

Paris, le 21 décembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-320

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 la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ;

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code du travail ;

Vu le jugement du Conseil de prud'hommes de A du xx xx xx ;

Vu l'arrêt de la Cour d'appel de B du xx xx xx ;

Vu l'arrêt de la Cour de cassation du xx xx xx ;

Vu l'arrêt de la Cour d'appel de C du xx xx xx ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à son licenciement qu'il estime discriminatoire en raison de son handicap,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Jacques TOUBON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à son licenciement qu'il estime discriminatoire en raison de son handicap.

I. FAITS :

2. Monsieur X a été engagé par la société Y à compter du 16 septembre 1991, selon contrat de travail à durée indéterminée, en qualité de responsable du rayon fruits et légumes.

3. Le 11 juillet 1994, Monsieur X a été victime d'un accident du travail consécutif à la chute de cageots sur sa main et son poignet gauches.

4. À la suite de cet accident, Monsieur X a dû être placé en arrêt de travail pendant deux ans.

5. Le réclamant ayant conservé des séquelles de cet accident à la main gauche, lors de la reprise de son emploi en 1996, son poste de travail a été aménagé par le port d'un appareillage afin de lui permettre de poursuivre son activité de manutention.

6. Le statut de travailleur handicapé lui a par ailleurs été reconnu consécutivement à cet accident.

7. Le 1^{er} septembre 2008, compte tenu de la détérioration de l'état de santé de Monsieur X, le médecin du travail, relevant que la pathologie présentée par le salarié contre-indiquerait à court terme tout effort physique et compromettrait son aptitude à son poste de travail, a préconisé « *une orientation d'aide au maintien de l'emploi pour l'accompagner dans une démarche de formation de master de gestion d'entreprise qui paraît compatible avec sa problématique de santé* ».

8. C'est dans ce cadre, qu'à compter du 27 octobre 2008, Monsieur X a débuté une formation en alternance en vue de l'obtention d'un diplôme universitaire de perfectionnement à la gestion des affaires des entreprises.

9. Il a malheureusement été victime d'un nouvel accident du travail le 4 novembre 2008.

10. Ayant été placé en arrêt de travail jusqu'au 18 mars 2009 à la suite de cet accident, Monsieur X a été contraint d'interrompre sa formation.

11. Lors de la visite de reprise qui s'est déroulée le 19 mars 2009, le médecin du travail a indiqué qu'il convenait « *d'éviter toute manutention ou efforts physiques pénibles. Le poste proposé de gestion périssable semble convenir sur le plan médical.* »

12. Le 31 mai 2010, lors d'une visite réalisée dans le cadre de la surveillance médicale renforcée, le médecin du travail a conclu à l'aptitude de Monsieur X à son poste avec les aménagements suivants : « *pas de port de charges lourdes, pas de manutention, pas d'efforts physiques importants* ».

13. Pourtant, malgré ces préconisations, Monsieur X a continué à effectuer des tâches de manutention.

14. En octobre 2010, Monsieur X a repris la formation de gestion des affaires qu'il avait dû interrompre du fait de l'accident dont il avait été victime en novembre 2008, et a obtenu le

diplôme universitaire de perfectionnement à la gestion des affaires au titre de l'année universitaire 2010-2011.

15. Parallèlement, à compter du 17 janvier 2011, le réclamant a dû être placé en arrêt maladie en raison d'une lésion de la coiffe des rotateurs de l'épaule droite reconnue comme maladie professionnelle par décision de la caisse primaire d'assurance maladie du 9 mai 2011.
16. Le 18 janvier 2012, lors de la première visite de reprise, le médecin du travail a indiqué qu'une inaptitude au poste était envisagée compte tenu des restrictions concernant toute manutention et efforts physiques.
17. Par courrier du 19 janvier 2012, le médecin du travail a précisé à l'employeur que, dans l'attente de la seconde visite médicale, l'exposant pouvait occuper un poste purement administratif sans manutention ni effort physique.
18. À l'issue de la seconde visite de reprise qui s'est tenue le 7 février 2012, Monsieur X a été déclaré « *inapte au poste (Cl : manutention, gestes répétitifs d'efforts physiques)* », le médecin précisant : « *pourrait être reclassé à un poste aménagé physiquement et organisationnellement type administratif* ».
19. Par courrier du 13 février 2012, le médecin du travail confirmait à l'employeur que Monsieur X pouvait être reclassé « *à tout poste type administratif à partir du moment où le poste de travail est aménagé, par exemple : fauteuil ergonomique, bureau de bonne hauteur, matériel informatique adapté...* ».
20. Par courrier du 27 mars 2012, la société Y a informé Monsieur X de l'impossibilité de le reclasser et, en conséquence, de l'engagement d'une procédure de licenciement à son encontre.
21. C'est ainsi que, par courrier du 5 avril 2012, il a été convoqué à un entretien préalable fixé au 16 avril suivant.
22. À la suite de cet entretien, son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement lui a été notifié par courrier 20 avril 2012.
23. Considérant que son licenciement était discriminatoire car en lien avec son handicap, Monsieur X a adressé une réclamation au Défenseur des Droits le 15 juin 2012.
24. Parallèlement, le 6 août 2012, il a saisi le Conseil de prud'hommes de A.
25. Par jugement du xx xx xx, le conseil de prud'hommes, statuant en départage, a jugé que Monsieur X avait exercé les responsabilités d'un cadre à partir de mars 2009 et condamné en conséquence la société Y à lui verser un complément de salaire à ce titre et ordonné à la société de remettre à son salarié un certificat de travail et une attestation d'assurance chômage rectifiés en considération de cette condamnation.
26. En revanche, il a jugé que le licenciement notifié à l'exposant pour inaptitude physique était fondé sur une cause réelle et sérieuse et débouté en conséquence ce dernier de ses demandes en paiement de dommages et intérêts pour congédiement abusif et d'indemnités compensatrices de préavis ainsi que de sa demande en paiement d'heures supplémentaires et de toutes ses autres prétentions.
27. Monsieur X a interjeté appel de ce jugement.

28. Parallèlement, au terme de son enquête, le Défenseur des Droits, par décision n°2014-135 du 3 novembre 2014, a constaté l'absence de recherches de reclassement suffisamment sérieuses de la part de l'employeur permettant de maintenir le réclamant dans son emploi et en a déduit que son licenciement n'apparaissait pas objectif, nécessaire et approprié et constituait ainsi une discrimination fondée sur son handicap au sens des articles L.1132-1, L.1133-3 et L.5213-6 du code du travail.
29. Il a en conséquence décidé de présenter ses observations devant la Cour d'appel de B.
30. Par arrêt du xx xx xx, la cour d'appel a donné acte au Défenseur des Droits de ses observations écrites et orales.
31. Elle a réformé le jugement entrepris en ce qu'il avait dit que Monsieur X avait été exercé les responsabilités d'un cadre à partir de mars 2009 et condamné en conséquence la société Y à lui verser un complément de salaire et à lui remettre des documents sociaux rectifiés.
32. Elle a confirmé le jugement entrepris en toutes ses autres dispositions.
33. Monsieur X a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.
34. Par décision n°2015-214 du 8 septembre 2015, le Défenseur des Droits a décidé de présenter ses observations dans le cadre de cette procédure de cassation.
35. Par arrêt du xx xx xx, la Cour de cassation a cassé l'arrêt attaqué en ce qu'il avait débouté Monsieur X de ses demandes en paiement de dommages et intérêts pour licenciement abusif, d'une indemnité compensatrice de préavis, de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de ré-entraînement et de dommages et intérêts pour discrimination.
36. Elle a en effet considéré : d'une part que la cour d'appel avait violé les dispositions de l'article L. 4624-1 du code du travail en rejetant les demandes de l'exposant au titre d'un licenciement abusif alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur n'avait pas respecté les préconisations du médecin du travail excluant toute manutention ; et d'autre part, que la cour d'appel n'avait pas répondu aux conclusions de Monsieur X qui soutenait que postérieurement à la constatation de son inaptitude, l'employeur n'avait pas exécuté son obligation de ré-entraînement.
37. L'affaire a en conséquence été renvoyée devant la Cour d'appel de C, désignée comme cour d'appel de renvoi.
38. Par décision n°2017-240 du 27 juillet 2017, le Défenseur des Droits a décidé de présenter ses observations devant la Cour d'appel de C.
39. Par arrêt du xx xx xx, la cour d'appel a infirmé le jugement du Conseil de prud'hommes de A en date du xx xx xx en ce qu'il avait jugé que le licenciement notifié à Monsieur X pour inaptitude physique était fondé sur une cause réelle et sérieuse et débouté Monsieur X de ses demandes en paiement de dommages et intérêts pour congédiement abusif et d'indemnités compensatrices de préavis, de sa demande de dommages et intérêts pour non-respect de l'obligation de ré-entraînement au travail et de sa demande de dommages et intérêts pour discrimination.
40. Statuant de nouveau et y ajoutant, la Cour d'appel a jugé que la société Y avait manqué à son obligation de réentraînement au travail et condamné cette société à verser à Monsieur X une somme à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice ainsi

causé ; jugé que Monsieur X avait été victime de discrimination en raison de son état de santé et de son handicap et condamné la société Y à lui payer une somme à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice ainsi causé ; prononcé la nullité du licenciement de Monsieur X et condamné la société Y à lui verser diverses sommes à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par la nullité du licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis et en application de l'article 700 du Code de procédure civile ; débouté Monsieur X de sa demande en paiement d'une somme au titre des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la retraite et, plus généralement, du surplus de ses demandes.

41. La société Y et Monsieur X ont formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.
42. C'est dans ce contexte que le Défenseur des Droits entend présenter des observations relatives au caractère discriminatoire du licenciement de Monsieur X faite pour la société Y d'avoir procédé à des recherches de reclassement suffisamment sérieuses permettant de maintenir le salarié dans son emploi et d'avoir respecté son obligation de ré-entraînement.

II. CADRE JURIDIQUE :

43. Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, relatif au principe général de non-discrimination, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte telle que définie 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, notamment en matière de reclassement, en raison de son handicap.
44. L'article L.1133-3 du code du travail prévoit cependant que « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées ».
45. *A contrario*, lorsqu'elles ne sont ni objectives, ni nécessaires, ni appropriées, les différences de traitement sont constitutives d'une discrimination. Tel est le cas lorsque l'employeur manque à son obligation d'aménagement raisonnable à l'égard d'un travailleur handicapé.
46. S'agissant du régime probatoire, l'article L.1134-1 dudit code définit le principe de l'aménagement de la charge de la preuve :

« Le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie 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. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».
47. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale¹.

¹ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792 ; Cass. soc., 4 mars 2015, n°13-23447

48. À côté de ces dispositions générales, la protection des travailleurs handicapés est, en effet, renforcée par des dispositions spécifiques.
49. La convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et ratifiée par la France en 2010², interdit toutes les discriminations fondées sur le handicap. Selon l'article 2 de la CIDPH, « la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ».
50. Par discrimination fondée sur le handicap, la CIDPH précise qu'il faut entendre : « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres ».
51. La CIDPH définit l'aménagement raisonnable comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ».
52. Le principe d'aménagement raisonnable est présenté par la CIDPH comme un élément consubstantiel du principe de non-discrimination.
53. La directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dans son article 5, prévoit :
- « Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées ».
54. Transposée en droit interne, l'obligation d'aménagement raisonnable est mentionnée à l'article L.5213-6 du code du travail qui dispose :
- « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L.5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.
- Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L.5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.

² Ratifiée le 18 février 2010, la CIDPH est entrée en vigueur en France le 20 mars 2010 (Décret n°2010-356 du 1er avril 2010).

Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L.1133-3 ».

55. Ces dispositions définissent l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés qui pèse sur l'employeur. Cette obligation vise à compenser l'inégalité induite par le handicap en mettant à la disposition du salarié concerné les aménagements nécessaires pour garantir une égalité de traitement.
56. Par ailleurs, l'article L.1226-10 du code du travail prévoit :
- « Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités [...]. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail ».
57. Conformément à ces dispositions, il appartient à l'employeur de tout mettre en œuvre pour reclasser le salarié dans un emploi aussi comparable que possible avec l'emploi précédemment exercé ou, à défaut, sur un poste entraînant, le cas échéant, une modification de son contrat de travail³. L'employeur est ainsi tenu d'envisager toutes les solutions pour reclasser le salarié, y compris à un poste moins qualifié et moins rémunéré.
58. La jurisprudence est venue préciser qu'il appartient à l'employeur de justifier le périmètre de la recherche de reclassement⁴.
59. Dans ce cadre, l'employeur ne doit pas notamment se limiter aux souhaits exprimés par le salarié, notamment quant à sa mobilité géographique⁵. La protection du libre choix du domicile du salarié n'interdit pas à l'employeur de lui proposer un poste qui impliquerait un déménagement⁶.
60. La recherche de reclassement doit être faite dans l'ensemble des établissements de l'entreprise ou dans le groupe auquel elle appartient⁷, y compris à l'étranger, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la mutation de tout ou partie du personnel⁸, quand bien même les activités des entreprises concernées seraient différentes. Il en va de même s'agissant des entreprises avec lesquelles l'employeur entretient des relations de partenariat⁹.
61. Concernant le délai dans lequel la recherche de reclassement doit être effectuée, la période de recherche de reclassement ne doit pas être trop brève. Ainsi, l'employeur qui informe le salarié de l'impossibilité de le reclasser dès le lendemain du second avis constatant l'inaptitude, ne saurait invoquer qu'il a rempli son obligation de reclassement¹⁰.

³ Cass. soc., 6 février 2001, n°98-43272

⁴ Cass. soc., 21 novembre 2012, n°11-18293

⁵ Cass. soc., 25 mai 2011, n°10-17237 ; Cass. soc., 16 décembre 2010, n°09-42577

⁶ Cass. soc., 12 octobre 2011, n°10-15316

⁷ Cass. soc., 28 mars 2007, n°06-41068

⁸ Cass. soc., 30 septembre 2003, n°01-46667

⁹ Cass. soc., 25 mars 2009, n°07-41708 ; Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-45656

¹⁰ Cass. soc., 26 novembre 2008, n°07-44061 ; Cass. soc., 13 juin 2012, n°11-14735

62. L'obligation de reclassement ne constitue pas une obligation de résultat, l'employeur n'étant pas tenu de trouver un reclassement si celui-ci est impossible. Elle constitue néanmoins une obligation de moyen renforcée.
63. À ce titre, l'employeur doit prouver qu'il a effectué des démarches actives et loyales de reclassement, en lien avec les préconisations du médecin du travail auxquelles il est tenu de se conformer, conformément à l'article L.4624-1 du code du travail applicable au moment des faits. Il doit également les rendre effectives au titre de son obligation de sécurité de résultat définie aux articles L.4121-1 et suivants du code du travail¹¹.
64. Le licenciement d'un salarié déclaré inapte ne peut reposer que sur l'impossibilité du reclassement dont la preuve incombe à l'employeur¹².
65. S'agissant d'un travailleur handicapé, en application des articles L.1133-3 et L.5213-6 du code du travail, cette obligation est d'autant plus étendue que l'employeur se trouve dans l'obligation de mettre en place les mesures appropriées afin de permettre le maintien du salarié dans un emploi correspondant à ses qualifications, dès lors que ces mesures n'entraînent pas une charge disproportionnée.
66. Les mesures appropriées renvoient notamment aux démarches actives et loyales de reclassement et/ou d'aménagement du poste de travail, en lien avec le médecin du travail, qu'il incombe à l'employeur de mener.
67. Il appartient à l'employeur de démontrer que la mise en œuvre de ces mesures constitue une charge disproportionnée. L'appréciation de ce caractère disproportionné doit notamment être réalisée au regard des aides spécifiques dont peut bénéficier l'employeur et prévues à l'article L.5213-10 et suivants du code du travail.
68. Le refus de l'employeur de mettre en place des mesures appropriées, sans justifier qu'elles constituent une charge disproportionnée, est constitutif d'une discrimination fondée sur le handicap du salarié, conformément aux dispositions de l'article L.5213-6 alinéas 2 et 3 du code du travail.
69. Le Défenseur des droits considère que le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement doit être analysée comme constituant *de facto* un manquement de l'employeur à son obligation d'aménagement raisonnable qui a pour effet de priver ses décisions, telle une mesure de licenciement, de tout caractère objectif, nécessaire et approprié au sens des dispositions de l'article L.1133-3 du code du travail, ce qui caractérise une discrimination prohibée par les articles L.1132-1 et L.5213-6 du code du travail.
70. En effet, lorsque l'employeur manque à son obligation de reclassement, la décision de licencier le salarié perd tout fondement objectif et repose *in fine* sur son état de santé ou son handicap. Le licenciement, qui aurait pu éventuellement être évité si l'employeur avait satisfait à son obligation de reclassement par la mise en place d'une mesure appropriée pour permettre au travailleur handicapé d'être maintenu dans son emploi, encourt ainsi la nullité, par application de l'article L.1132-4 du code du travail.
71. En l'espèce, la reconnaissance par la cour d'appel d'un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement doit donc être qualifiée de discrimination.

¹¹ Cass. soc., 19 décembre 2007, n°06-43918

¹² Cass. soc., 7 juillet 2004, n°02-47686 ; Cass. soc., 21 novembre 2012, précité

72. C'est ce qu'a retenu la cour d'appel de B, dans une affaire où la Haute autorité de lutte contre les discriminations, dont le Défenseur des droits de repris les missions¹³, avait présenté des observations¹⁴.
73. C'est également ce qu'a récemment retenu la Cour d'appel de C dans la présente affaire¹⁵.
74. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour de cassation.

Jacques TOUBON

¹³ Article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

¹⁴ Délibérations Halde n°2009-326 et 2010-228, 14 septembre 2009 et 18 octobre 2010 ; CA Bordeaux, 20 octobre 2011, n°10/03585

¹⁵ CA, 26 janvier 2018, n°17/01861