

Paris, le 29 juillet 2013

Décision du Défenseur des droits MLD-2013-133

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 Monsieur B qui estime avoir fait l'objet d'un harcèlement moral et d'un licenciement discriminatoires en raison de son état de santé,

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**Observations devant la Cour d'appel présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi
n° 2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le Défenseur des droits a été saisi par l'intermédiaire d'un délégué territorial, d'une réclamation de Monsieur B relative à un harcèlement moral et à son licenciement pour impossibilité de reclassement qu'il estime en lien avec son état de santé.
2. Monsieur B est engagé par l'hôtel X, à compter du 14 décembre 1996, en qualité d' « *employé tournant réception et night audit polyvalent* » par contrat de travail à durée indéterminée.
3. Il connaît une évolution de carrière importante. Ainsi, en 2001, ses bulletins de paie indiquent qu'il occupe les fonctions de « *Réceptionnaire Adjoint du Directeur* ». Cependant, aucun avenant à son contrat de travail ne prend acte de ces modifications.
4. Par note de service du 28 septembre 2004, de nouvelles responsabilités lui sont confiées, telles que « *des services en réception, la gestion des stocks (économat), la maintenance de la piscine, ainsi que le suivi des réparations, de la coordination, de l'état et de l'entretien des étages* ».
5. Le 4 août 2007, le réclamant est victime d'un accident. Il est placé en arrêt maladie pour six mois, jusqu'au 6 février 2008.
6. Il ressort des bulletins de salaire de Monsieur B des mois de janvier et février 2008 que ce dernier perd 30 jours de congés payés sans explication. En effet, au 31 janvier 2008, il totalise 68 jours de congés, tandis qu'au 29 février 2008, il n'en totalise plus que 38.
7. Bien avant la reprise de ses fonctions, l'hôtel X lui demande de déposer 30 jours de congés, si bien qu'il ne reprend son travail que le 31 mars 2008.
8. A compter de cette date, Monsieur B aurait été victime d'un harcèlement moral discriminatoire de la part de son employeur. Il dénonce, outre la suppression de ses jours de congés sans motif, sa rétrogradation, et son exclusion d'une formation.
9. En effet, dès sa reprise, Monsieur B est affecté au poste de « *tournant de réception et night audit polyvalent* », retrouvant ainsi les fonctions qu'il occupait en début de carrière. Il effectue ainsi des horaires de nuit, de 23 heures à 7 heures du matin.
10. Le 9 juin 2008, il aurait été victime d'un malaise sur son lieu de travail l'obligeant à se rendre, avec l'aide de deux collègues, aux urgences. L'employeur n'aurait jamais déclaré l'incident, à la suite duquel Monsieur B aurait été placé en arrêt maladie jusqu'au 21 août 2008.
11. Le 16 juin 2008, le Docteur W, médecin traitant, certifie que « *l'état de santé de Monsieur B Didier ne lui permet pas de travailler le soir (à partir de 18h).* »
12. Le 21 août 2008, le Docteur L, médecin du travail, déclare Monsieur B « *apte à reprendre sur un poste uniquement de jour* ».
13. Malgré les prescriptions du médecin du travail, l'hôtel X fait travailler Monsieur B pendant les horaires de fermeture de la réception, soit de 15 heures à 23 heures.

