

## Délibération n° 2008-133 du 16 juin 2008

### ***Situation de famille / Etat de santé / Emploi privé / Travail de nuit / Recommandation***

*La décision de changement d'affectation par l'employeur d'un salarié passant d'un horaire de nuit à un horaire de jour et, entraînant la modification de son contrat de travail, doit être fondée sur l'appréciation objective des compétences au regard des exigences du poste concerné.*

*D'une part, la prise en compte de l'âge du dernier enfant, comme critère de changement d'affectation, est contraire au principe d'égalité dans la mesure où elle institue une différence de traitement injustifiée, au regard de l'emploi occupé, selon la situation de famille des salariés.*

*D'autre part, la prise en compte de l'absentéisme, dans une décision d'affectation, introduit une différence de traitement en raison de l'état de santé.*

*Le réclamant a fait l'objet de la part de son employeur d'une mesure discriminatoire en raison de sa situation de famille et/ou de son état de santé.*

Le Collège :

Vu l'article L. 1132-1 et suivants du Code du travail ;

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 de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 2 janvier 2007 par Monsieur X, qui allègue être victime de discrimination dans l'accès au travail de nuit au sein de son entreprise Y, et ce, en raison de sa situation de famille.

Monsieur X fait partie de l'entreprise depuis le 21 avril 1999 et, exerce en qualité d'agent de fabrication, en équipe de nuit, depuis le 21 juillet 1999. Pour des raisons de baisse d'activité et de production, la société Y décide de réduire le travail de nuit et d'affecter certains salariés en équipe de jour.

Monsieur X a saisi la haute autorité en s'appuyant sur le fait que la sélection par son employeur des salariés affectés en équipe de jour se serait opérée sur la base de critères discriminatoires.

Par courrier du 21 novembre 2006, le réclamant est informé par son employeur de la modification de ses horaires de travail, passant d'un horaire de nuit à un horaire de jour. Par courrier du 24 novembre 2006, Monsieur X s'étonne, auprès de la direction des Ressources Humaines, du choix des critères retenus pour l'affectation des salariés en équipe de jour et lui demande de réexaminer son dossier.

La haute autorité a adressé plusieurs courriers à la société Y en lui demandant de bien vouloir communiquer les pièces et informations nécessaires à l'examen du dossier.

Il ressort des éléments transmis par la société Y et, notamment, du document « Critères Mutations Nuit en 2x8 », mis à jour le 15 novembre 2006, que trois critères ont été retenus pour décider de la modification des horaires de travail et de l'affectation de certains salariés en équipe de jour : l'absentéisme, l'âge du dernier enfant, l'ancienneté dans l'entreprise.

A chaque critère correspond un coefficient (3, 2, 1) et un nombre de points (10, 7, 4, 2, 0). L'absentéisme équivaut au coefficient 3, l'âge du dernier enfant au coefficient 2 et l'ancienneté dans l'entreprise au coefficient 1.

Concernant le critère de l'absentéisme, le salarié totalisera 10 points, coefficient 3, s'il n'a pas été absent en 2005/2006 ; 7 points s'il a été absent de 1 à 14 jours ; 4 points s'il a été absent de 14 à 25 jours ; 2 points s'il a été absent de 25 à 35 jours ; 0 point si l'absence est supérieure à 35 jours.

Concernant le critère de l'âge du dernier enfant, le salarié totalisera 10 points, coefficient 2, si son dernier enfant a moins de 3 ans ; 7 points si l'enfant a entre 3 et 9 ans ; 4 points si l'enfant a entre 10 et 13 ans ; 2 points si l'enfant a entre 13 et 17 ans ; 0 point si l'enfant a 18 ans ou si le salarié n'a pas d'enfant.

Concernant le critère de l'ancienneté, le salarié totalisera 10 points, coefficient 1, s'il bénéficie d'une ancienneté dans l'entreprise de 20 ans et plus ; 7 points si l'ancienneté dans l'entreprise est comprise entre 10 et 19 ans ; 4 points si l'ancienneté dans l'entreprise est comprise entre 6 et 9 ans ; 2 points si l'ancienneté dans l'entreprise est comprise entre 2 et 5 ans ; 0 point si l'ancienneté dans l'entreprise est inférieure à 2 ans.

Il en résulte que l'ancienneté, critère objectif, bénéficie d'un coefficient et d'un total de points moins importants que le critère de l'âge du dernier enfant et celui de l'absentéisme.

Pour faire suite à la demande de la haute autorité, la société Y a communiqué au service juridique la liste des salariés affectés en équipe de nuit, avec pour chacun une note 'âge du dernier enfant', 'ancienneté' et 'absentéisme'.

Il apparaît que Monsieur X a totalisé 4 points : 0 point pour absence d'enfant, 0 point pour l'absentéisme et 4 points pour l'ancienneté.

Dans sa décision d'affectation, l'employeur a pris en compte les absences pour maladie de Monsieur X. Le réclamant a eu pour note « 0 », ses absences s'élevant à 58 jours sur 2 ans. L'intéressé a donc été pénalisé en raison de son état de santé.

L'examen de la liste des salariés affectés en équipe de nuit met en évidence également que des personnes ont été recrutées et affectées au travail de nuit en mai 2007, puis en juillet 2007. Monsieur X, ainsi que les huit salariés affectés en équipe de jour, ont saisi l'inspection du travail concernant la modification de leur contrat de travail et leur passage en horaire de jour. L'Inspecteur du travail a rappelé à l'employeur que le passage d'un horaire de nuit en horaire de jour constitue une modification du contrat de travail, nécessitant l'accord du salarié. L'examen des bulletins de salaire de Monsieur X révèle que le changement d'affectation du réclamant a eu pour conséquence une perte importante de salaire.

La société Y a indiqué à la haute autorité dans son courrier du 23 juillet 2007 que « *compte tenu de l'évolution favorable de notre charge de travail, l'éventualité de reconstituer notre équipe de nuit à compter du 10 mai 2007 a été échangée avec nos partenaires sociaux fin avril. Au terme de cet échange, il a été convenu qu'un nombre limité de salariés pourrait réintégrer l'équipe de nuit. Nous avons convenu que Monsieur X retournerait en équipe de nuit. Cependant, depuis le 9 mai 2007, Monsieur X est en arrêt maladie* ».

L'article L. 1132-1 du Code du travail dispose qu' « *aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération et d'affectation, en raison de sa situation de famille, de son état de santé* ».

La décision de changement d'affectation, par l'employeur, d'un salarié passant d'un horaire de nuit à un horaire de jour et, entraînant la modification de son contrat de travail, doit être fondée sur l'appréciation objective des compétences au regard des exigences du poste concerné

D'une part, la prise en compte de l'âge du dernier enfant comme critère de changement d'affectation est contraire au principe d'égalité dans la mesure où elle institue une différence de traitement injustifiée, au regard de l'emploi occupé, selon la situation de famille des salariés.

En outre, ce critère apparaît arbitraire, la société Y n'ayant aucunement démontré qu'il soit nécessaire et proportionné.

D'autre part, la prise en compte de l'absentéisme, dans une décision d'affectation, introduit une différence de traitement en raison de l'état de santé.

La société Y a sélectionné les salariés devant être affectés en équipe de jour, en se fondant sur des critères discriminatoires. Monsieur X a donc fait l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de sa situation de famille et/ou de son état de santé.

En conséquence, le Collège de la haute autorité recommande à la société Y de revoir les critères retenus en cas de changement d'affectation de ses salariés et d'en justifier dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente délibération.

Le Collège recommande également à la société Y de se rapprocher de Monsieur X afin de clarifier son affectation et de réparer le préjudice subi, dans un délai de deux mois à compter de la présente notification et d'en rendre compte à la haute autorité.

Le Collège demande à son Président d'inviter la société Y à diffuser à son Comité d'entreprise la présente délibération.

Le Collège demande à son Président d'adresser, pour information, la présente délibération à la Direction départementale du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER