

Délibération n° 2009-365 du 26 octobre 2009

Rémunération – état de santé– recommandation

Le réclamant a saisi la haute autorité car il a été privé d'une prime destinée à lutter contre l'absentéisme en raison d'un arrêt maladie. L'enquête révèle que cette prime est versée pour d'autres absences qui ne sont pas légalement assimilées à du temps de travail effectif telles que des absences pour événements familiaux et ce, sans justification. Réaffirmant sa position de principe elle-même inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation, la haute autorité conclut que dans ce cas, le fait de réduire voire de supprimer une prime qui est un élément de rémunération caractérise une discrimination fondée sur l'état de santé au sens de l'article L.1132-1 du code du travail. Elle recommande à l'entreprise mise en cause de mettre un terme aux modalités discriminatoires d'attribution de la prime en cause en la versant y compris en cas d'arrêt maladie. Il lui demande également d'indemniser le réclamant ainsi que les salariés qui ont été pénalisés par cette mesure depuis 2004.

Le Collège,

Vu le code du travail et notamment ses articles 1132-1 et L. 3221-3 ;

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 a été saisie le 23 avril 2006 par Monsieur X d'une réclamation au sujet du non-versement d'une prime liée à son état de santé.

Depuis le 13 juin 1983, Monsieur X est embauché en CDI en qualité de technicien électronicien de la société B. Dans le but de lutter contre l'absentéisme, son employeur a prévu de verser une prime annuelle de 200 euros brut dont le montant varie en fonction des jours ouvrés d'absence.

Depuis 2004, toute personne qui a eu au cours de l'année écoulée entre 9 et 10 jours d'arrêt maladie est ainsi privée de prime annuelle.

Conformément aux procès verbaux attestant de l'échec des négociations annuelles obligatoires relatives aux salaires effectifs (au sens des articles L. 2242-1 et suivants du code du travail), l'employeur attribue une prime « *non récurrente et exceptionnelle* » de 200 euros brut.

En 2005, une absence de 0 à 5 jours n'avait aucun impact pour l'obtention de la prime. En revanche, en cas d'absence de 6 à 9 jours, la prime était réduite de 25% par jour d'absentéisme. En cas d'absentéisme supérieur ou égal à 9 jours, aucune prime n'était versée.

A la suite d'un traumatisme cervical lié à une chute de vélo, Monsieur X est en arrêt-maladie du 8 juillet 2005 au 31 juillet 2005. Absent pendant 15 jours ouvrés sur l'année 2005, son employeur refuse alors de lui verser une prime.

Interrogé par la haute autorité sur la question de savoir en quoi la prime en cause est exceptionnelle et non récurrente, le responsable RH de la société B ne répond pas spécifiquement à cette question dans son courrier du 25 juin 2007. Il se contente de dire que c'est ce qui est annoté dans les procès verbaux de négociations annuelles et obligatoires.

En réponse à la question de savoir quelles sont les absences ne pénalisant pas les employés pour l'attribution de la prime et qui sont assimilées à du temps de travail effectif, le responsable RH de la société B répond dans un courrier du 11 juillet 2008:

les absences autorisées,
les absences pour accident de travail,
les absences pour événement de famille,
les absences paternité,
les absences pour grève,
les absences en cas de congés payés et ancienneté.

Il relève dans un courrier à la haute autorité en date du 24 avril que les seules absences qui pénalisent les employés concernant l'attribution de ladite prime sont celles qui découlent d'un arrêt maladie. Il confirme cette information dans son courrier du 11 juillet 2008.

Il existe donc clairement une distinction entre les motifs d'absence pour l'attribution de la prime. Le critère retenu pour diminuer voire refuser d'attribuer la prime annuelle est exclusivement celui de la maladie.

En réponse au courrier de notification des griefs de la haute autorité, le responsable RH de la société B répond par courrier du 14 septembre 2009 : *« conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, nous prenons en compte, pour le calcul de la prime d'assiduité, toutes les périodes d'absence légalement assimilées à du temps de travail effectif telles que les congés payés, le congé de maternité ou de paternité, les périodes de suspension du contrat de travail par suite d'accident de travail ou de maladie professionnelle, les congés pour événements familiaux... Toujours conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, nous excluons, pour le calcul de la prime d'assiduité, les périodes d'absence non légalement assimilées à du temps de travail effectif telles que les arrêts maladie, les absences injustifiées... Par conséquent nous considérons qu'aucune discrimination fondée sur l'état de santé n'est caractérisée ».*

L'article L. 1132-1 du code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération au sens de l'article L. 3221-3, en raison de son état de santé.

Conformément à l'article L. 3221-3 du code du travail, *« constitue une rémunération (...) le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et*

accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ».

La prime de 200 euros brut apparaît comme un avantage payé en espèces versé sur une base annuelle depuis 2004. Les modalités de calcul et les conditions d'attribution de cette gratification sont directement liées au présentisme des salariés dans l'entreprise. Même si elle n'est pas expressément prévue par le contrat de travail, cette prime se caractérise comme un élément de rémunération au sens de l'article L. 3221-3 précité.

La Cour de cassation admet que l'employeur puisse attribuer une prime d'assiduité qui a pour objectif de récompenser la présence régulière d'un salarié à son poste de travail. Toutefois, les modalités d'attribution de cette prime ne doivent pas se révéler discriminatoires.

