

CONTRAT DE TRAVAIL Directeur technique en mi-temps thérapeutique – Demande de passage en $\frac{3}{4}$ temps – Refus de l'employeur au motif de l'incompatibilité avec l'organisation du travail – Licenciement disciplinaire – Fautes non établies – Discrimination liée à l'état de santé – Nullité de la rupture – Réintégration.

LICENCIEMENT Discrimination – Nullité de la rupture – Réintégration – Indemnisation – 1° Rémunération correspondant à la période d'éviction de l'entreprise – 2° Indemnisation complémentaire liée aux circonstances de la rupture.

COUR D'APPEL D'AGEN (Ch. Soc.) 13 janvier 2015

A. contre Société Barat Étiquettes venant aux droits de la SAS Imprimerie Barat

FAITS ET PROCÉDURE :

M. A. a été engagé le 1^{er} août 2005 en qualité de directeur technique par la société Barat Étiquettes, venant aux droits de la société Imprimerie Barat. Sa rémunération mensuelle a été portée à 4.700 euros sur 13 mois à compter du 1^{er} avril 2006, augmentée par avenant du 4 mai 2006 d'une prime annuelle de résultat.

Il a fait l'objet de plusieurs arrêts maladie à compter du 27 juin 2006. Par avenant du 26 septembre 2006, il a renoncé au bénéfice de la prime de résultat, l'employeur s'engageant à lui verser durant son congé maladie un complément de salaire à hauteur de 4.700 euros sur 13 mois pendant une durée minimale de trois ans.

Lors d'une visite de reprise le 23 mai 2007, il a été

déclaré par le médecin du travail apte à reprendre son poste dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique, ce qu'il a fait à compter du 24 mai 2007.

Il a demandé, à compter du 1^{er} janvier 2008, à reprendre son emploi en trois quarts temps thérapeutique.

M. A. a été licencié le 10 mars 2008 pour cause réelle et sérieuse et a saisi la juridiction prud'homale pour voir dire son licenciement nul, subsidiairement sans cause réelle et sérieuse, et obtenir le paiement de diverses sommes tant au titre de la rupture que de l'exécution du contrat de travail.

Par jugement du 7 mars 2011 rendu en formation de départage, le Conseil de prud'hommes de Libourne a dit que le licenciement n'est pas fondé sur une cause

réelle et sérieuse, condamné l'employeur à payer au salarié les sommes de 30.000 euros à titre d'indemnité de licenciement et 3.600 euros à titre de solde de salaire, outre 360 euros de congés payés, et rejeté les autres demandes du salarié.

Par arrêt du 18 décembre 2012, la Cour d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement en toutes ses dispositions, sauf en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamné l'employeur à payer au salarié la somme de 40.000 euros à ce titre, et rejeté les observations du Défenseur des droits.

M. A. s'est pourvu en cassation le 15 février 2013.

Par arrêt du 28 mai 2014, la Cour de cassation a cassé et annulé, mais seulement en ce qu'il rejette les demandes de M. A. au titre de la rupture de son contrat de travail, l'arrêt rendu le 18 décembre 2012 entre les parties par la Cour d'appel de Bordeaux et les a renvoyés devant la Cour d'appel d'Agen.

La cassation est intervenue sur le deuxième moyen, au visa des articles L. 1132-1, 1134-1 et L. 1132-4 du Code du travail :

« Attendu que, pour rejeter la demande en nullité du licenciement pour discrimination fondée sur l'état de santé, l'arrêt retient, d'une part, que, jusqu'à ce que le salarié informe son employeur de son souhait de reprendre son poste de travail de cadre dirigeant à trois quarts temps thérapeutique, leurs relations ont été satisfaisantes, aussi bien durant le congé maladie du salarié que lors de sa reprise du travail à mi-temps thérapeutique, que ces relations se sont détériorées à la suite d'un échange de lettres, l'employeur expliquant qu'autant le partage d'un poste de direction à mi-temps entre deux cadres était compatible avec le bon fonctionnement de l'entreprise, autant la mise en place d'un trois quarts temps n'était pas une solution adaptée à l'entreprise, ce, en dehors de toute volonté discriminatoire, d'autre part, qu'aucun élément produit par les parties ne permet d'établir, ni d'objectiver la volonté de l'employeur de discriminer ou d'éliminer le salarié en raison de son état de santé, que, bien au contraire, tout a été mis en œuvre par l'employeur pour favoriser le retour de ce salarié malade jusqu'à complète guérison, et ce, bien que ce dernier n'ait eu que quelques mois d'ancienneté dans l'entreprise au moment où sa maladie est survenue ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que la mise en œuvre de la procédure de licenciement avait eu lieu peu de temps après l'envoi par le salarié de lettres à son employeur lui demandant de passer d'un mi-temps thérapeutique à un trois quarts temps thérapeutique en raison de son état de santé, et qu'elle retenait que les motifs du licenciement invoqués n'étaient pas établis, ce dont il résultait que le salarié présentait des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et qu'il incombait à l'employeur, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés » ;