14. Le réclamant alerte alors l'inspection du travail qui lui aurait conseillé de suivre les avis médicaux.
15. Par courrier du 4 septembre 2008, Monsieur B dénonce auprès de son employeur ses conditions de travail contraires aux prescriptions du médecin du travail.
16. Le 9 septembre 2008, conformément aux conseils de l'inspection du travail, Monsieur B quitte son poste de travail à 21 heures au lieu de 23 heures et en informe Monsieur ML, Directeur de l'hôtel, par courrier électronique.
17. Par courrier du lendemain, Monsieur ML constate l'absence du réclamant à son poste de travail et conclut à un abandon de poste de la part de ce dernier.
18. Lors d'une seconde visite médicale du 15 septembre 2008, le médecin du travail déclare Monsieur B « *apte à son poste de responsable achats, uniquement de jour, dans l'intervalle 7h – 18h* ».
19. Par courrier du 17 septembre 2008, Monsieur ML indique à Monsieur B : « *Vous ne pouvez ignorer que le poste tel que mentionné par le Docteur L n'existe pas dans notre entreprise et que votre contrat de travail prévoit un poste de Réceptionnaire/Night Audit polyvalent. Dans ces conditions, nous nous trouvons contraints de demander des précisions au Docteur L sur votre aptitude. Dans l'attente de cette information et afin de ne pas mettre en cause éventuellement votre état de santé, nous vous affecterons temporairement à un poste de travail diurne. Cette organisation, très contraignante pour vos collègues de travail et nous même, est transitoire dans l'attente de la position nouvelle qu'arrêtera le médecin du travail* ».
20. Concomitamment et par courrier du 17 septembre 2008, l'hôtel X informe le médecin du travail que le poste de « *responsable achats* » n'existe pas.
21. En réponse, par lettre recommandée du 19 septembre 2008, le médecin du travail produit une liste nominative des salariés complétée par l'hôtel X sur laquelle figure le poste occupé par Monsieur B : « *responsable achats* ».
22. Par courrier du 2 octobre 2008, Monsieur B conteste auprès de Monsieur ML le courrier de ce dernier du 17 septembre 2008.
23. L'hôtel X mandate un cabinet d'expertise comptable afin « *d'examiner la compatibilité des réflexions de Monsieur B concernant l'organisation de son poste de travail avec les contraintes d'organisation de l'établissement* ».
24. Ainsi, par courrier du 10 octobre 2008, le cabinet invite Monsieur B à transmettre par écrit ses « *propositions de réorganisation de poste* ».
25. Par courriel du 22 octobre 2008, Monsieur B adresse ses propositions au cabinet.
26. Du 17 au 19 novembre 2008, l'ensemble des salariés affectés au service de réception de l'hôtel suit une formation relative à l'utilisation d'un nouveau logiciel de gestion hôtelière. Monsieur B en est exclu.
27. Le 24 novembre 2008, Monsieur B est convoqué à un entretien préalable.
28. Le 10 décembre 2008 il est licencié pour « *impossibilité de reclassement* » sur un poste de jour, l'employeur indiquant que les aménagements prescrits par la médecine du travail

sont incompatibles avec son poste d'employé « *tournant réception et night audit polyvalent* ».

29. Par courrier du 17 janvier 2009, Monsieur B conteste son licenciement.
30. Il saisit le Conseil de prud'hommes lequel, par jugement du 30 juillet 2012, condamne l'hôtel X au versement des sommes de 21 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; 2 084 euros à titre de rappel de congés payés et 1 500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.
31. Par acte du 4 octobre 2012, Monsieur B interjette appel du jugement et porte l'affaire devant la Cour d'appel.

Sur l'existence d'un harcèlement moral discriminatoire :

32. L'article L. 1152-1 du code du travail dispose : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».
33. L'article L. 1152-3 du code du travail prévoit que toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions précitées, toute disposition ou tout acte contraire est nul.
34. L'article L.1154-1 dudit code définit le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en la matière, en vertu duquel : « *le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ».
35. Par ailleurs, l'article L. 1132-1 du code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de son état de santé.
36. Il renvoie à l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations qui fait du harcèlement moral fondé sur l'un des critères prohibés par la loi une discrimination.
37. Enfin, l'article L. 1132-4 du code du travail prévoit que toute discrimination est sanctionnée par la nullité.
38. En l'espèce, Monsieur B estime avoir été victime d'un harcèlement discriminatoire de la part de son employeur à compter de son retour d'arrêt maladie.
39. Il invoque s'être vu retirer ses jours de congés payés sans raison, tandis que ses collègues de travail les ont conservés. C'est en tout cas ce qui apparaît sur ses bulletins de salaire des mois de janvier et février 2008.
40. Il dénonce également les décisions de son employeur, à son retour d'arrêt maladie, de l'affecter au poste de « *night audit* », alors qu'il occupait avant son départ un poste de « *responsable d'achats* », et de le faire travailler de nuit en méconnaissance des recommandations de la médecine du travail selon lesquelles le salarié était « *apte à son poste de responsable achats, uniquement de jour, dans l'intervalle 7h – 18h* ».

