps de travail effectif. Selon une jurisprudence désormais constante de la Cour de cassation, « *si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime [ou d'un avantage], c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilés à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution* » (Cass. Soc., 11 janvier 2012, n°10-23.139).

Or, en l'espèce, les absences pour maladie ou accident du travail sont comptabilisés tandis que les absences pour maternité ou paternité ne le sont pas. Par conséquent, toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif n'entraînent pas les mêmes conséquences. Il en résulte que cet accord crée un désavantage plus important pour les salariés ayant été absents pour cause de maladie que pour ceux ayant été absent pour cause de maternité ou paternité, ce qui constitue une discrimination à raison de l'état de santé.

Le Défenseur des droits recommande à la Société d'adopter un nouvel accord d'entreprise.

Paris, 7 mars 2014

Décision du Défenseur des droits n° MLD-2014-24

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.

Saisi d'une réclamation de huit salariés de la Société X (SOCIÉTÉ X.), à savoir Monsieur B, Madame C, Monsieur D, Monsieur F, Madame K, Monsieur N, Madame S et Monsieur T, concernant les modalités d'application d'un accord d'entreprise relatif au déroulement de carrière des agents de conduite et OP3 de l'entreprise, qu'ils considèrent discriminatoires, notamment, à raison de l'état de santé ou de la grossesse ;

Recommande à la société mise en cause de modifier l'accord d'entreprise afin que toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif entraînent les mêmes conséquences sur la validation des années et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

**Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011
relative au Défenseur des droits**

1. Le Défenseur des droits a été saisi, en 2012, de huit réclamations de salariés de la Société X (SOCIÉTÉ X) concernant les modalités d'application d'un accord d'entreprise relatif au déroulement de carrière des agents de conduite et OP3 de l'entreprise, qu'ils considèrent discriminatoires, notamment, à raison de l'état de santé.
2. Par protocole d'accord en date du 18 décembre 2009, la direction et les organisations syndicales représentatives de la SOCIÉTÉ X. ont fixé les modalités d'attribution d'indemnités complémentaires en points (I.C.P.) aux personnels agents de conduite et OP3 de l'entreprise.
3. L'attribution de ces I.C.P. permet la reconnaissance de la pratique de leur métier par les agents d'exécution de conduite et de la filière technique (OP3) et se matérialise par le versement d'une majoration d'ancienneté sur les bulletins de paie du personnel concerné.
4. Le protocole d'accord de 2009 prévoit ainsi qu'au coefficient 210 correspondant aux emplois concernés par le dispositif (conducteurs receveurs, conducteurs de rame, wattmen et agents techniques OP3) sont ajoutés des indemnités complémentaires de points (I.C.P.) dès lors que le salarié concerné valide 5 années de carrière dans l'emploi. Des règles dites d'accélérateur d'ancienneté sont également prévues dans l'accord.
5. Pour être éligible à la validation d'une année dans le cadre de l'application de ce protocole d'accord, le salarié doit satisfaire les conditions cumulatives suivantes :
 - avoir été présent à l'effectif du 1^{er} janvier au 31 décembre de l'année considérée, sans interruption ;
 - avoir été présent à l'effectif du 1^{er} janvier au 31 décembre de l'année considérée sur l'un des emplois visés par l'accord et en exercer effectivement l'activité.
6. Il est également prévu que l'année est validée par analyse de la qualité du service fourni par le salarié en fonction des critères suivants : présentéisme, signalements, sinistralité pour les conducteurs de bus, respect des consignes de sécurité pour les autres catégories concernées.
7. Les réclamants indiquent que la direction n'a pas validé certaines années (2009, 2010 ou 2011) pour l'attribution des indemnités complémentaires de points prévues dans cet accord collectif en raison de leurs absences pour maladie ou pour accident du travail au cours de l'année considérée, ce qu'ils considèrent discriminatoires à raison de leur état de santé.
8. Par courrier du 24 janvier 2013, le Défenseur des droits demandait à la Société mise en cause de bien vouloir lui communiquer un certain nombre d'éléments afin de procéder à l'examen de ces réclamations. La société X. a répondu par courrier du 4 mars 2013.
9. Le 3 janvier 2014, les services du Défenseur des droits adressaient à la Société mise en cause une note récapitulant les éléments de fait et de droit sur la base desquels le Défenseur des droits pourrait considérer que « *le protocole d'accord n'est pas conforme à la jurisprudence communautaire et à la jurisprudence de la Cour de cassation et qu'il est susceptible de constituer, dans sa version actuelle, une discrimination à raison de l'état de santé* ».
10. La Société apportait des explications complémentaires par courrier en date du 6 février 2014.

