



Décision du Défenseur des droits MLD-2014-224

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative à une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur pour cause de discrimination liée à l'état de santé et au handicap et à la nullité d'un licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement (Observations en justice – Cour d'Appel)

Domaine de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations

Thème : Discrimination

- Critère de discrimination : ETAT DE SANTE
- Domaine de discrimination : EMPLOI PRIVE/EMPLOI PRIVE CARRIERE
– AUTRE/CESSATION D'ACTIVITE

Synthèse :

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative aux difficultés rencontrées par un salarié dans le cadre de son activité professionnelle et à la mesure de licenciement dont il a fait l'objet, qu'il estime discriminatoires à raison de son état de santé et de son handicap.

Le réclamant occupe les fonctions de Directeur régional d'exploitation. A son retour d'arrêt maladie, il est déclaré apte à son poste. Pourtant, lors d'une réorganisation d'entreprise dans le cadre de laquelle son poste est supprimé, l'employeur décide de ne pas lui proposer un des postes de Directeur clientèle régional nouvellement créés. L'employeur justifie cette absence de proposition par le fait que le salarié lui-même aurait demandé, à son retour d'arrêt maladie, à occuper un poste moins lourd, au regard de ses contraintes et de son état de santé. Or, malgré les précisions du salarié quant à son souhait d'occuper un poste moins lourd et son avis d'aptitude au poste, l'employeur persiste dans sa décision d'écarter le réclamant de cette fonction nouvellement créée, qui reprend pourtant exactement les missions du Directeur régional d'exploitation mais sur un périmètre géographique plus restreint.

Suite à cette décision de l'employeur, le salarié se trouve privé de ses fonctions. Un poste lui est proposé mais les précisions qu'il demande le concernant ne lui sont pas fournies et l'employeur décide finalement de retirer cette proposition. Cette situation conduit à une dégradation de son état de santé et, in fine, à son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

A l'issue de son enquête, le Défenseur des droits considère, à titre principal, que le réclamant a été victime d'une discrimination à raison de son état de santé et de son handicap, au sens de l'article L.1132-1 du code du travail, discrimination ayant entraîné une dégradation de son état de santé, situation justifiant sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur.

A titre subsidiaire, il constate que le licenciement pour inaptitude du réclamant constitue une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail et encourt la nullité, conformément à l'article L.1132-4 du même code.

En conséquence, il décide de présenter ses observations devant la Cour d'Appel saisie du litige.



Paris, le 9 janvier 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2014-224

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 Monsieur X qui estime avoir subi une discrimination à raison de son état de santé et de son handicap,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'Appel de Z.

Jacques TOUBON

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

1. Par courrier électronique en date du 1^{er} mars 2013, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative aux difficultés rencontrées dans le cadre de son activité professionnelle et à la mesure de licenciement dont il a fait l'objet, qu'il estime discriminatoires à raison de son état de santé et de son handicap.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE PRUD'HOMALE :

2. Monsieur X est engagé par la Banque populaire fédérale de développement, désormais société Y, en qualité d'employé à la direction de l'affacturage, par contrat à durée indéterminée prenant effet le 1^{er} septembre 1985.
3. En dernier état de son contrat de travail et depuis le 1^{er} octobre 2004, il occupe les fonctions de Directeur régional d'exploitation en charge des régions Nord-Est et Nord-Ouest.
4. A ce titre, il a la responsabilité du développement rentable de son exploitation régionale (élaboration et réalisation du contrat de développement régional). Pour ce faire, il encadre et anime une quarantaine de collaborateurs.
5. Monsieur X est un bon élément, ses compétences professionnelles n'ont jamais été remises en question par son employeur.
6. En 2005, il contracte la maladie de Parkinson ce qui ne l'empêche pas de poursuivre son activité professionnelle, sans difficulté ni aménagement particuliers liés à son état de santé.
7. Du 17 août 2011 au 16 septembre 2011, il est placé en arrêt maladie.
8. Lors d'un entretien informel qui se tient le 19 septembre 2011, il échange avec la Directrice des ressources humaines, Madame A, sur les conditions de sa reprise.
9. Le même jour, il est déclaré apte à son poste sans aucune réserve par le médecin du travail, aptitude qui est confirmée lors d'une visite en date du 5 octobre 2011.
10. Le 20 octobre 2011, Monsieur X dépose une demande de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé auprès de la Maison Départementale des Personnes Handicapées.
11. Concomitamment, début octobre 2011, la société Y décide de procéder à une restructuration, dans le cadre d'un projet d'entreprise dénommé « *New deal Y : réussir ensemble* », conduisant à une réorganisation complète de la Direction exploitation à laquelle Monsieur X est affecté. Ainsi, il est, notamment, prévu qu'à compter du 1^{er} décembre 2011, les trois postes de Directeurs régionaux d'exploitation existants soient remplacés par cinq postes de Directeurs clientèle régionaux. Ces fonctions sont strictement identiques mais s'exercent sur des périmètres géographiques différents.
12. Lors d'un entretien informel qui se déroule le 23 novembre 2011, la Directrice des ressources humaines, propose à Monsieur X un poste de « *Responsable du contrôle des engagements* » au sein de la Direction des risques et lui demande de se prononcer rapidement, la prise effective de poste étant prévue pour le 1^{er} décembre suivant.

13. Par courrier électronique en date du 24 novembre 2011 adressé à Madame B, Directrice des risques, le réclamant demande des informations plus précises sur le poste de « *Responsable du contrôle des engagements* » que celles figurant sur la fiche de fonction qui lui a été remise, concernant notamment ses positionnements, pouvoirs et responsabilités. Il lui précise avoir déposé une demande de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé.
14. Par courrier électronique en date du 30 novembre 2011, Monsieur C, Directeur Général, annonce la nomination de quatre Directeurs clientèle régionaux dans le cadre de la réorganisation en cours, dont Monsieur X ne fait pas partie. Il annonce que le cinquième Directeur sera nommé prochainement.
15. Par échange de courriers électroniques en date du 1^{er} décembre 2011, Madame A confirme au réclamant les termes de la proposition du poste de « *Responsable du contrôle des engagements* », prenant effet le jour même, à savoir une classification inchangée et une rémunération annuelle brute de base de 73.935€. Monsieur X lui confirme son intérêt pour la fonction proposée mais indique que la fiche de fonction communiquée nécessite des compléments d'information sur les missions qui y sont attachées et s'interroge sur les raisons pour lesquelles aucun poste de Directeur Clientèle régional ne lui a pas été proposé.
16. A compter du 1^{er} décembre 2011, Monsieur X n'occupe plus les fonctions de Directeur régional d'exploitation. Il est dès lors officiellement sans affectation.
17. Par courrier électronique en date du 14 décembre 2011, le réclamant renouvelle sa demande de précisions sur le poste qui lui est proposé, d'autant qu'un projet de réorganisation de la direction des risques vient d'être soumis au Comité d'entreprise, et s'interroge sur le lien entre sa situation et la maladie dont il est atteint et pour laquelle il a informé son employeur avoir déposé une demande de reconnaissance en qualité de travailleur handicapé.
18. Par courrier électronique du même jour, Monsieur C annonce la nomination de la cinquième et dernière Directrice clientèle régionale, Madame D, ancienne collaboratrice du réclamant, affectée sur la région Nord-Est.
19. Par courrier électronique en date du 16 décembre 2011, Madame A précise au réclamant que la proposition de poste qui lui est faite découle de sa demande, à son retour d'arrêt maladie en septembre 2011 d'occuper une fonction moins exposée que celle de Directeur Clientèle régional, et tient compte de ses contraintes et de son état de santé. Elle lui demande de se positionner dans les meilleurs délais, la proposition ayant pris effet depuis le 1^{er} décembre 2011.
20. Monsieur X est en congé et en arrêt maladie entre le 19 décembre 2011 et le 23 janvier 2012.
21. Par décision de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées du 6 janvier 2012, il est reconnu travailleur handicapé.
22. Par courrier électronique en date du 4 janvier 2012, le réclamant renouvelle son impossibilité de prendre position du fait de l'insuffisance d'information dont il dispose au sujet du poste proposé, tels que son périmètre exact, les pouvoirs attachés à sa mission et les modalités de rémunération variable. Il précise, par ailleurs, qu'il a effectivement demandé, lors de sa reprise du travail en septembre 2011, à « *occuper un poste moins lourd que celui correspondant aux spécificités de la région Nord* » mais qu'il ne comprend

pas pourquoi l'entreprise n'a pas pris le soin de lui proposer une des deux régions nouvellement constituées (nord-ouest ou nord-est) qui correspondait à ses attentes.