La Cour de cassation a ainsi jugé que l'attribution d'une prime exceptionnelle aux seuls salariés n'ayant pas été absents plus d'un mois ne constituait pas une mesure discriminatoire dès lors que le refus du versement de cette prime est applicable, dans les mêmes conditions, à tous les salariés, quel que soit le motif de leur absence (*Cass. Soc. 19 mai 1999, n°97-41.153*).

Parallèlement, le retrait du bénéfice de la prime de présentisme en raison d'absences liées à une grève a été considéré comme étant une mesure discriminatoire dans le cas où toutes les absences, autorisées ou non, n'entraînent pas les mêmes conséquences sur l'attribution de cette prime (*Cass. Soc. 25 octobre 2007, n°06-42.399*).

En particulier, la Cour de cassation a relevé que dans la mesure où les absences pour événements familiaux ou des absences conventionnelles prévues par un accord d'entreprise ne donnaient pas lieu à retenue, la suppression de la prime d'assiduité en cas de grève constituait une mesure discriminatoire (*Cass. Soc. 15 février 2006, n°04-45.738 et Cass. Soc. 16 janvier 2008 n° 06-42.983*).

Les seules différences admises par la Cour de cassation concernent les périodes d'absence légalement assimilées à du temps de travail effectif et celles qui ne le sont pas (*Cass. Soc. 5 février 2003, n°00-45.998*). La haute juridiction a jugé que pour bénéficier d'une prime d'intéressement, une distinction pouvait être effectuée en ce sens. Elle a retenu comme absences légalement assimilées à du temps de travail effectif, les absences en cas de congés payés, les repos compensateurs, les absences pour formation professionnelle ou syndicale, celles découlant d'un accident de travail, les heures de délégation des représentants du personnel ainsi que les congés de maternité et d'adoption.

La haute autorité a également adopté plusieurs délibérations où elle a conclu que la diminution ou le non-versement de certaines primes était discriminatoire. La délibération n° 2007-43 portait sur la diminution d'une indemnité d'administration et de technicité aux agents publics absents pour congé de maternité. La délibération n° 2005-87 concernait l'absence d'augmentation individuelle pour les salariés absents pour maladie. La haute autorité s'est également auto-saisie au sujet d'un accord d'entreprise qui refusait de verser une prime d'assiduité aux grévistes mais qui la versait aux salariés en arrêt maladie, en congé maternité, paternité ou parental ou encore en congé annuel. Cette affaire a donné lieu à la délibération n° 2008-22 du 11 février 2008. Plus récemment, la haute autorité a adopté dans sa délibération n° 2009-225 du 15 juin 2009 où elle a estimé que le refus de verser une prime d'intéressement à un gréviste alors que cette prime était versée aux salariés en congé pour événements familiaux caractérisait également une mesure discriminatoire.

En l'espèce, l'employeur (société B), opère une différence de traitement entre les arrêts maladie et d'autres absences, telles que les absences autorisées, les absences pour accident de travail, les absences pour événement de famille, les absences paternité, les absences pour grève ou encore les absences en cas de congés payés et ancienneté.

Elle consacre comme du temps de présence effectif des absences autres que celles qui sont légalement assimilées à du temps de travail effectif, en particulier les absences pour événements de famille. Ainsi, toutes les absences qui ne sont pas assimilées à du temps de travail effectif n'ont pas pour autant les mêmes conséquences sur le montant de la prime en question.

Cette différence de traitement entre les absences pour maladie et les autres absences ne paraît donc pas comme étant fondée sur un élément objectif étranger à toute discrimination.

Interrogée sur les raisons de cette différence de traitement, la société B répond qu'elle se conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation et qu'elle n'a commis aucune discrimination fondée sur l'état de santé.

Or, précisément la jurisprudence de la Cour de cassation énoncée ci-dessus est plus exigeante. En effet, les seules différences admises par la Cour de cassation concernent les périodes d'absence légalement assimilées à du temps de travail effectif et celles qui ne le sont pas.

Ainsi, le fait de réduire voire de supprimer une prime qui est un élément de rémunération en raison d'un arrêt maladie d'une certaine durée, alors que cela n'est pas le cas pour d'autres absences qui ne sont pas légalement considérées comme du temps de travail effectif, telles que les absences pour événements familiaux, caractérise une discrimination fondée sur l'état de santé au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail.

Le Collège de la haute autorité précise que l'attribution d'une prime peut effectivement s'inscrire dans une logique plus favorable aux salariés sous la réserve que toutes les absences, autres que celles légalement assimilées à du temps de travail, doivent avoir les mêmes conséquences.

Conformément à l'article 12 de la loi portant création de la haute autorité, le Collège de la haute autorité recommande au Président directeur général de la société B de mettre un terme aux modalités discriminatoires d'attribution de la prime en cause en la versant y compris en cas d'arrêt maladie. Il lui demande également d'indemniser Monsieur X ainsi que les autres salariés qui n'ont pas touché la prime en cause, soit partiellement soit intégralement, en raison de leur santé depuis 2004.

Il demande à être informé des suites de sa délibération dans un délai de quatre mois à compter de sa notification.

La présente délibération est transmise pour information au ministre de l'emploi, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville ainsi qu'au directeur général du travail.

Le Président

Louis SCHWEITZER

