

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 27 janvier 2016 (p. n°14-10.084)

R. contre société Dyneff

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 6 novembre 2013), que Mme R. a été engagée par la société Dyneff (la société), en qualité de responsable administrative, agent de maîtrise, et affectée à la station service autoroutière des Herbiers (Vendée) puis promue adjointe au responsable de cette station ; qu'à la suite de plusieurs arrêts de travail, elle a été licenciée le 17 mai 2010 au motif que son absence provoquait un dysfonctionnement majeur au sein de l'entreprise, contrainte de recruter un salarié sous contrat de travail à durée indéterminée pour pourvoir à son remplacement définitif ;

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à voir constater la nullité de son licenciement, ordonner sa réintégration, condamner la société au paiement des salaires jusqu'à sa réintégration effective et subsidiairement au paiement de dommages-intérêts pour licenciement nul, alors, selon le moyen :

1°/ qu'est nul le licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salarié ; que si l'article L. 1132-1 du code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ; que dans le cas contraire, l'état de santé du salarié ne justifie pas le licenciement, qui, fondé sur le seul état de santé, est entaché de nullité ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que l'employeur n'établissait ni la perturbation alléguée ni la nécessité de remplacer définitivement la salariée dont le retour était au demeurant imminent et connu de l'employeur, ce dont il se déduisait que le licenciement n'avait d'autre cause que l'état de santé de la salariée ; qu'en déboutant néanmoins la salariée de sa demande tendant à voir constater la nullité de son licenciement et de ses demandes consécutives, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard de l'article L. 1132-1 du code du travail ;

2°/ qu'en l'état d'un licenciement fondé sur l'état de santé du salarié, il appartient au juge de rechercher si ce licenciement est justifié par une cause objective, indépendante de la prise en considération de l'état de santé du salarié ; qu'en se contentant d'affirmer abstraitement que l'absence de cause réelle et sérieuse ne peut laisser à elle seule supposer l'existence d'une discrimination et automatiquement être assimilée à une discrimination fondée sur son état de santé entraînant la nullité du licenciement, et ce au regard

des règles de preuve spécifiques en la matière prévues par l'article L. 1134-1 du code du travail sans rechercher quelle était la cause du licenciement et s'il était justifié par une cause objective, indépendante de l'état de santé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard desdites dispositions ;

Mais attendu que la cour d'appel qui, ayant constaté que l'employeur n'avait pas procédé au remplacement définitif de Mme R., en a exactement déduit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, a procédé à la recherche prétendument omise en relevant l'absence d'un élément de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Chollet, f.f. prés. – M. Rinuy, rapp. – M. Liffran, av. gén. – SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP de Nervo et Poupet, av.)

Note.

Lorsqu'un salarié s'absente à la suite d'arrêts de travail longs ou répétés, l'employeur peut s'appuyer sur le trouble qu'occasionnent ces absences sur le fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de le remplacer définitivement pour justifier son licenciement. À quelle sanction s'expose-t-il s'il apparaît qu'il n'a pas procédé à son remplacement définitif ? L'arrêt du 27 janvier 2016 précise l'articulation entre l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement fondé sur le trouble objectif occasionné par les absences d'un salarié malade, et la nullité du licenciement fondé sur l'état de santé.

Une salariée exerçant les fonctions d'adjointe au responsable d'une station-service autoroutière est licenciée à la suite de plusieurs arrêts de travail. L'employeur justifie sa décision par le dysfonctionnement majeur au sein de l'entreprise qu'occasionnaient ses absences et la nécessité de pourvoir à son remplacement définitif. La salariée a contesté son licenciement. La Cour d'appel constate que l'employeur n'avait pas procédé à son remplacement définitif, et que donc le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. En revanche, les juges refusent d'annuler le licenciement pour discrimination à raison de l'état de santé. Insatisfaite de cette solution, la salariée a formé un pourvoi en cassation. Elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir dit le licen-

ciement nul, alors qu'ils avaient constaté l'absence de perturbation de l'entreprise et l'absence de nécessité de procéder à son remplacement définitif. Selon la salariée, faute de remplacement, le licenciement doit automatiquement être discriminatoire à raison de l'état de santé.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle approuve la Cour d'appel d'avoir jugé que le licenciement prononcé par l'employeur n'ayant pas procédé au remplacement définitif de la salariée absente est dépourvu de cause réelle et sérieuse ; l'expression « *en a exactement déduit* » employée par la Cour marque ici le contrôle lourd qu'elle exerce sur ce point. Contrôle plus léger pour l'absence de nullité : la Cour indique, en substance, que les juges du fond ont bien procédé à la recherche de l'existence d'une discrimination, mais qu'ils l'ont souverainement écartée, faute pour la salariée d'apporter un élément de nature à laisser présumer celle-ci.

La solution n'est pas nouvelle ; les décisions de la Cour de cassation ne sont toutefois pas homogènes. Elle a antérieurement cassé des décisions de Cours d'appel ayant retenu la nullité du licenciement, lorsque ni la preuve de la désorganisation de l'entreprise, ni celle du remplacement définitif du salarié n'avaient été rapportées (1). À l'inverse, elle a parfois confirmé la sanction de nullité au seul motif qu'il n'était pas établi que l'absence du salarié perturbait le fonctionnement de l'entreprise (2).

L'attendu de principe, lorsqu'il est reproduit, énonce que « *si l'article L. 122-45 du Code du travail faisant interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail [...], ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise, dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif* » (3). Lorsque le fonctionnement de l'entreprise est perturbé et le remplacement du salarié absent a bien été effectué, le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse (4). Mais comment faut-il

comprendre la dernière phrase de l'attendu, « *celui-ci ne peut toutefois être licencié que si...* » ? La sanction de nullité n'est-elle pas la plus appropriée dans le cas où l'employeur a licencié, mais n'a pas procédé au remplacement ? Le pourvoi défendait cette interprétation. La formulation ne l'exclut pas, mais ne le confirme pas. La Cour de cassation ne l'a pas retenue dans l'arrêt commenté.

Dans d'autres circonstances, la nullité du licenciement prononcé en raison des perturbations qu'apportent les absences au fonctionnement de l'entreprise est retenue. Il est en ainsi lorsque :

- la rupture est intervenue sans procédure, ni énonciation de motifs pendant la période de suspension (5) ;
- lorsqu'elle vise un salarié victime d'un accident du travail, en dehors des motifs de rupture autorisés de façon restrictive par la loi pour ces salariés (6) ;
- lorsque les absences pour maladie sont systématiquement reprochées au salarié, et donc que l'état de santé est la véritable cause du licenciement (7) ;
- ou encore lorsque l'absence prolongée est la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, la maladie résultant d'un stress permanent au travail (8), ou du harcèlement moral dont il a été victime (9).

Un manquement ou un comportement aggravant de l'employeur (absence de motif dans la lettre de notification, non-respect du régime des accidents du travail, intention discriminatoire, violation de l'obligation de sécurité) l'empêche de se prévaloir de la perturbation du fonctionnement de l'entreprise et aboutit à la sanction de nullité. Ces solutions méritent l'approbation. Mais cette sanction doit-elle pour autant être écartée lorsque l'employeur invoque une perturbation de l'entreprise nécessitant un remplacement définitif du salarié malade pour licencier, mais ne procède pas à ce remplacement ?

Le droit de la preuve en matière de discrimination doit conduire à l'application de cette même sanction de nullité. Selon l'article L. 1134-1, inspiré de la jurisprudence européenne et des directives en matière de discrimination, le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe alors à la

(1) Cass. Soc. 14 décembre 2005, n° 04-41.787 ; Cass. Soc. 26 novembre 2002, n° 00-44.517, Bulletin V, n° 353, p. 345.

(2) Cass. Soc. 9 juin 2010, n° 09-40.203.

(3) Cass. Soc. 14 février 2007, n° 05-44.882 ; Cass. Soc. 18 octobre 2007, n° 06-44.251, Bulletin V, n° 163, Dr. Ouv. 2008, p. 236, n. D. Boulmier, RDT 2007, p. 717, obs. J. Pélissier ; Cass. Ass. plén. 22 avril 2011, n° 09-43.334, Bulletin n° 3.

(4) Cass. Soc. 10 novembre 1998, n° 98-40.493, Bulletin V, n° 485, p. 362.

(5) Cass. Soc. 18 décembre 2013, n° 12-17.925.

(6) Cass. Soc. 12 décembre 2012, n° 11-22.844.

(7) Cass. Soc. 16 décembre 2010, n° 09-43.074.

(8) Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 11-22.082, Bulletin V, n° 71.

(9) Cass. Soc., 11 oct. 2006, n° 04-48.314, Bulletin V, n° 301, p. 287.

partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La circonstance que le licenciement soit intervenu pendant la suspension du contrat de travail à la suite d'un arrêt maladie devrait constituer un indice suffisant permettant de supposer l'existence d'une discrimination ; à charge ensuite pour l'employeur d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs – ici, l'existence d'un trouble causé à l'entreprise en raison des absences de la salariée, nécessitant son licenciement et son remplacement. En revanche, si l'employeur ne parvient pas à justifier objectivement sa décision, le licenciement est discriminatoire à raison de la maladie. Tel aurait dû être le cas ici, puisque l'employeur a affirmé que les dysfonctionnements causés par les absences de la salariée rendaient nécessaire son remplacement définitif, mais qu'il n'a pas tiré les conséquences de cette affirmation en ne procédant pas au recrutement d'un autre salarié. La discrimination à raison de la maladie est bien constituée ; la salariée, licenciée de façon illicite, aurait dû être réintégrée. Il en va de l'effet utile des dispositions prohibant les discriminations à raison de l'état de santé.

La Cour de cassation n'écarte pas la possibilité, dans une telle situation, de relever l'existence d'une discrimination à raison de l'état de santé. En effet, elle répond ici sur le terrain de la preuve : il est reproché à la salariée de ne pas avoir apporté, devant la Cour d'appel, d'éléments de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination. Il est regrettable que la Cour de cassation n'ait pas exercé un contrôle plus sévère du respect par les juges du fond de l'article L. 1134-1 sur l'aménagement de la charge de la preuve. Sans que la Cour de cassation n'y trouve à redire, les juges du fond se contentent de constater que le motif du licenciement n'est pas l'état de santé. Ils s'en tiennent donc à une approche formelle pour écarter la discrimination : l'employeur n'a pas directement motivé le licenciement sur la maladie, mais sur la perturbation que l'absence apporte au bon fonctionnement de l'entreprise. En refusant de considérer que le fait de licencier en période de suspension constitue un indice suffisant, les juges semblent attacher à l'intention de l'employeur une importance que le droit des discriminations ne prévoit pas. Peu importe que l'auteur d'une discrimination ait ou non l'intention de discriminer : la discrimination doit pareillement être sanctionnée. La preuve d'une

intention discriminatoire n'est certes pas inutile, car elle empêche alors son auteur de justifier sa décision en se fondant sur un élément objectif étranger à toute discrimination (10). Mais l'absence d'intention discriminatoire ne doit pas conduire à rejeter l'existence d'une discrimination.

Répondant ici sur le terrain de la preuve, la Cour a cependant apporté une réponse encore plus sèche au pourvoi qui invoquait la nullité dans un arrêt rendu quelques jours plus tôt. Elle y énonce « *qu'ayant constaté que l'employeur n'établissait pas avoir effectivement procédé à un recrutement pour remplacer la salariée après son licenciement, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation de l'intéressée, en a exactement déduit que son licenciement n'était pas nul, mais dépourvu de cause réelle et sérieuse* » (11). Le chemin vers la reconnaissance d'une discrimination est encore long.

Le dispositif de lutte contre les licenciements discriminatoires à raison de l'état de santé risque d'être réduit à néant : l'employeur qui souhaite se débarrasser d'un salarié qu'il juge trop souvent absent n'a qu'à invoquer, même à tort, la perturbation du fonctionnement de l'entreprise. Peu importe que ce motif ne soit ni réel, ni sérieux : il lui permet de fixer le litige sur le terrain de la cause réelle et sérieuse et d'échapper à celui du licenciement discriminatoire. À aucun moment on ne lui reprochera d'avoir fondé son licenciement sur l'état de santé du salarié : il aura suffi qu'il se retranche derrière l'intérêt de l'entreprise. Or, c'est justement parce que, le plus souvent, la discrimination est inavouée que la charge de la preuve a été aménagée au profit de la victime.

La jurisprudence européenne avait créé cet aménagement de la charge de la preuve, qui a, par la suite, été entériné par les directives portant sur les discriminations. Mais il ne faut pas attendre ici du droit européen qu'il condamne la solution : le critère de l'état de santé n'est pas compté parmi les critères prohibés par le droit européen des discriminations. Les tentatives d'assimilation de ce critère à d'autres critères interdits par le droit européen n'ont pas toujours été fructueuses, et ce mécanisme, peu satisfaisant, appelle à un élargissement de la liste des critères prohibés en droit de l'Union (12). Peut-on faire appel aux conventions de l'OIT ? L'article 6 de la convention n° 158 de l'OIT a déjà été invoqué, mais sans succès (13). Selon cette disposition, l'absence

(10) Sauf à invoquer une justification préétablie, comme une différence de traitement fondée sur l'âge reposant sur un objectif de politique de l'emploi ou de préservation de la santé.

(11) Cass. Soc. 13 janvier 2016, n° 14-23.309.

(12) CJUE, 11 avril 2013, aff. jtes C-335/11 et C-337/11, *HK Denmark*, comm. 273, obs. L. Driguez ; CJCE, 11 juillet 2006, aff. C-13/05, *Chacón Navas*, Europ. 2006, comm. 275, obs. L. Idot.

(13) Cass. Soc. 15 juin 2000, n° 98-42.588 ; Cass. Soc. 3 juillet 2001, n° 99-43.557.

temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement. Or, pour la Cour de cassation, « ces dispositions ne font pas obstacle au licenciement d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées pour maladie rendent nécessaire son remplacement définitif dans l'entreprise ». Là encore, l'invo-cation de perturbations entraînées par l'absence fait écran à la reconnaissance d'une discrimination fondée sur l'état de santé.

L'existence d'une discrimination à raison de la maladie est pourtant soutenue par le Défenseur des droits. Antérieurement saisi par la salariée, l'autorité a présenté ses observations devant la Cour de cassation au soutien de sa demande, comme l'y autorise l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mai 2011. Une délibération antérieure appelait déjà à considérer que, lorsque les perturbations ne sont pas établies, ou

que le salarié licencié n'a pas été remplacé, le motif véritable du licenciement est bien la maladie (14), et qu'il faut donc conclure à l'existence d'une discrimination.

En ne retenant pas la sanction dissuasive de nullité à l'encontre de l'employeur qui détourne la possibilité de licencier pour trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, la solution de la Cour de cassation pourrait dissuader un salarié de bénéficier d'un arrêt de travail, pourtant prescrit par son médecin à des fins curatives. Sa position ne heurte-t-elle pas aussi, indirectement, le droit de tout Homme à la santé et à la sécurité sociale, et plus particulièrement à l'assurance maladie, droit proclamé dans de nombreux textes relatifs aux droits fondamentaux (15) ?

Florelle Moreau, Maître de conférences en droit privé, Université d'Orléans

(14) Délibération n° 2009-349 du 5 octobre 2009.

(15) Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 11 ; Déclaration universelle des droits de l'Homme, article 22 ; Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels, article 9 ; Convention

n° 130 de l'OIT concernant les soins médicaux et les indemnités de maladie ; Charte sociale européenne, articles 11, 12, 13 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, articles 34 et 35.