MOTIFS :

Attendu que la lettre de licenciement est ainsi motivée :

« Pour faire suite à notre entretien du 5 mars 2008, je vous notifie par la présente votre licenciement en raison de la carence professionnelle dont vous avez fait preuve à l'occasion de l'impression d'étiquettes de la nouvelle gamme « L'Excellence de Buzet » sur le papier Chromolux alu et sur l'établissement du devis comportant une grossière erreur de prix pour la série d'étiquettes La Lézardière.

Lors de la réalisation de l'impression « L'Excellence de Buzet », vous n'avez pas indiqué au conducteur la bonne encre à utiliser, si bien que le tirage a été effectué avec des encres inadaptées et un vernis acrylique inapproprié. De ce fait, les étiquettes ne séchaient pas et ne pouvaient donc être livrées. Les bonnes encres commandées par le conducteur le 14 février 2008 ont été livrées le 18 février 2008.

Je vous ai demandé, le 19 février 2008 à 14 heures, ce que vous comptiez faire pour livrer notre client, livraison prévue le 25 février 2008 : vous n'avez pas été capable de me répondre. Puis, sachant que seulement deux solutions s'offraient à vous (refaire le tirage avec les bonnes encres ou attendre), vous avez préconisé d'attendre l'hypothétique séchage (à ce jour, ces étiquettes ne sont toujours pas sèches).

J'ai dû, face au risque de mécontentement de notre client, décider de retirer ces étiquettes pour faire réaliser l'impression le 19 février 2008 avec une encre plastique adaptée. Ce sont ces étiquettes que nous avons, en définitive, livrées au client.

Il s'avère ainsi que vous avez doublement failli à l'occasion de cette impression : d'une part, en employant une encre inadaptée au papier Chromolux alu, d'autre part, en ne prenant pas l'initiative de réimprimer les étiquettes. Pourtant, il vous était possible d'attendre d'avoir les bonnes encres, que vous pouviez d'ailleurs vous procurer au besoin dans la journée chez W. (société du même groupe, à une heure de route) qui les utilise couramment.

Par ailleurs, vous avez établi, le 3 mars 2008, une cotation de 16,95 euros le mille pour le client G. pour 240.000 étiquettes traditionnelles « La Lézardière ». Initialement devisé à hauteur de 18,95 euros, vous avez baissé le prix de 2 euros le prix au mille pour le ramener à 16,95 euros. Or, nos grilles tarifaires moyennes applicables pour ce type de produits oscillent entre 8 euros et 10 euros le mille.

L'affaire a été traitée par la concurrence à 8,15 euros. Votre mauvaise appréciation du prix de vente a pénalisé l'imprimerie Barat (le marché n'a pas été pris) et a donné une image peu crédible de notre société auprès de notre client. Vous ne maîtrisez pas les ordres de grandeur des prix, l'erreur commise étant du simple au double.

Un tel comportement est inacceptable au regard des fonctions et responsabilités qui vous incombent en votre qualité de directeur technique de notre imprimerie. Il caractérise, en effet, erreurs techniques et incapacité à apprécier le service client. Les explications que vous nous avez apportées lors de notre entretien du 5 mars

2008 sur les dossiers « L'Excellence de Buzet » et « La Lézardière » ne nous permettent pas de modifier notre analyse de la situation.

Il apparaît, dans ces conditions, qu'il ne nous est pas possible de poursuivre davantage notre collaboration ».