41. A ce titre, il a été jugé que le non-respect par l'employeur de l'avis d'aptitude avec réserves émis par la médecine du travail auquel il est pourtant tenu peut constituer un harcèlement moral (Cass. soc., 28 janvier 2010, n° 08-42616).
42. Au surplus, constitue une mesure discriminatoire illicite, car prise en raison de l'état de santé, le changement d'affectation du salarié décidé par l'employeur qui estime que la prescription, par le médecin du travail, d'un mi-temps thérapeutique est incompatible avec les fonctions exercées. En l'occurrence, suite à un accident vasculaire cérébral d'une salariée, directrice de caisse d'une banque, la visite de reprise avait conclu à la reprise de son poste à mi-temps thérapeutique. L'employeur l'a affectée à un autre poste au motif que le mi-temps thérapeutique prescrit était incompatible avec la direction d'une caisse (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71542).
43. En l'espèce, à l'appui de ses déclarations, Monsieur B fournit notamment ses plannings des mois d'avril, mai, juin et septembre 2008 confirmant ses horaires de nuit à son retour d'arrêt maladie.
44. Afin de justifier l'affectation de Monsieur B au poste « *night audit* », son employeur indique que le poste de « *responsable achats* » n'existe pas au sein de la société.
45. Néanmoins, il ressort des pièces versées au dossier, et notamment de la liste des salariés jointe par le médecin du travail dans son courrier du 19 septembre 2008 adressé à l'employeur, que Monsieur B occupait effectivement, antérieurement à son placement en arrêt maladie, le poste de « *responsable achats* ».
46. En outre, Monsieur B déplore avoir été écarté d'une formation, à laquelle ont assisté l'ensemble des salariés de l'hôtel affectés au service de réception, sur l'utilisation d'un logiciel de gestion hôtelière, les 17, 18 et 19 novembre 2008. Il produit notamment un relevé de présence sur lequel il ne figure pas.
47. Monsieur B dénonce également le retrait progressif de ses fonctions au profit d'autres salariés de l'entreprise. Ainsi, il souligne l'engagement de Monsieur Z au poste de « *responsable technique* » à compter du 20 octobre 2007, lequel poste était pourtant occupé, selon Monsieur B, par lui-même.
48. De même, à compter du 1^{er} novembre 2008 et par note de service, la direction de l'hôtel a confié les fonctions d'intendance/économat à Monsieur RZ. Ces fonctions étaient pourtant attribuées à Monsieur B avant son départ en congé maladie, par note de service du 28 septembre 2008.
49. Pour rejeter toute allégation de harcèlement moral discriminatoire, l'hôtel X, se réfère au jugement rendu par le Conseil de Prud'hommes. Ainsi, dans son courrier du 12 octobre 2012, faisant suite au courrier d'instruction du Défenseur des droits du 26 septembre 2012, l'hôtel X déclare : « *Vous constaterez que Monsieur B ne fait pas état de harcèlement moral dans le cadre de la procédure prud'homale* ».
50. En outre, l'employeur affirme dans son courrier du 3 avril 2013 en réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits du 4 mars 2013, que « *si Monsieur B a contesté les motifs de licenciement, il n'a pas fait état de harcèlement moral, et n'a sollicité aucune indemnisation de ce chef (...). Il semble en tout état de cause, d'une part, que les motivations de Monsieur B sont confuses, et d'autre part qu'il n'est pas établi par le dossier que la Société X se serait rendue responsable d'actes de harcèlement moral discriminatoires* ».