23. Par courrier en date du 12 janvier 2012, la société informe le réclamant qu'elle retire sa proposition de poste de « *Responsable du contrôle des engagements* » en raison de l'indécision de ce dernier.
24. Des échanges de courriers entre les médecins traitants du réclamant en date des 6 et 23 janvier 2012, il ressort que Monsieur X souffre de brûlures à l'estomac qui surviennent quand il est stressé. Après examens complémentaires, un ulcère à l'œsophage est diagnostiqué.
25. Le 1^{er} février 2012, le réclamant reprend le travail et fait l'objet d'une première visite de reprise à l'issue de laquelle le médecin du travail le déclare apte au poste de Directeur régional d'exploitation dans les termes suivants : « *Apte à la reprise sous réserve d'un poste aménagé : à temps partiel 1 à 2 jours par semaine, sans déplacement* ».
26. Monsieur X est dispensé d'activité par son employeur dans l'attente de trouver un poste aménagé conformément aux préconisations du médecin du travail.
27. Par courrier du 3 février 2012, Madame A écrit au médecin du travail afin de l'informer que le poste de Directeur régional d'exploitation « *qu'occupait* » Monsieur X est incompatible avec les restrictions apportées par l'avis délivré deux jours auparavant et qu'il « *n'est pas susceptible d'être adapté* » conformément auxdites prescriptions.
28. Le 20 février 2012, au terme d'une seconde visite, le médecin du travail le déclare « *inapte au poste de directeur régional d'exploitation – apte à un poste à temps partiel 1 ou 2 jours par semaine sans déplacement et sans pression / charge de travail* ».
29. Par courriers en dates des 24 janvier, 2 et 23 février 2012, le réclamant conteste, par l'intermédiaire de son avocate, la discrimination et la mise à l'écart qu'il estime subir.
30. Par courrier en date du 14 février 2012, la société dément les accusations de discrimination du salarié et considère que Monsieur X fait preuve de mauvaise foi en indiquant ne pas avoir bénéficié des informations nécessaires pour se positionner sur le poste de « *Responsable du contrôle des engagements* ».
31. Par courrier électronique du 29 février 2012, Madame A sollicite les différentes entités du Groupe afin de trouver une solution de reclassement pour le réclamant.
32. Le 12 mars 2012, la commission de compensation du handicap de la société est réunie, conformément à l'accord d'entreprise F relatif à l'insertion et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés. Il ressort des conclusions de cette commission du 26 mars 2012 que la société devait poursuivre ses recherches afin de proposer au réclamant un poste compatible avec les préconisations du médecin du travail. Elle décide de maintenir la dispense d'activité de Monsieur X jusqu'à cette proposition.
33. Par courrier en date du 27 mars 2012, l'employeur propose à Monsieur X un poste de chargé de mission auprès de la Direction du développement des clientèles et un poste de chargé de mission auprès de la Direction des risques.
34. Le 4 avril 2012, le réclamant saisit le Conseil de Prud'hommes de G d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur et de dommages-intérêts.

35. En l'absence de réponse du réclamant, la société réitère ses propositions de postes à titre de reclassement, par courrier en date du 11 avril 2012.
36. Par courrier en date du 18 avril 2012, le réclamant est convoqué à un entretien préalable à licenciement devant se tenir le 30 avril 2012 et, par courrier en date du 9 mai 2012 (daté de manière erronée du 9 mai 2011), il est licencié pour inaptitude, à défaut de reclassement possible dans l'entreprise.
37. Par jugement en date du 27 mai 2014, le Conseil de prud'hommes de G accueille la demande de résiliation judiciaire de Monsieur X et considère qu'elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, tout en déboutant le réclamant de ses autres demandes.
38. Le Conseil constate que la société a imposé au réclamant d'occuper un nouveau poste sans associer à sa proposition un délai de réflexion suffisant et qu'elle l'a d'autorité retiré de ses fonctions précédentes. Il ne reconnaît cependant pas l'existence d'un harcèlement moral ou d'une discrimination à l'encontre de Monsieur X, sans toutefois motiver davantage sa décision.
39. Le 4 juillet 2014, le réclamant interjette appel de ce jugement. L'audience devant la Cour d'appel de Z est fixée le 3 mars 2015.

ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS :

40. Les services du Défenseur des droits ont demandé à la société Y de lui adresser un certain nombre d'éléments et explications en vue de l'analyse de la réclamation de Monsieur X.
41. La société Y a communiqué au Défenseur des droits les éléments demandés.
42. L'analyse des éléments du dossier ainsi collectés laissant présumer l'existence d'une discrimination à raison de l'état de santé et du handicap de Monsieur X, le Défenseur des droits a adressé une note récapitulative à la société mise en cause qui y a répondu de manière motivée.

ANALYSE JURIDIQUE

43. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de Cassation, lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée (*Cass. Soc., 7 février 2007, n°06-40250 ; 10 mai 2012, n°10-21690 ; 14 décembre 2011, n°10-13542*).
44. En l'espèce, Monsieur X a saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail avant la notification de son licenciement. Dès lors, il convient d'analyser si cette demande est recevable et les effets qu'elle doit produire avant, le cas échéant, de vérifier la légitimité du licenciement prononcé par son employeur.

- **A titre principal, sur la demande de Monsieur X de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur pour discrimination :**

45. Sur le fondement de l'article 1184 du code civil, la Cour de cassation reconnaît au salarié le droit de solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail lorsque l'employeur ne

satisfait pas à ses obligations contractuelles. En cas de manquement suffisamment grave, le juge peut prononcer la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur.

46. La Cour de cassation considère que des faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire du contrat de travail (*Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-12995*).
47. En principe, la résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 20 janvier 1998, n°95-43350*). Toutefois, lorsque les faits reprochés par le salarié sont sanctionnés par la nullité, la résiliation judiciaire doit emporter les effets d'un licenciement nul. Tel est la solution adoptée par la Cour de Cassation en cas de demande de résiliation judiciaire faisant suite à des faits de harcèlement moral (*Cass. soc., 20 février 2013, n°11-26560*).
48. Le Défenseur des droits en déduit que, les faits de discrimination étant également sanctionnés par la nullité, conformément à l'article L.1132-4 du code du travail, la résiliation judiciaire prononcée à la suite de tels faits doit aussi emporter les effets d'un licenciement nul.
49. Ceci fait d'autant moins de doute que des faits de harcèlement peuvent être constitutifs de discrimination au sens 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 et de la Directive communautaire 2000/78/CE du 27 novembre 2000 que cette loi visait à transposer en droit interne.
50. En l'espèce, il convient donc de déterminer si Monsieur X a été victime d'une discrimination prohibée par la loi, justifiant la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.
51. Selon le principe général de non-discrimination posé à 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.
52. L'article L.1134-1 du code du travail définit un régime probatoire spécifique en matière de discrimination. Ainsi, lorsque survient un litige, et que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
53. En l'espèce, il apparaît que, dans le cadre de la mise en œuvre de son projet d'entreprise « New Deal », aucun des cinq postes de Directeur clientèle régional n'a été proposé à Monsieur X alors même que ce dernier occupait ledit poste depuis 2004, sous l'appellation de Directeur régional d'exploitation, et que ses compétences étaient appréciées et reconnues par ses supérieurs hiérarchiques.
54. Selon la société mise en cause, cette proposition de poste n'a pas été faite au réclamant car, à son retour d'arrêt maladie en septembre 2011, il aurait émis le souhait d'occuper un poste moins lourd que celui de Directeur régional d'exploitation. Elle précise d'ailleurs que « *si le salarié n'avait pas entamé une telle démarche, il est bien évident qu'il aurait été maintenu dans ses fonctions pour lesquelles il donnait entière satisfaction à la société* ».

55. Ledit souhait du réclamant est retranscrit dans un courrier électronique du 4 janvier 2012 dans lequel il indique à son employeur que « *le 19 septembre dernier et à la suite de mon arrêt maladie, je vous ai fait part de mon souhait d'occuper un poste moins lourd que celui correspondant aux spécificités de la région Nord, avec les caractéristiques que vous connaissez* ».
56. Cependant, il ressort de ce courrier, sur lequel s'appuie la société pour justifier l'absence de proposition du poste de Directeur clientèle régional à Monsieur X, que le réclamant souhaitait être responsable d'une région moins « lourde » que la région Nord et non pas occuper un poste moins lourd que celui de Directeur régional. La société avait d'ailleurs tout à fait conscience des caractéristiques et difficultés spécifiques de la région Nord, notamment du fait de la taille de l'exploitation, qui sont expressément visées dans l'évaluation du réclamant pour 2010/2011.
57. Malgré les explications données par le réclamant quant à son souhait de se voir confier un poste moins lourd, l'employeur n'a pas modifié son appréciation et a persisté dans sa décision de ne pas proposer à Monsieur X le poste de Directeur Clientèle régional.
58. Or, cette décision de l'employeur et le maintien de cette décision apparaissent bien liés à l'état de santé du réclamant.
59. En effet, il résulte des termes-mêmes d'un courrier électronique de la Directrice des ressources humaines en date du 16 décembre 2011 que le poste de Directeur clientèle régional n'a pas été proposé au réclamant afin de tenir compte de ses contraintes et de son état de santé.
60. Ainsi, dans cette correspondance, Madame A indique que « *lors de notre entretien à votre retour d'arrêt maladie en septembre dernier, nous avons évoqué ensemble une solution de repositionnement interne qui fasse que vous soyez sur une fonction moins exposée que celle d'un Directeur Clientèle régional, pour tenir compte de vos contraintes et de votre état de santé. La solution que nous vous proposons aujourd'hui d'occuper le poste de responsable du contrôle des engagements répond à cet objectif ; elle est compatible avec votre état de santé, et parfaitement en ligne avec vos compétences et votre expérience.* ».
61. Ce faisant, l'employeur fonde sa décision sur un motif prohibé par la loi, à savoir l'état de santé du réclamant.
62. De plus, il s'autorise à apprécier lui-même la compatibilité de l'état de santé du réclamant au poste de Directeur Clientèle régional et, même, à celui de Responsable du contrôle des engagements proposé.
63. Or, il convient de rappeler qu'une telle appréciation relève de la compétence exclusive du médecin du travail, seul habilité à constater l'aptitude ou l'inaptitude d'un salarié à son poste.
64. L'employeur était d'autant moins autorisé à porter une telle appréciation que le médecin du travail avait déclaré Monsieur X apte au poste de Directeur régional, sans aucune réserve, lors des examens médicaux des 19 septembre et 5 octobre 2011.
65. Ainsi, alors même que le réclamant était déclaré apte par le médecin du travail au poste de Directeur régional d'exploitation, le poste de Directeur clientèle régional, identique à celui de Directeur régional d'exploitation mais dans un périmètre géographique d'intervention plus restreint, n'a pas été proposé au réclamant ce, en raison de son état

de santé. Une telle mesure constitue donc une discrimination fondée sur l'état de santé prohibée par la loi.

66. Le refus persistant de l'employeur de revenir sur sa décision et les événements qui ont suivi, à savoir la proposition de poste de Responsable du contrôle des engagements sur laquelle Monsieur X devait se prononcer dans un délai très court puis le retrait de cette proposition du fait des demandes de précisions du réclamant, ont eu des conséquences sur son état de santé qui s'est progressivement dégradé.

67. Dès lors, le Défenseur des droits considère que Monsieur X a fait l'objet d'une mesure discriminatoire au sens de l'article L.1132-1 dont le maintien a eu des conséquences sur son état de santé. Le réclamant paraît donc fondé à demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur.

• **A titre subsidiaire, sur la nullité du licenciement de Monsieur X :**

68. Conformément à 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* ».

69. L'article L.1133-3 du code du travail dispose toutefois que : « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.* ».