- Sur la cause du licenciement :

Attendu qu'en vertu 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, en raison, notamment, de son état de santé ;

Attendu que, lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise, où le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ;

Attendu, en l'espèce, que M. A. présente les éléments de fait suivants, laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte :

- en arrêt de maladie du 16 août 2006 au 23 mai 2007, son état de santé lié à une maladie orpheline invalidante ne lui permettant pas de reprendre son poste à temps complet comme il le souhaitait, à compter de janvier 2008, M. A. indiquait à son employeur que son médecin traitant lui avait préconisé une reprise à 3/4 temps (le docteur A..., par certificat du 31 décembre 2007, avait en effet préconisé le passage d'un mi-temps thérapeutique à un 3/4 temps thérapeutique du 01-01-2008 au 31-03-2008),

- le médecin du travail, docteur B..., avait établi une fiche de visite périodique le 17 janvier 2008, suivant laquelle M. A. était apte à son poste actuel avec passage d'un mi-temps thérapeutique à un 3/4 temps thérapeutique pendant 3 mois,

- lors de la réunion du comité d'entreprise du 4 mars 2008, l'employeur annonçait que le salarié était convoqué à un entretien préalable au licenciement, en indiquant que cet entretien n'avait rien à voir avec ses soucis de santé, mais concernait plusieurs erreurs commises par ce dernier qui remettaient en cause sa capacité technique,

- son licenciement était notifié le 1^{er} mars 2008, reposant sur deux griefs, le premier, en date du 19 février 2008, consistant à ne pas avoir indiqué au conducteur offset la bonne encre à utiliser pour imprimer des étiquettes « L'Excellence de Buzet », et le second, consistant à s'être trompé, le 3 mars 2008, en établissant un devis pour 240.000 étiquettes, en fixant le prix du mille à 16,95 €, alors que les prix pratiqués par l'entreprise pour ce genre de produit oscillaient habituellement entre 8 et 10 € le mille,

- durant toute la relation contractuelle, il n'avait jamais fait l'objet d'aucun reproche,

- concomitamment, entre le mois de février 2008 et le licenciement de M. A., ce dernier et l'employeur échangeaient une série de lettres recommandées avec accusé de réception :

- Le 24 janvier 2008, l'employeur écrivait : « Vous avez pris vos fonctions le 28 juin 2005. Vous êtes tombé malade le 6 juin 2006 jusqu'au 23 mai 2007 (pendant cette période, vous avez travaillé du 24 juin 2006 au 3 juillet 2006 et du 14 juillet 2006 au 15 août 2006). Vous êtes en mi-temps thérapeutique depuis le 24 mai 2007, et vous passeriez en trois quart temps thérapeutique à compter du 1^{er} janvier 2008. Vous m'avez exprimé hier matin, lors d'un entretien, vos difficultés pour tenir votre poste de directeur technique. Vous m'avez exposé que vous étiez obligé d'écourter encore d'avantage vos après-midi de travail aux alentours de 15 h pour suivre des séances de kinésithérapie à l'extérieur de l'entreprise.

Il semble apparaître qu'il vous manque du temps pour mener à bien vos différentes missions. Cela pose d'autant plus de difficultés que vous vous montrez réticent pour vous faire assister par Thierry C., susceptible de vous suppléer. Comme je vous l'ai exposé, ces conditions ne peuvent perdurer et ne me conviennent pas, l'entreprise Barat se trouvant désorganisée. Il convient de clarifier la situation pour ne pas pénaliser l'Imprimerie Barat pour cette nouvelle année 2008, capitale » ;

- Le 1^{er} février 2008, Monsieur A. répliquait : « Il est tout à fait possible d'organiser mon véritable poste de directeur technique sur un trois quart temps, mais encore faut-il avoir la volonté de le faire et de m'en donner les moyens. Il faut qu'il y ait une personne qui suive le service traditionnel en relais et, lors de notre conversation, vous avez complètement exclu cette demande, par conséquent il est difficile de développer une vision objective du schéma à mettre en place. Mes perspectives sont de revenir à temps complet dans les meilleurs délais » ;

- Le 12 février 2008, l'employeur écrivait : « Cette situation dure à présent depuis de nombreux mois et pénalise lourdement l'organisation interne de l'entreprise. Le trois quart temps n'apporte aucune réponse à notre besoin d'organisation. Vous comprendrez aisément qu'il est plus facile pour nous d'organiser deux mi-temps qu'un trois quart temps bancal. La seule solution qui s'offre à nous est donc de partager l'exécution de cette mission en deux, à savoir votre présence le matin, l'après-midi étant géré par un autre responsable. Cette solution a l'aval de la médecine du travail, qui a émis des réserves sur votre capacité, même à terme, à occuper totalement votre poste. Nous souhaitons donc envisager avec vous une évolution vers un emploi à mi-temps – secteur du traditionnel uniquement, salaire à 50 % du salaire actuel, sachant que vous devriez bénéficier d'une incapacité premier groupe à 30 %, plus le complément Axa à la hauteur de 20 %, donc sans perte de revenus – partage équitable des fonctions et des responsabilités avec l'autre responsable » ;

- Le 19 février 2008, le salarié relatait l'entretien qu'il avait eu le 6 février 2008, en présence du directeur administratif et financier, qui « s'était déroulé dans des conditions difficiles » ; il poursuivait en indiquant qu'il lui paraissait prématuré d'envisager une pension

d'invalidité : « Je suis certain qu'il est possible de mettre en place une organisation à trois quarts temps. J'ai un poste de directeur technique, pas de responsable de production. Vous semblez délibérément l'oublier, etc. » ;

Attendu que la mise en œuvre de la procédure de licenciement est intervenue peu de temps après l'envoi par le salarié de ces lettres à son employeur lui demandant de passer d'un mi-temps thérapeutique à un trois quarts temps thérapeutique en raison de son état de santé ;

Que l'employeur n'avait pas encore notifié au salarié son refus d'aménagement de son temps de travail, qu'il initiait une procédure de licenciement ;

Attendu qu'ainsi le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ;

Attendu qu'au vu de ces éléments, il incombe à la société Barat de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, le juge formant sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ;

Attendu que l'employeur soutient que le retour de M. A. était attendu et souhaité, ce qui est attesté par les comptes-rendus du comité d'entreprise, et que l'absence, puis le retour du salarié à mi-temps thérapeutique ont d'ailleurs été compensés par le recrutement, courant juillet 2006, de Monsieur Thierry C., qui assurait son remplacement provisoire ;

Qu'il affirme que tout a été mis en œuvre par l'employeur pour favoriser le retour de ce salarié malade, jusqu'à complète guérison, et ce, bien que ce dernier n'ait eu que quelques mois d'ancienneté dans l'entreprise au moment où sa maladie est survenue, et que seules des difficultés liées à l'organisation du travail, tenant à un partage de responsabilité de ce poste de directeur technique, poste de cadre dirigeant, en 3/4 temps et 1/4 temps, sont visiblement à l'origine des dissensions entre M. A. et son employeur, puisque l'employeur proposait encore, le 12 février 2008, à ce dernier de le conserver en mi-temps thérapeutique, jusqu'à complète guérison ;

Qu'il explique qu'autant le partage de ce poste de direction à mi-temps entre deux cadres était compatible avec le bon fonctionnement de l'entreprise, autant la mise en place d'un 3/4 temps, comme le souhaitait M. A., n'était pas une solution adaptée à l'entreprise, et ce, en dehors de toute volonté discriminatoire ;

Attendu qu'il apparaît à l'examen des différents courriers échangés qu'en raison des contraintes liées à sa maladie, M. A. éprouvait des difficultés à exercer ses fonctions de directeur technique, ce pourquoi il sollicitait de son employeur un aménagement de son temps de travail ;

Or, attendu que l'employeur, loin d'accéder à la demande du salarié d'aménagement de son poste à trois quarts temps de travail, a privilégié un partage du poste en deux postes à mi-temps, ce qui, à l'évidence, conduisait M. A. à partager ses responsabilités avec un autre cadre, ayant un statut équivalent au sien ;

Que, même pour un temps limité, cette solution préconisée par l'employeur aboutissait à confier à M. A., non plus un poste de directeur technique, pour lequel il

avait été recruté et qui était un poste unique de cadre dirigeant, mais à lui faire partager son poste comme responsable de production ;

Que les comptes-rendus du comité d'entreprise du 5 juin 2007, mentionnant que « Gilles est à ce jour en mi-temps thérapeutique et reprend ses fonctions petit à petit. Régis D... est très optimiste sur sa reprise à temps complet » et celui du 4 décembre 2007, notant que Gilles A. « doit également reprendre à plein temps à partir de janvier », ne sont pas significatifs des intentions de l'employeur à son égard ;

Qu'un emploi à trois quarts temps thérapeutique était préconisé par le médecin du travail ;

Que le Défenseur des droits observe que le licenciement de M. A., initié une semaine seulement après son refus du mi-temps thérapeutique proposé par l'employeur, est lié à ce refus d'aménagement de son temps de travail, en contradiction avec la recommandation du médecin du travail, justifiée par son handicap ;

Que l'employeur n'établit pas en quoi l'organisation du travail de M. A. sur un 3/4 temps thérapeutique n'était pas réalisable ;

Qu'il convient, dès lors, de vérifier le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement ;

Attendu que M. A. prétend que les deux griefs invoqués à l'appui du licenciement sont dépourvus de caractère sérieux, ce qui conduit inéluctablement à se poser la question du véritable motif du licenciement ;

Attendu que, sur le premier grief daté du 19 février 2008, relatif à l'impression défectueuse d'étiquettes « Excellence de Buzet », M. A. expose que c'est le conducteur offset qui, de sa propre initiative et sans l'en informer, a effectué le tirage sur des encres classiques, au lieu de séries plastiques qui n'étaient plus en stock, ainsi, si les poses du blanc et du rosé ont séché, le modèle rouge n'a pas accroché ; que, toutefois, il a aussitôt remédié à ce défaut d'impression, sans aucun dommage pour le client qui a été livré, et a donné les instructions nécessaires à la prévention de ce type d'incident ; qu'au contraire, l'employeur prétend que M. A. n'a pas réagi selon les règles de l'art et que le délai de livraison, à l'origine le 15 février 2009, a été reporté au 25 février 2009, en raison de l'inertie de M. A. ;

Attendu que la carence dont a fait preuve M. A. à l'occasion de l'impression de nouvelles étiquettes a été aussitôt corrigée par le salarié, n'a pas empêché la livraison et n'a causé au client de la société Barat aucun dommage ;

Que le manquement de M. A., s'il est bien réel, ne constitue pas un motif sérieux de licenciement à l'encontre d'un salarié n'ayant fait l'objet d'aucun reproche dans l'exécution de sa mission ;

Attendu que, sur le second grief, daté du 3 mars 2008, relatif au devis établi pour le client G. pour les étiquettes traditionnelles « La Lézardière », M. A. ne conteste pas avoir commis une erreur en établissant un devis pour 240.000 étiquettes, en fixant le prix du mille à 16,95 euros, alors que les prix pratiqués par l'entreprise pour ce genre de produit oscillaient habituellement entre 8 et 10 euros le mille, mais il note que cette

erreur, intervenue 48 heures avant l'entretien préalable, a été ajoutée pour asseoir le licenciement, alors que le directeur commercial avait, selon lui, donné son aval au devis en le modifiant de 2 euros et que c'est un retard de transmission du devis au client, ne lui étant pas imputable, qui a causé l'annulation de la commande ; que, pour sa part, l'employeur précise qu'il appartient au directeur technique de fixer le prix, le directeur commercial ajustant celui-ci en fonction des relations commerciales particulières avec le client, et que ce manquement est donc bien imputable à M. A. ;

Attendu que ce second grief est non contesté en sa matérialité ;

Qu'il ressort toutefois d'un échange de mail avec le client que celui-ci attendait la cotation dans la journée du 29 février, alors que la demande n'a été transmise à M. A. que le 3 mars ; qu'ainsi, il n'est pas établi que c'est l'erreur de M. A., et non le retard apporté dans la réponse, non imputable à celui-ci, qui a fait échec à la commande ;

Attendu que ce second grief, survenu après la remise au salarié, le 25 février 2008, de sa lettre de convocation à l'entretien préalable, et deux jours avant la tenue de cet entretien le 5 mars, ne constitue pas un motif sérieux de licenciement ;

Attendu, en conséquence, que la société Barat ne démontre pas que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces constatations que le véritable motif du licenciement réside dans l'état de santé du salarié ;

Qu'il y a lieu de prononcer la nullité du licenciement pour motif discriminatoire fondé sur l'état de santé de M. A. ;

- Sur les conséquences du licenciement nul :

- Sur la demande de réintégration :

Attendu que le salarié victime d'un licenciement nul qui le demande a droit à réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent ;

Attendu que M. A. demande sa réintégration aux motifs qu'il ne peut retrouver dans son secteur d'activités un poste équivalent, qu'il est apte au travail et souhaite travailler jusqu'à sa retraite, et que l'impossibilité de réintégration invoquée par l'employeur ne peut résulter de la suppression du poste, ni du fait que le poste est occupé par un autre salarié ;

Attendu que c'est vainement que l'employeur explique que la réintégration de M. A. est impossible au poste de directeur technique en l'absence de poste disponible, car le poste est pourvu par M. François E., classifié comme lui Groupe I-B. II ;

Qu'en effet, M. A. est fondé à demander sa réintégration dans l'entreprise, même si son poste a été pourvu ;

Qu'il sera, en conséquence, fait droit à la demande de réintégration ;

- Sur la demande d'indemnisation du préjudice :

Attendu, par ailleurs, qu'en application des dispositions des articles L.1132-1 et L.1132-4 du Code du travail,

tout licenciement prononcé à l'égard d'un salarié en raison de son état de santé est nul ; que, dès lors qu'il caractérise une atteinte au droit à la protection de la santé, garanti par l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et le jugement constatant la résiliation judiciaire de son contrat de travail, peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou revenus de remplacement pendant cette période ;

Attendu que M. A. réclame le paiement des salaires durant la période d'éviction jusqu'au jour de la réintégration, sans aucune déduction, soit la somme de 521.000 euros au 31 décembre 2014, sauf à parfaire au jour de la réintégration ;

Qu'à ce titre, M. A. verse aux débats ses bulletins de salaire, les éléments de calcul des salaires qu'il aurait dû percevoir ; qu'il produit ensuite un décompte établissant, année par année, les salaires qu'il aurait dû percevoir, auxquels s'ajoutent une prime de résultat annuelle ainsi qu'une prime de participation ;

Que, selon ce décompte, il a subi une perte de salaires bruts de 53.000 euros pour 2008, une perte de 65.000 euros pour l'année 2009, une perte de ce même montant de 65.000 euros pour les années 2010 à 2014, soit un total de 521.000 euros à la date du 31 décembre 2014 ;

Attendu que ce calcul ne peut être retenu, dès lors qu'il convient de tenir compte d'un salaire de 4.700 euros et non de 5.000 euros, sans prime de résultat, celle-ci ayant été supprimée par avenant du 21 septembre 2006 ;

Qu'il en résulte que M. A. a subi une perte de salaire de 59.400 euros au cours des années 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 et 2014, soit six ans (soit 356.400 euros) et une perte de salaire de 35.900 euros en 2008, soit un total de 392.300 euros qu'il convient d'allouer au salarié à titre indemnitaire ;

- Sur les dommages et intérêts pour licenciement nul :

Attendu que M. A. sollicite une somme de 100.000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul en application de l'article L.1235-3 du Code du travail, tenant compte d'une ancienneté de trois ans, de son expérience et d'un passé sans reproche, des difficultés à retrouver un emploi, étant apte à travailler, mais reconnu travailleur handicapé et n'ayant retrouvé qu'un emploi précaire à La Réole ;

Attendu que M. A. avait, à la date de rupture de son contrat de travail, une ancienneté de 20 mois (eu égard à la suspension de son contrat pour cause de maladie), de sorte que c'est l'article L.1235-5 du Code du travail qui trouve à s'appliquer, et non l'article L.1235-3 ;

Attendu qu'eu égard aux circonstances de la rupture, au montant de la rémunération versée à M. A., à son âge (46 ans au moment du licenciement) et à son ancienneté, il y a lieu de lui allouer, en application de l'article L.1235-5 du Code du travail, une somme de 28.200 euros ;

(...)

PAR CES MOTIFS

Vu l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 mai 2014,

Vu l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 18 décembre 2012,

Infirme le jugement rendu le 7 mars 2011 par le Conseil de prud'hommes de Libourne en ce qu'il rejette les demandes de M. A. au titre de la rupture de son contrat de travail ;

Statuant à nouveau,

Déclare nul le licenciement de M. A. par la société Barat Étiquettes ;

Ordonne la réintégration de M. A. au sein de la société Barat Étiquettes ;

Condamne la société Barat Étiquettes à payer à M. A. les sommes suivantes :

-392.300 euros au titre de l'indemnisation de la perte de salaire,

-28.200 euros à titre de dommages et intérêts,

Dit que l'indemnité compensatrice de préavis (soit 13.316,66 euros) et l'indemnité de licenciement (soit 4.460,03 euros) versées à M. A. seront à déduire desdits montants ;

(Mme Prache, f.f. prés. - M^{es} Bouchama, Guevenoux, av.)

Note.

Un salarié occupant les fonctions de directeur technique dans une imprimerie est placé en mi-temps thérapeutique par le médecin du travail. Lorsqu'il demande à augmenter son temps de travail à un trois quarts temps thérapeutique, en accord avec le médecin du travail, l'employeur s'y oppose en mettant en avant des difficultés d'organisation et lui propose de conserver un travail à mi-temps. Le salarié décline cette proposition. Une semaine plus tard, il est licencié pour motif disciplinaire.

Statuant sur renvoi après cassation et intervention du Défenseur des droits, la Cour d'appel d'Agen prononce la nullité du licenciement et ordonne la réintégration du salarié. Aiguillée par la Cour de cassation, la Cour d'appel met en application quelques principes fondamentaux régissant les faits de discrimination et leur réparation.

(1) Cass. Soc. 28 mai 2014, n°13-12.311.

(2) Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°08-41.497, Dr. Ouv. 2010, p.497, n. P. Adam ; Cass. soc. 15 novembre 2011, n°10-30.463 ; Cass. Soc. 9 juillet 2014, n°13-14.813.

(3) Loi du 27 mai 2008, le droit français a intégré dans le Code du travail la notion de « *discrimination indirecte* », issue du droit communautaire, définie comme « *un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour des motifs discriminatoires, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

1. Les faits de discrimination

Avant de renvoyer les parties devant la Cour d'appel d'Agen, la Cour de cassation sanctionne le raisonnement de la Cour d'appel de Bordeaux, qui, saisie dans un premier temps de cette affaire, a jugé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et écarté l'existence d'une discrimination en relevant, notamment, que l'employeur avait agi « *en dehors de toute volonté discriminatoire* » et « *qu'aucun élément produit par les parties ne permet d'établir, ni d'objectiviser la volonté de l'employeur de discriminer ou d'éliminer le salarié en raison de son état de santé* » (1).

S'il est de jurisprudence constante que le « *le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur* » (2), le même raisonnement trouve naturellement à s'appliquer en matière de discrimination. Les mesures discriminatoires peuvent être directes ou indirectes (3) et paraître neutres au premier abord (4).

Au-delà des apparences, il appartient donc aux juges du fond de rechercher « *le véritable motif de licenciement* », principe au demeurant applicable à tous les licenciements (5). C'est ainsi qu'un licenciement pour motif économique (6), pour « *désorganisation de l'entreprise et nécessité de remplacement définitif* » (7) ou même une rupture de la période d'essai (8) peuvent cacher un licenciement fondé sur l'état de santé.

Les juges doivent donc s'efforcer d'analyser chaque espèce *in concreto*, sans se contenter de l'écran de fumée avancé par l'employeur. C'est précisément l'écueil commis par les juges de Bordeaux dans cette affaire et réparé par la Cour d'appel d'Agen, à laquelle la Cour de cassation ne laissait pas de réelle marge de manœuvre.

La concomitance entre la mise en œuvre de la procédure de licenciement et la correspondance entre l'employeur et le salarié sur la reprise des fonctions à trois quarts temps, avec les difficultés d'organisation

(4) A. Le Mire, M. Carles, *La lutte contre les discriminations*, num. spec. RPDS sept.-oct. 2011 ; G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 29^{ème} ed., 2014, Précis Dalloz § 686 s.

(5) Cass. Soc. 26 mai 1998, n°96-41.062 ; Cass. Soc. 9 juillet 1997, n°94-45.558.

(6) CA de Versailles 14 décembre 2010, Dr. Ouv. 2011, p.379, obs. E. Pardo.

(7) CA de Nîmes 9 février 2010 ; Cass. Soc. 16 décembre 2010, n°09-43.074, Dr. Ouv. 2011, p.191, obs. B. Augier.

(8) CA de Rouen 7 juin 2011 et CPH Paris (référé) 13 juillet 2011, Dr. Ouv. 2012, p.366, obs. N. Bizot.

que l'employeur avançait pour adapter le temps de travail à l'état de santé du salarié, constitue un élément de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination.

Dans la mesure où les griefs mentionnés dans la lettre de licenciement ne sont pas établis, la Cour d'appel d'Agen en tire toutes les conséquences et juge que le licenciement ne se justifie par aucun élément objectif. Intrinsèquement lié à l'état de santé du salarié, puisque résultant exclusivement du « *refus de l'employeur d'aménager son temps de travail, en contradiction avec la recommandation du médecin du travail, justifiée par son handicap* », le licenciement résulte d'une discrimination.

2. La réparation

Il est acquis que tout acte discriminatoire est nul (9) et ouvre droit à une réparation intégrale du préjudice (10), ce qui justifie de « *placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu* » (11). Ainsi, le salarié dont le licenciement est entaché de nullité a un droit à réintégration. Le salarié qui opte pour cette réintégration peut prétendre au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration.

Depuis 2010, la Cour de cassation a jugé que, pour les salariés licenciés en raison de leur état de santé, cette indemnité se cumulait avec les éventuels salaires et revenus de remplacement perçus par le salarié pendant cette période (12). Sur ce point, la Cour d'appel d'Agen applique donc la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de réparation du préjudice, en ordonnant la réintégration du salarié à son poste de travail et en condamnant l'employeur à lui verser une indemnité, sans déduction de revenus de remplacement.

En revanche, la Cour de cassation considère que le salarié réintégré ne peut prétendre aux indemnités de rupture (13). Là encore, la Cour d'appel d'Agen applique la jurisprudence en la matière et déduit des

sommes à percevoir l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité de licenciement, d'ores et déjà perçues au moment du licenciement.

Toutefois, en condamnant l'employeur à des dommages et intérêts en sus de l'indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, la Cour d'appel se démarque de la position arrêtée par la Cour de cassation ces dernières années. En effet, puisqu'il ne subit pas de perte d'emploi, le salarié réintégré ne peut percevoir des dommages et intérêts que s'il justifie d'un préjudice « *supplémentaire et distinct* » (14).

Ce n'est que dans le cadre d'une action postérieure en résiliation judiciaire du contrat de travail ou d'une prise d'acte aux torts de l'employeur, notamment pour refus de réintégration effective, que le salarié pourrait prétendre aux indemnités de rupture (15). Seul le salarié qui renonce à la réintégration et qui choisit une indemnisation a droit aux indemnités de rupture et à une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, au moins égale à six mois de salaire (16).

Or, en l'espèce, après avoir ordonné la réintégration du salarié dans l'entreprise, si la Cour d'appel d'Agen fait référence « *aux circonstances de la rupture* », elle alloue au salarié des dommages et intérêts sur le fondement de l'article L. 1235-5 du Code du Travail, et non au titre d'un préjudice distinct, en plus de l'indemnisation de la perte de salaire.

Cette particularité méritait donc d'être soulignée (17).

Laure Daviau,

Avocate au Barreau de Marseille

(9) Article L. 1132-4 du Code du Travail.

(10) Article L. 1134-5 alinéa 3 du Code du Travail : « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».

(11) Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-14.662 ; Cass. Soc. 30 juin 2011, n° 09-71.538 ; Cass. Soc. 23 novembre 2005, n° 03-40.826, Dr. Ouv. 2006, p. 101, n. D. Petit.

(12) Cass. Soc. 2 juin 2010, n° 08-43.277, Dr. Ouv. 2010, p. 608, n. J. Guyon ; Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 11-28.734 (sur pourvoi de CA Versailles préc.), Dr. Ouv. 2013, p. 716, obs. R. Spire.

(13) Cass. Soc. 11 juillet 2012, n° 10-15.905.

(14) Cass. Soc. 3 juillet 2003, n° 01-44.522.

(15) Cass. Soc. 11 juillet 2012, préc. ; Cass. Soc. 29 mai 2013, préc.

(16) Cass. Soc. 21 septembre 2005, n° 03-44.855.

(17) On se reportera plus généralement sur ce thème aux actes du colloque de l'Institut du travail de Bordeaux *Préjudices et indemnisation en droit du travail*, parus au Dr. Ouv. août 2015, not. les interventions de C. Radé et C. Wolmark.