51. Or, il résulte du jugement précité que « *la SARL X fait preuve d'une mauvaise foi évidente car il est de notoriété publique que le travail de nuit est particulièrement fatigant et stressant et donc contraire à l'état de santé de Monsieur B qui avait été gravement malade (...) la notion de gestion des risques psycho-sociaux est donc étrangère à cette société* ».
52. Au surplus, la procédure étant orale en matière de droit du travail, Monsieur B est fondé à faire valoir en appel la discrimination et le harcèlement moral qu'il estime avoir subi de la part de son employeur.
53. Il ressort de l'ensemble de ces constatations que Monsieur B a fait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire fondé sur son état de santé.

Sur le non-respect des recommandations du médecin du travail :

54. Selon l'article L. 1226-8 du Code du travail, si le salarié est déclaré apte par le médecin du travail, il retrouve son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer en ce sens s'agissant d'un salarié atteint d'une maladie non professionnelle (Cass. soc., 25 février 1997, n° 94-41351).
55. Selon l'article L. 4624-1 du même code, le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles, telles que mutations ou transformations de poste, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, la résistance physique ou à l'état de santé des travailleurs. Le chef d'entreprise doit prendre en considération ces propositions. Il est tenu, en la matière, d'une obligation de sécurité de résultat (Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 13-30712, Joly c/ Société SIMIRE).
56. Outre le fait que la méconnaissance par l'employeur des avis d'aptitude avec réserves peut constituer un harcèlement moral, l'employeur qui ne respecte pas les réserves émises par le médecin du travail peut être condamné à verser au salarié des dommages et intérêts (Cass. soc. 7 juil. 2009, n° 08-42300).
57. Si les réserves émises par le médecin du travail rendent impossible le retour du salarié à son poste, l'employeur consulte le médecin du travail afin que ce dernier prononce un avis d'inaptitude. Si le désaccord persiste, l'employeur doit alors exercer un recours contre l'avis d'aptitude auprès de l'inspecteur du travail (article L. 4624-1 du Code du travail).
58. Le licenciement n'est possible que si l'inaptitude est constatée lors d'un deuxième examen auprès du médecin du travail sollicité par l'employeur (Cass. soc. 9 oct. 2001, n° 98-46099).
59. Si le licenciement repose sur les réserves émises par le médecin du travail dans son avis d'aptitude, le salarié peut se prévaloir d'une discrimination, en application de l'article L. 1132-1 du Code du travail, au motif que son licenciement est lié à son état de santé. L'employeur ne peut, par la suite, se prévaloir de l'article 1133-3 du Code du travail qui dispose que « *les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatées en raison de l'état de santé ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ». En effet, cet article n'est applicable qu'en cas d'inaptitude totale ou définitive et non en cas d'aptitude avec réserves (Cass. soc. 25 janv. 2011, n° 09-72834).
60. En l'espèce, la Société mise en cause informe Monsieur B, dans sa lettre de licenciement, qu' « *après avoir examiné attentivement le descriptif de [son] poste actuel, [ses] souhaits de reclassement et les contraintes établies par le Docteur Jean Marc L, il nous est malheureusement impossible de vous reclasser dans l'entreprise dans un poste adapté à*

vos capacités actuelles (...). L'expert comptable a établi qu'il n'était pas possible de créer de nouveaux postes au bénéfice de Monsieur B ni d'adapter un autre poste qui puisse être conforme à l'avis du docteur L ».

61. Il en ressort que le licenciement de Monsieur B est fondé sur les réserves émises par le médecin du travail dans son avis d'aptitude et est, par voie de conséquence, discriminatoire car prononcé en raison de l'état de santé du salarié.
62. Pour sa défense, la Société allègue, dans son courrier du 3 avril 2013, que « *l'inaptitude du salarié à son poste ne peut être constatée que par le médecin du travail, soit dans le cadre de la surveillance médicale, soit dans le cadre de la visite médicale de reprise. A l'issue d'une période de suspension du contrat consécutive à une maladie ou un accident, si le salarié est déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié au besoin, par la mise en œuvre de mesures telles que mutation, transformation de poste, aménagement du temps de travail* ».
63. Or, Monsieur B n'a nullement été déclaré inapte, mais bien « *apte à son poste de responsable des achats, uniquement le jour* ». Ainsi, l'employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables aux seuls avis d'inaptitude pour justifier le licenciement de Monsieur B. Il aurait dû, soit saisir l'inspecteur du travail pour contester l'avis d'aptitude délivré par le médecin du travail, soit replacer Monsieur B dans ses fonctions antérieures ou dans des fonctions équivalentes. L'employeur n'a envisagé aucune de ces deux solutions leur préférant un licenciement pour impossibilité de reclassement.
64. Il en ressort que la Société mise en cause n'a pas respecté les avis d'aptitude avec réserves émis par médecin du travail l'obligeant à replacer le salarié dans ses fonctions antérieures ou dans des fonctions au moins équivalentes.