70. Il résulte de ces textes que le licenciement d'un salarié prononcé sur le fondement de son inaptitude n'est pas discriminatoire à la double condition, d'une part, que cette inaptitude a été régulièrement constatée par le médecin du travail et, d'autre part, que le licenciement qui en résulte soit objectif, nécessaire et approprié.

71. Si cette double condition n'est pas remplie, le licenciement du salarié constitue une discrimination et encourt donc la nullité, conformément à l'article L.1132-4 du code du travail.

Sur le caractère discriminatoire du licenciement de Monsieur X du fait de l'irrégularité de la constatation de son inaptitude au poste :

72. L'exception au principe de non-discrimination prévue à l'article L.1133-3 du code du travail n'est applicable que dans l'hypothèse où l'inaptitude du salarié à occuper son poste a été régulièrement constatée par le médecin du travail.

73. Selon l'article R.4624-31 du code du travail, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude d'un salarié à son poste de travail que s'il a réalisé une étude de poste, une étude des conditions de travail dans l'entreprise et deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines. Si le maintien du salarié sur son poste entraîne un danger immédiat pour la santé et la sécurité du salarié ou lorsqu'une visite de préreprise a eu lieu dans un délai de trente jours au plus, l'avis d'inaptitude peut être délivré en un seul examen.

74. En l'espèce, Monsieur X a été déclaré inapte lors de sa visite médicale du 20 février 2012, sans que le médecin du travail ne mentionne l'existence d'un danger immédiat pour le salarié ou qu'une visite de préreprise ait été organisée dans les 30 jours précédents cette visite. Cette inaptitude n'a pas été confirmée par le médecin du travail à l'issue d'un second examen médical, comme le prévoit l'article R.4624-31 précité.

75. Dès lors que l'inaptitude de Monsieur X n'a pas été régulièrement constatée par le médecin du travail, la mesure de licenciement prononcée sur ce fondement est nulle et de nul effet car constitutive d'une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail.

Sur l'impossibilité de licencier un salarié pour inaptitude lorsque cette inaptitude est consécutive à une discrimination à raison de l'état de santé ou du handicap :

76. La Cour de cassation considère que lorsque l'inaptitude du salarié fait suite à des faits de harcèlement moral subis par ce dernier, la nullité de son licenciement doit être prononcée (*Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43994*).

77. La même solution doit a fortiori être retenue s'agissant d'une discrimination dans la mesure où celle-ci est également sanctionnée de nullité par le code du travail.

78. Ceci semble d'autant plus le cas qu'un harcèlement peut être constitutif d'une discrimination, conformément à la loi du 27 mai 2008 et à la Directive communautaire 2000/78/CE précitées.

79. En l'espèce, il ressort des éléments recueillis lors de l'enquête menée par le Défenseur des droits que l'inaptitude de Monsieur X à son poste fait suite à son absence pour cause de maladie du mois de janvier 2012 laquelle apparaît liée à la dégradation de l'état de santé du réclamant constatée à compter de son éviction du poste de Directeur régional et à la situation qui en a suivie, caractérisées de discrimination par le Défenseur des droits.

80. L'inaptitude de Monsieur X trouvant son origine dans les conséquences de la discrimination dont il a été victime, le Défenseur des droits considère donc que son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement encourt la nullité.

Sur le caractère discriminatoire du licenciement pour inaptitude prononcé alors que l'employeur a manqué à son obligation de reclassement :

81. Il découle de l'article L.1133-3 du code du travail précité qu'une mesure de licenciement fondée sur l'inaptitude d'un salarié ne constitue pas une discrimination dès lors que cette mesure est nécessaire, objective et appropriée. Tel n'est pas le cas si l'employeur n'a pas rempli son obligation de reclassement.

82. L'obligation de reclassement du salarié déclaré inapte à la suite d'une maladie ou d'un accident non professionnel trouve son fondement à la fois dans l'article L.1226-2 et dans l'article L.4624-1 du code du travail.

83. Ainsi, aux termes de l'article L.1226-2 du code du travail, l'employeur est tenu de proposer au salarié déclaré inapte à reprendre son emploi précédent par le médecin du travail un autre emploi approprié à ses capacités. Cet emploi doit être aussi comparable que possible à celui précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail. La proposition faite par l'employeur doit prendre en compte les conclusions écrites du médecin du travail.

84. Et, de manière plus générale, l'article L.4624-1 du code du travail fait obligation à l'employeur de prendre en compte l'avis du médecin du travail : « *Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs.*

Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite ».

85. S'agissant d'un travailleur handicapé, cette obligation 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. Le refus de mettre en place de telles mesures peut, d'ailleurs, être constitutif d'une discrimination (*Délibération Halde n°2010-10 du 18 octobre 2010*).
86. L'appréciation du caractère disproportionné des charges induites par la mise en place de telles mesures doit être réalisée, notamment, au regard des aides spécifiques dont peut bénéficier l'employeur et prévues à l'article L.5213-10 et suivants du code du travail.
87. A la lecture des dispositions susvisées et compte tenu de la jurisprudence applicable en la matière, l'employeur est tenu d'explorer effectivement toutes les pistes pour reclasser le salarié handicapé reconnu inapte.
88. A défaut, il lui revient d'apporter la preuve que le reclassement est impossible (*Cass. Soc., 30 juin 1988, n°86-40677 ; Cass. Soc., 7 juillet 2004, n°02-47.686 ; Cass. Soc., 9 juillet 2008, n°07-41318*).
89. En tout état de cause, il appartient à l'employeur de prouver la réalité et le sérieux de sa recherche de reclassement (*Cass., Soc., 28 octobre 2009, n°08-44253*).
90. En l'espèce, Monsieur X est reconnu travailleur handicapé à compter du 3 janvier 2012. Les dispositions de l'article L.5213-6 du code du travail lui sont donc applicables.
91. A la suite de la constatation de l'inaptitude de Monsieur X à son poste de directeur clientèle régional, l'employeur lui propose, à titre de reclassement, deux postes de chargé de mission, le premier auprès de la Direction du développement des clientèles et le second auprès de la Direction des risques.
92. Dans sa réponse au Défenseur des droits, l'employeur fournit à cet égard les fiches de poste correspondant à ces propositions ainsi que celle de Directeur régional d'exploitation. Or, il ne démontre pas en quoi l'emploi proposé est comparable à celui précédemment occupé, conformément aux dispositions de l'article L.1226-2 du code du travail.
93. Surtout, s'agissant d'un travailleur handicapé, l'employeur n'apporte pas la preuve qu'il a mis en place les mesures appropriées permettant de maintenir Monsieur X dans un emploi correspondant à ses qualifications, à savoir celles d'un Directeur régional. L'employeur aurait pu, en effet, considérer que l'emploi comparable au poste de Directeur régional d'exploitation était le poste de Directeur clientèle régional, en prenant en considération le fait que la délimitation géographique des régions était plus réduite, passant de 3 à 5 régions. Si l'employeur considérait cette option comme incompatible avec les préconisations du médecin du travail, il aurait dû envisager de mettre en place des mesures appropriées pour permettre à Monsieur X de l'exercer ou démontrer que la mise en place de ces mesures engendrait pour lui une charge disproportionnée, ce qui n'a pas été le cas.

94. En conséquence, le Défenseur des droits considère que, quand bien même l'inaptitude de Monsieur X aurait été régulièrement constatée, l'employeur a manqué à son obligation de reclassement et de mettre en place les mesures appropriées pour permettre à un travailleur handicapé d'être maintenu dans son poste et que, dès lors, le licenciement prononcé sur le fondement de l'inaptitude du réclamant constitue une discrimination et encourt la nullité.

95. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère :

- que Monsieur X a été victime d'une discrimination à raison de son état de santé et de son handicap, au sens de l'article L.1132-1 et de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, ce qui justifie sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur ;

Et, à titre subsidiaire :

- que le licenciement de Monsieur X constitue une discrimination au sens des articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail et encourt ainsi la nullité, conformément à l'article L.1132-4 du même code,

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour d'Appel de Z.

Jacques TOUBON