CADRE & ANALYSE JURIDIQUES :

11. Dans un arrêt en date du 23 juin 2009, la Cour de cassation a estimé que « *si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution* » (Cass. Soc., 23 juin 2009, n°08-42.154).
12. Selon une jurisprudence désormais constante de la Cour de cassation, « *si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution* » (Cass. Soc., 11 janvier 2012, n°10-23.139).
13. Dès lors, les conditions d'attribution d'une prime ou d'un avantage pourront être considérées discriminatoires si des absences, non légalement assimilées à un temps de travail effectif, n'ont pas d'incidence sur son montant alors que d'autres absences, également non légalement assimilées à un temps de travail effectif et liées à un critère prohibé par la loi (état de santé, grève, situation de famille, sexe), ont pour conséquence d'en réduire le montant ou de la supprimer.
14. Il est précisé que la définition de la notion de « temps de travail effectif » varie en fonction des droits octroyés.
15. Ainsi, par exemple, pour l'attribution des avantages légaux et conventionnels liés à l'ancienneté, sont considérées comme assimilées à du temps de travail effectif :
 - les absences pour accident du travail ou maladie professionnelle (article L.1226-7 du code du travail) ;
 - le congé maternité (article L.1225-24) ;
 - le congé d'adoption (article L.1225-42) ;
 - les autorisations d'absence pour se rendre aux examens médicaux obligatoires dans le cadre du suivi de la grossesse (article L.1225-16) ;
 - le congé parental d'éducation pour moitié de sa durée (article L.1225-54) ;
 - le temps de mission du conseiller du salarié (article L.1232-9).
16. En revanche, pour le décompte de la durée du travail, la loi assimile à un temps de travail effectif :
 - les heures de délégation des représentants du personnel ;
 - la visite d'embauche et les examens médicaux obligatoires ;
 - les temps de formation à l'initiative de l'employeur ou dans le cadre de formation en alternance ;
 - le temps consacré au droit à l'expression (article L.2281-4) ;
 - le temps passé en réunion de négociation dans l'entreprise (article L.2232-18).
17. C'est pourquoi, les juridictions statuent au cas par cas sur le caractère discriminatoire ou non des avantages ou primes accordés en appréciant, pour chaque prime ou avantage, si telle ou telle absence est légalement assimilée à du temps de travail effectif ou non.
18. Par conséquent, pour qu'un accord soit conforme aux conditions posées par la jurisprudence de la Cour de cassation, il convient dans un premier temps de qualifier l'avantage encadré par l'accord afin de définir, pour cet avantage, quelles absences sont légalement assimilées à un temps de travail effectif pour l'avantage prévu, puis, dans un

deuxième temps, de s'assurer que toutes les autres absences entraînent les mêmes conséquences.

19. En l'espèce, la Société mise en cause a été interrogée sur la qualification des indemnités complémentaires de points, étant donné que cet avantage semblait pouvoir constituer soit une « prime d'ancienneté » soit un « avantage lié au présentéisme », et que seule la réponse à cette question permet de déterminer quelles absences sont légalement assimilées à du temps de travail effectif.
20. Il ressort du courrier de la société X. au Défenseur des droits en date du 6 février 2014 que les indemnités complémentaires de points ne constituent pas une prime d'ancienneté mais bien un avantage lié au présentéisme.
21. S'agissant des avantages liés au présentéisme, la Cour de cassation précise qu'en dehors de l'application de l'article L.1226-7 du code du travail, les périodes d'absence liées à un accident du travail ne sont pas prises en compte comme temps de travail effectif pour l'attribution des avantages résultant de la présence, et non de l'ancienneté, dans l'entreprise au cours d'une période donnée.
22. En conséquence, elle a pu en conclure qu'une prime de treizième mois ou une prime conventionnelle, attribuées en fonction de la présence dans l'entreprise sur une période donnée, pouvaient voir leur montant réduit par des absences liées à un accident du travail (*Cass. Soc., 12 décembre 1990, n°87-43.110 ; Cass. Soc., 4 mars 2003, n°01-41.015*).
23. A l'instar des absences liées à un accident du travail, les absences liées à la maternité ne sont assimilées à un temps de travail effectif que pour :
 - la détermination de la durée des congés payés ;
 - le calcul de l'ancienneté pour l'attribution d'avantages légaux ou conventionnels liés à l'ancienneté ;
 - la répartition de l'intéressement ;
 - la répartition de la réserve de participation.
24. Dans un arrêt en date du 11 avril 1991, la Cour de cassation a considéré que la réduction d'une prime à l'égard d'une salariée en congé maternité n'est pas illégale ni discriminatoire lorsqu'il est d'usage dans l'entreprise de pratiquer un abattement sur une prime à compter d'un certain nombre de jours d'absence (*Cass. soc., 11 avril 1991, n°87-41.975*).
25. En droit interne, le congé maternité ne semble donc pas non plus assimilé par la loi à un temps de travail effectif pour l'attribution de primes liées à la présence dans l'entreprise.
26. De la même manière, la Cour de justice de l'union européenne admet la possibilité d'une diminution proportionnelle de la prime en fonction du temps d'absence liée à un congé maternité (*CJCE, 13 février 1996, Gillespie e.a., C-342/93, points 17 et 20 ; CJCE, 21 octobre 1999, Lewen, C-333/97, points 43 et 50*).
27. Néanmoins, si la Cour admet une proratisation des primes, elle précise que la rémunération versée par l'employeur durant le congé de maternité ne saurait être inférieure à ce qui est versé aux travailleurs en cas d'arrêt maladie (*CJCE, 27 octobre 1998, Boyle*).
28. Il en résulte qu'en matière d'avantages lié au présentéisme, au nombre desquels figurent les indemnités complémentaires de points prévues dans l'accord litigieux, les absences liées à un accident du travail, à une maladie professionnelle, et les congés

maternités, ne sont pas légalement assimilées à du temps de travail effectif, et peuvent donc avoir des incidences sur l'octroi de l'avantage, à condition que toutes ces absences entraînent les mêmes conséquences (Cass. Soc., 11 janvier 2012, n°10-23.139 précitée).

29. En l'espèce, il ressort des éléments rassemblés au cours de l'enquête que le protocole d'accord déroulement de carrière des agents de conduite et des OP3 de la société X. ne permet pas, dans sa version actuelle, de connaître les effets des différentes absences sur le bénéfice ou non de l'avantage prévu.
30. Bien plus, il ressort du courrier de la société X. au Défenseur des droits en date du 6 février 2014 qu'un « *sort particulier [a été réservé] aux absences pour cause de congé maternité et paternité* ».
31. Il en résulte que toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif n'entraînent pas les mêmes conséquences sur l'acquisition des points.
32. Par conséquent, le Défenseur des droits considère que ce protocole d'accord n'est pas conforme à la jurisprudence communautaire et à la jurisprudence de la Cour de cassation et qu'il constitue, dans sa version actuelle, une discrimination à raison de l'état de santé en ce que les absences pour maladies entraînent un désavantage plus important que les absences pour congé maternité ou paternité.
33. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
 - considère que l'accord d'entreprise relatif au déroulement de carrière des agents de conduite et OP3 est constitutif d'une discrimination en raison de l'état de santé en ce que les absences pour maladies entraînent un désavantage plus important que les absences pour congé maternité ou paternité ;
 - recommande à la Société X de procéder à la rédaction d'un nouvel accord dans lequel toutes les absences non assimilées à du temps de travail effectif entraîneront les mêmes conséquences sur l'acquisition des points, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, et d'en faire une application sans rétroactivité ;
 - recommande à la Société X de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente.