

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n°MLD/2012-50

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 par Madame F d'une réclamation relative au harcèlement moral qu'elle estime avoir subi de la part de son employeur et au licenciement dont elle a fait l'objet, qu'elle estime discriminatoires en raison de son état de santé et de son handicap,

décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil de prud'hommes

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**Observations devant le Conseil de Prud'hommes présentées dans le cadre de l'article 33
de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011**

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, par courrier en date du 20 décembre 2010, d'une réclamation de Madame F relative au harcèlement qu'elle estime avoir subi de la part de son employeur et au licenciement dont elle a fait l'objet, qu'elle considère discriminatoires en raison de son état de santé et de son handicap.
2. Depuis le 1^{er} mai 2011 et conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des Droits, les procédures ouvertes par la haute autorité se poursuivent devant le Défenseur des Droits.
3. Madame F, reconnue travailleur handicapé, est engagée par la société NL, devenue LBN, en qualité d'aide prothésiste dentaire à temps complet, par contrat de travail à durée indéterminée prenant effet le 22 janvier 2001.
4. En dernier état de son contrat de travail, elle occupe les fonctions d'employée prothésiste dentaire, ouvrier spécialisé, pour un horaire de travail de 32 heures hebdomadaires.
5. Par avis du 6 novembre 2002, le médecin du travail préconise qu'elle ne travaille plus sur « deux postes à haut rendement simultanément » et qu'il convient d'envisager un changement de poste « type cire ou un seul poste à la fois ». Puis, de 2008 à 2010, il déclare la réclamante apte en préconisant systématiquement la possibilité de s'asseoir le plus souvent possible.
6. Selon la réclamante, le non respect de ces préconisations par l'employeur l'aurait contrainte à être placée en arrêt maladie à plusieurs reprises au cours de l'année 2010, soit :
 - du 4 janvier au 28 mars 2010 ;
 - du 12 avril au 6 juin 2010 ;
 - du 28 octobre au 14 novembre 2010 ;
 - du 15 novembre au 31 décembre 2010.
7. Par courrier en date du 15 novembre 2010, la réclamante est convoquée à un entretien préalable à licenciement qui se tient le 29 novembre 2010 et, par courrier en date du 7 décembre 2010, elle est licenciée au motif suivant :

« Vos absences répétées et prolongées perturbent le fonctionnement de la société en ce qu'elles nous obligent à transférer votre charge de travail sur d'autres membres de notre personnel, lesquels assurent par ailleurs individuellement leur charge normale de travail.

Cela étant nous constatons que cette situation de fait perdurant désorganise l'ensemble de la production du secteur (retard de la fabrication et non respect des délais de livraison, impact sur la relation client).

Vos absences ne peuvent donc pas être palliées par un travail supplémentaire de manière récurrente mais aléatoire par nos autres employés sans perturber le bon fonctionnement du laboratoire.

Ces perturbations et la désorganisation provoquées par vos absences entraînent la nécessité de procéder à votre remplacement définitif.

En effet, il ne nous est pas possible, compte tenu, d'une part, des caractéristiques de votre poste, et d'autre part, du caractère par nature inconnu de la terminaison final et ultime de vos absences, de procéder à chaque fois à votre remplacement temporaire dans des conditions qui permettraient de garantir un fonctionnement satisfaisant du service.

Le besoin de rétablissement du fonctionnement normal de notre activité de production, activité auquel votre poste d'employé en prothèse dentaire contribue directement, nous impose désormais de pourvoir, de manière définitive et très rapidement, à votre remplacement dans votre poste. »

8. La réclamante a saisi le conseil de prud'hommes. L'audience de jugement a été renvoyée au 14 mars 2012.

Sur le non respect des préconisations du médecin du travail concernant l'aménagement du poste de travail de Madame F

9. En vertu des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail, « [...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] en raison de son état de santé ou de son handicap ».

10. En application de l'article L.4624-1 du code du travail et selon une jurisprudence de principe de la Cour de cassation, l'employeur, qui est tenu d'une obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit s'assurer de l'effectivité des préconisations faites par la médecine du travail (Cass. Soc., 19 décembre 2007, n°06-43918).
11. Cette obligation s'applique que l'avis rendu par le médecin du travail soit un avis d'aptitude ou d'inaptitude (Cass. soc., 9 avril 1996, n° 93-41076).
12. L'employeur ne peut s'exonérer de cette obligation que dans la mesure où il apporte la preuve de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de prendre en compte les préconisations du médecin du travail (Cass. soc., 23 février 2000, n°97-44.947 ; Cass. so c., 5 janvier 2000, n°97-45.252).
13. S'agissant d'un travailleur handicapé, cette obligation d'adaptation du poste est d'autant plus étendue que l'employeur est tenu, en application de l'article L.5213-6 du code du travail, de mettre en place les mesures appropriées permettant de maintenir le salarié dans un emploi correspondant à ses qualifications, dès lors que ces mesures n'entraînent pas une charge disproportionnée.
14. Par ailleurs, selon la cour de cassation, il résulte de l'article L.1152-1 du code du travail que le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel. Elle a ainsi jugé que le non respect répété par l'employeur des avis d'aptitude avec réserves émis par la médecine du travail était constitutif de harcèlement moral (Cass. Soc., 28 janvier 2010, n°08-42.616).
15. En l'espèce, il ressort des témoignages de Mesdames D, R et A, anciennes collègues de Madame F, que l'employeur n'a pas respecté les préconisations du médecin du travail, formulées dans tous les avis qu'il a émis entre 2008 et 2010, consistant à permettre à Madame F de « travailler le plus souvent possible assise ».
16. L'employeur n'établit pourtant pas avoir été dans l'impossibilité d'affecter la réclamante sur un poste conforme à ces préconisations puisque, interrogé sur ce point, il n'a apporté aucune explication ni justification aux services du Défenseur des droits.
17. Au contraire, il ressort des mêmes témoignages qu'il aurait régulièrement affecté Madame F à d'autres postes que le sien, au secteur plâtre et à l'expédition notamment, où elle était contrainte d'exercer ses fonctions exclusivement debout.
18. Ainsi, pour exemple, Madame R atteste que « le patron a décidé de l'envoyer à chaque fois qu'il pouvait la mettre à un poste debout style plâtre et l'expédition ».
19. Ce manquement persistant à l'obligation d'adaptation du poste de travail de Madame F constitue, dans ces conditions, une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.5213-6 du code du travail et un harcèlement moral au sens de l'article L.1152-1 du même code.

Sur le licenciement de Madame F

20. Selon la Cour de cassation, l'article L.1132-1 du code du travail n'interdit 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., 13 juillet 2005, n° 03-47.990, Cass.soc., 21 septembre 2005, n° 03-45.820, Cass.soc., 5 mai 2009, n°07-45.713).
21. Cette possibilité n'est cependant pas ouverte à l'employeur dans l'hypothèse où les arrêts maladie du salarié ont pour origine le harcèlement qu'il a subi dans l'exercice de ses fonctions (Cass. Soc., 16 décembre 2010, n°09-41.640).
22. En l'espèce, et comme exposé ci-dessus, les arrêts de travail pour maladie de Madame F ont pour origine le harcèlement subi du fait du refus persistant de son employeur d'aménager son poste de travail conformément aux préconisations du médecin du travail. L'employeur ne

saurait donc se prévaloir de la jurisprudence susvisée autorisant le licenciement d'un salarié absent pour cause de maladie.

23. En tout état de cause, pour que cette jurisprudence puisse s'appliquer, deux conditions cumulatives doivent être remplies. L'employeur doit démontrer à la fois la perturbation engendrée par les absences du salarié et le fait que ces absences l'ont contraint à procéder au remplacement total et définitif de celui-ci. A défaut, le licenciement est discriminatoire et, à ce titre, entaché de nullité (*Cour d'Appel de Paris, 7 septembre 2010*).
24. En l'espèce et d'une part, concernant la perturbation engendrée par les absences maladie de Madame F, l'employeur indique que la salariée était affectée au département « stellite » où elle était chargée, avec un seul autre collègue, Monsieur H, également reconnu travailleur handicapé, du polissage des appareils dentaires, activité en « *pleine expansion* » nécessitant une technicité et un savoir-faire particulier.
25. L'employeur n'apporte cependant aucun élément permettant de démontrer la technicité des tâches dévolues à Madame F par rapport à celles confiées à ses collègues de mêmes emploi et classification. Il semble au contraire que la polyvalence soit un élément fondamental au sein de l'entreprise, polyvalence dont il est d'ailleurs fait mention dans les contrats de travail des salariés embauchés sous contrat de travail à durée indéterminée.
26. De plus, interrogé sur les modalités de remplacement de la réclamante pendant ses arrêts maladie, l'employeur précise que, de janvier à avril 2010 puis d'octobre à décembre 2010, ce remplacement a été effectué par Monsieur H, alors contraint de faire de nombreuses heures supplémentaires. Il indique qu'il n'était plus possible de transférer la charge de travail de la réclamante sur Monsieur H sans mettre en danger sa santé et sa sécurité. L'employeur n'apporte cependant aucun élément de preuve de la réalisation de ces heures supplémentaires.
27. Par ailleurs, l'employeur indique que, de mai à juillet 2010, une salariée a été recrutée, sous contrat à durée déterminée, en remplacement de Madame F. Il ne précise cependant pas pourquoi il lui a été impossible de faire appel à cette même salariée lors des arrêts maladie postérieurs de la réclamante. Surtout, il apparaît que cette salariée n'a été recrutée qu'à hauteur de 15 heures hebdomadaires, soit moins de la moitié du temps de travail de Madame F.
28. En réalité, la perturbation de l'entreprise, si tant est qu'elle soit établie, ne semble pas être imputable aux absences maladie de Madame F mais plutôt à une diminution très importante de l'activité depuis le début de l'année 2010, diminution d'activité ayant eu pour conséquence une réduction notable des effectifs de la société.
29. Ainsi, il ressort de l'étude des entrées et sorties de personnel sur la période courant du mois de juillet 2010 au mois de juillet 2011 que :
 - l'effectif total de l'entreprise est passé de 78 salariés (dont 4 apprentis) au 1^{er} juillet 2010 à 72 (dont 3 apprentis) au 1^{er} janvier 2011 puis 66 (dont 2 apprentis) au 1^{er} juillet 2011 ;
 - 15 ruptures de contrats de travail à durée indéterminée sont dénombrées sur la période courant du 1^{er} juillet 2010 au 31 décembre 2011, dont 8 démissions et 4 ruptures conventionnelles ou négociées, pour seulement 3 embauches en contrat à durée indéterminée !
 - 6 de ces ruptures concernent des salariés ayant les mêmes emplois et qualification que la réclamante (employée en prothèse dentaire), dont seulement 2 ont été remplacés ;
 - une diminution notable du recours aux contrats d'apprentissage et aux contrats à durée déterminée est notée.
30. L'employeur ne démontre pas en quoi l'activité polissage sur laquelle la réclamante était affectée pouvait être, dans ce contexte, « *en pleine expansion* ». Au contraire, aux dires de la réclamante et à la lecture des témoignages produits par celle-ci, la baisse d'activité généralisée de l'entreprise touchait également l'activité polissage puisque Madame F était régulièrement affectée sur d'autres activités. Le choix de ne pas remplacer, ou que partiellement, la réclamante lors de ses arrêts maladie contredit également les dires de l'employeur.
31. D'autre part, concernant la nécessité et la réalité du remplacement total et définitif de la réclamante, l'employeur indique qu'il a procédé à l'embauche de Madame X, sous contrat à durée indéterminée, au mois de juin 2011. Il semble donc avoir satisfait aux exigences posées par la Cour de cassation qui considère que « *seul peut constituer un remplacement*

définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié. » (Cass.soc, 18 octobre 2007, n°06-44251).

32. Cependant, plusieurs éléments laissent penser que ce recrutement n'avait pas spécifiquement pour objet le remplacement de Madame F, quand bien même le contrat de travail de Madame X l'indique expressément.
33. Ainsi, il apparaît qu'au jour du licenciement, l'employeur n'avait pas l'intention réelle de remplacer la réclamante par le biais d'une embauche externe puisqu'il est indiqué dans les comptes-rendus des réunions du comité d'entreprise et des délégués du personnel du 13 décembre 2010, que l'employeur n'envisageait d'étudier le remplacement de Madame F qu'en « interne ». Or, selon la cour de cassation, l'appréciation de la nécessité de remplacement doit être faite au jour du licenciement (Cass. Soc., 15 février 2011, n°09-45580).
34. De plus, l'employeur n'explique pas son choix de remplacer uniquement Madame F de manière définitive alors même que 4 autres salariés de mêmes classification et emploi ont quitté la société sur la période courant de juin 2010 à juin 2011 et n'ont pas été remplacées.
35. Enfin, il apparaît que Madame X a été recrutée à une qualification différente, et visiblement supérieure, de celle de Madame F, à savoir prothésiste dentaire, ouvrier professionnel, et que son contrat de travail comporte une clause de mobilité sur d'autres activités et services très étendue. Ceci laisse penser que Madame X n'a pas réellement repris les fonctions de Madame F.
36. Il ressort de ce qui précède que le mis en cause n'apporte pas d'élément suffisant pour permettre de démontrer une perturbation de l'entreprise imputable aux absences répétées de la réclamante et la nécessité de procéder à son remplacement définitif.
37. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a pu considérer, dans sa délibération n° 2009-349 du 5 octobre 2009 que, en pareille circonstance, il convient de considérer que le motif véritable du licenciement n'est pas la désorganisation de l'entreprise mais la maladie, ce qui constitue une discrimination au sens de l'article L.1132-1 du code du travail.
38. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
 - Considère que le manquement persistant de l'employeur à son obligation d'adaptation du poste de travail de Madame F constitue une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.5213-6 du code du travail et un harcèlement moral au sens de l'article L.1152-1 du même code. ;
 - Constate que le licenciement de Madame F est discriminatoire et encourt la nullité, conformément aux articles L.1132-1 et L.1132-4 du code du travail.