Sur le licenciement de Monsieur B :

65. L'article L. 1152-2 du code du travail dispose : « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...) pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral* ».
66. L'article L. 1132-1 du même code prévoit qu'aucun salarié ne peut être licencié en raison de son état de santé.
67. Les articles L. 1132-4 et L. 1152-3 du Code du travail sanctionnent par la nullité la méconnaissance de ces dispositions.
68. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 30 mars 2011, la salariée avait pris acte de la rupture de son contrat de travail au motif que sa nouvelle affectation, en méconnaissance des recommandations de la médecine du travail, constituait une modification unilatérale de son contrat. Dans son arrêt, la Cour de cassation conclut à une discrimination, « *le changement d'affectation ayant été décidé en raison de son état de santé* » (Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71542). Dans une telle hypothèse, la prise d'acte doit alors être prononcée aux torts de l'employeur et emporter les effets d'un licenciement nul en raison du caractère discriminatoire de la nouvelle affectation, liée à l'état de santé du salarié (Cass. soc., 12 décembre 2012, n°10-28166, 11-15663).
69. En l'espèce, par courrier du 10 décembre 2008, l'hôtel X licencie Monsieur B pour impossibilité de reclassement : « *Après avoir examiné attentivement le descriptif de votre poste actuel, vos souhaits de reclassement et les contraintes établies par le Docteur L [médecin du travail], il nous est malheureusement impossible de vous reclasser dans*

l'entreprise dans un poste adapté à vos capacités actuelles pour les raisons suivantes : Vous avez été embauché sur un poste d'employé tournant de réception de Night audit polyvalent qui, de par sa définition même, impose une partie de travail nocturne (...). L'organisation du travail au sein de notre établissement et notamment au sein du service Réception suppose à la fois polyvalence et possibilité d'adaptation des horaires. En effet, le caractère limité des effectifs (4 personnes au service réception) rend impossible l'aménagement de vos horaires sur la plage autorisée par votre état de santé. De ce fait, l'adaptation de votre poste au sein du service Réception est impossible ».

70. Toutefois, comme il a déjà été relevé, il ressort des pièces du dossier que Monsieur B occupait, antérieurement à son placement en arrêt maladie, les fonctions de « *responsable achats* » et non celles d' « *employé tournant de réception et night audit* », comme le soutient l'hôtel X. L'employeur semble ainsi avoir procédé à une modification unilatérale de son contrat de travail à son retour d'arrêt maladie.
71. L'hôtel X conteste les prétentions de Monsieur B selon lesquelles son licenciement aurait été prononcé en raison de son état de santé en se référant au jugement du Conseil de prud'hommes. Ainsi, dans son courrier du 12 octobre 2012, l'hôtel indique que « *le conseil [de prud'hommes] a débouté monsieur B de ses demandes (...) de dommages et intérêts pour licenciement abusif en raison d'un préjudice distinct dont il aurait eu à souffrir* ».
72. Il n'en demeure pas moins que ce jugement fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel.
73. Par conséquent, le Défenseur des droits considère que le licenciement de Monsieur B est en réalité fondé, non sur l'impossibilité d'adaptation de son poste mais sur son état de santé et constitue, à ce titre, une discrimination prohibée par les dispositions du Code du travail.
74. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Monsieur B a fait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire en raison de son état de santé ;
 - Considère que l'employeur n'a pas respecté les avis d'aptitude délivrés par le médecin du travail ;
 - Considère que l'employeur ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, que sa décision de licencier Monsieur B est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
 - Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel