



RAPPORT DE Mme SALOMON, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 508 du 15 mai 2024 (B+R) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-11.652

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 9 décembre 2021

La société Entreprise Guy Challancin

C/

Mme [K] [H]

**Ce rapport contient une proposition de rejet non spécialement motivé
du deuxième moyen.**

1 - Rappel des faits et de la procédure

Suivant contrat du 12 mars 2001, la société Challancin a engagé Mme [H] en qualité d'agent de nettoyage. La salariée a travaillé pour le compte de la société MBS à compter du 5 juillet 2008 et a été victime d'un accident du travail le 22 décembre 2008. Par avenant du 14 avril 2010, la société Challancin est redevenue l'employeur de la salariée, tout en maintenant les clauses du contrat qui la liait à la société MBS.

La salariée a été placée en arrêt de travail du 26 octobre 2010 au 25 août 2015, date de la première visite de reprise au cours de laquelle le médecin du travail a envisagé une inaptitude. A l'issue de la seconde visite de reprise du 10 septembre 2015, la salariée a été convoquée à un entretien préalable et son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement lui a été notifié le 9 novembre suivant.

Contestant le bien-fondé de son licenciement, elle a saisi la juridiction prud'homale le 28 septembre 2017.

Par jugement du 28 novembre 2018, le conseil de prud'hommes de Bobigny a condamné l'employeur au paiement de sommes à titre d'indemnité de préavis, des congés payés afférents, d'indemnité légale de licenciement, outre une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile, s'est déclaré en partage de voix sur les demandes relatifs au licenciement, à une discrimination dans le reclassement du salarié inapte, à des dommages-intérêts pour violation de sécurité ainsi qu'à la remise des documents sociaux, et a rejeté le surplus des demandes.

Le 9 décembre 2021, la cour d'appel de Paris a infirmé ce jugement en ce qu'il a débouté la salariée de ses demandes au titre de la garantie complémentaire prévoyance, de la nullité du licenciement, de la prime d'expérience et de l'absence de réentraînement pour les travailleurs handicapés, l'a confirmé pour le surplus et, statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant, a :

- dit le licenciement nul,
- condamné l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour licenciement nul, dommages-intérêts pour absence de réentraînement au travail, de dommages-intérêts pour non-versement de la prime d'expérience, de rappel du complément garantie prévoyance et au titre des frais irrépétibles de la salariée,
- a ordonné la capitalisation des intérêts et rejeté la demande d'astreinte.

Déclaration de pourvoi de la société du 9 février 2022

MA du 8 juin 2022 signifié le 28 juin (3 500 euros demandés au titre de l'art. 700 du CPC)

La procédure apparaît régulière

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi comprend quatre moyens. Le premier fait grief à l'arrêt de dire le licenciement de la salariée nul et de condamner l'employeur au paiement de dommages-intérêts à ce titre, alors :

« 1) qu'il résulte de l'article L. 5213-6 du code du travail que le respect de l'obligation de l'employeur de prendre les mesures appropriées pour permettre au travailleur handicapé de conserver un emploi s'apprécie en fonction des besoins dans une situation concrète et sous réserve que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées ; que cette obligation ne peut s'imposer à l'employeur qu'à partir de la date à laquelle il a eu connaissance du statut de travailleur handicapé du salarié ; qu'un manquement à l'obligation prévue par l'article L. 5213-6 du code du travail ne peut donc être retenu qu'à condition que l'employeur, lorsqu'il a eu connaissance du statut de travailleur handicapé du salarié, ait concrètement pu, et sans supporter de charge disproportionnée, prendre des mesures permettant à ce dernier de conserver un emploi, compte tenu de son état de santé et de ses compétences ; qu'en l'espèce, le médecin du travail a déclaré Mme [H] inapte à son poste d'agent de service le 10 septembre 2015, en précisant qu'elle « pourrait occuper un poste à temps partiel en télétravail, sans sollicitation du membre supérieur droit, sans station debout, sans marche, sans travail en antéflexion du tronc, sans travail à genou ou accroupi, sans

port de charge » (arrêt, p. 2, § 5) ; que la cour d'appel a constaté qu'il était établi que l'employeur avait connaissance du statut de travailleur handicapé de la salariée le 25 septembre 2015 (arrêt, p. 9, § 1 et 2) ; que l'employeur faisait valoir qu'il résultait des déclarations de la salariée lors de l'entretien organisé en vue de rechercher son reclassement qu'elle ne possédait aucun diplôme et ne savait ni parler ni écrire le français, qu'elle avait de grandes difficultés pour se déplacer et qu'elle avait sollicité la mise en oeuvre rapide d'une procédure de licenciement pour inaptitude ; qu'il ajoutait que les seuls postes envisageables en télétravail supposaient impérativement et à tout le moins la maîtrise de la lecture et de l'écriture du français (conclusions d'appel, p. 4 et 14-15 ; prod. 14) ; que, pour juger nul le licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement, la cour d'appel s'est bornée à énoncer que la société, informée depuis l'entretien du 25 septembre 2015 du statut de travailleur handicapé de Mme [H], ne l'avait pas pris en compte et ne lui avait proposé aucune mesure particulière dans le cadre de la recherche de reclassement, ce statut n'étant même pas évoqué lors de la consultation des délégués du personnel le 15 octobre 2015 ; qu'en statuant ainsi, sans préciser, compte tenu de l'état de santé et du profil de la salariée quelle mesure envisageable à compter du 25 septembre 2015, et n'entraînant pas une charge disproportionnée pour l'employeur, aurait permis à Mme [H] de conserver un emploi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 5213-6 et L. 1133-3 du code du travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ;

2) que le juge, tenu de motiver sa décision, doit préciser l'origine des renseignements de fait ayant servi à motiver sa décision ; qu'en l'espèce, l'employeur produisait son bilan social 2015 mentionnant un effectif de 2 999 salariés (prod. 17) ; qu'en énonçant péremptoirement à l'appui de sa décision que la société Challancin employait plus de 5 000 salariés, sans préciser d'où elle tirait cette information, ni examiner le bilan social 2015, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3) que seul le refus de l'employeur de prendre les mesures appropriées pour permettre à travailleur handicapé de conserver un emploi caractérise une discrimination à raison du handicap et rend nul le licenciement consécutif ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est bornée à relever que la société n'avait pas pris en compte le statut de travailleur handicapé de Mme [H], et ne lui avait proposé aucune mesure particulière dans le cadre de la recherche de reclassement, ce statut n'étant même pas évoqué lors de la consultation des délégués du personnel le 15 octobre 2015 ; qu'en statuant de la sorte, par des motifs qui ne font ressortir qu'une omission de prendre en compte le statut de travailleur handicapé de la salariée et de lui proposer des mesures particulières, et non un refus de l'employeur de prendre les mesures appropriées pour permettre à la salariée de conserver un emploi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 5213-6 et L. 1133-3 du code du travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. »

Le deuxième moyen fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour absence de réentraînement au travail, alors :

« 1) qu'il résulte de l'article L. 5213-5 du code du travail que l'obligation d'assurer le réentraînement au travail et la rééducation professionnelle des salariés malades et blessés ne s'impose qu'à un établissement ou groupe d'établissements appartenant à une même activité professionnelle de plus de cinq mille salariés ; qu'en l'espèce, l'employeur produisait son bilan social 2015 mentionnant un effectif de 2 999 salariés (prod. 17) ; qu'en reprochant à la société un manquement à l'obligation d'assurer le réentraînement au travail, après avoir péremptoirement affirmé que la société

Challancin employait plus de 5 000 salariés, sans préciser d'où elle tirait cette information ni examiner le bilan social 2015 produit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

2) qu'il incombe au salarié de démontrer, et au juge de caractériser, le préjudice résultant d'un manquement de l'employeur ; qu'en condamnant l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts pour violation de l'obligation d'assurer le réentraînement au travail, sans caractériser le préjudice subi du fait de cette violation, ni même le constater, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

3) qu'il incombe au salarié de démontrer, et au juge de caractériser, le préjudice résultant d'un manquement de l'employeur ; qu'en l'espèce, en condamnant l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts pour violation de l'obligation d'assurer le réentraînement au travail sans caractériser en quoi, à le supposer avéré, le préjudice subi du fait de cette violation serait distinct de celui retenu dans le cadre de la nullité du licenciement, déduite de la violation par l'employeur de son obligation de prendre les mesures appropriées pour permettre au travailleur handicapé de conserver un emploi, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. »

Le troisième moyen fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur au paiement de sommes à titre d'indemnité de préavis, des congés payés afférents et d'indemnité de licenciement, alors :

« 1) que selon l'article L. 1226-6 du code du travail, les dispositions relatives à l'inaptitude consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle ne sont pas applicables aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, survenu ou contractée au service d'un autre employeur, peu important que le nouvel employeur ait, postérieurement, absorbé le premier ; qu'en l'espèce, la société Entreprise Guy Challancin faisait valoir que Mme [H], qu'il avait engagée en mars 2001, avait démissionné le 3 juillet 2008 de son emploi, qu'elle avait été engagée ensuite par la société MBS au service duquel l'accident du travail était intervenu en décembre 2008, son contrat de travail n'ayant été transféré à la société Entreprise Guy Challancin que par avenant du 14 avril 2010 ; qu'elle contestait en conséquence l'applicabilité des dispositions relatives à l'inaptitude professionnelle en invoquant l'article L. 1226-6 du code du travail (conclusions d'appel, p. 7 ; prod. 5) ; qu'il résulte effectivement de l'arrêt (p. 10, § 5) qu'au moment de l'accident du travail, le 22 décembre 2008, Mme [H] était salariée de la société MBS ; qu'en affirmant que les dispositions de l'article L. 1226-6 du code du travail ne pouvaient être opposées à Mme [H] au prétexte inopérant que la société MBS avait par la suite été absorbée par la société Entreprise Guy Challancin, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

2) que les règles protectrices applicables aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne s'appliquent qu'à condition que l'inaptitude du salarié ait, au moins partiellement, pour origine cet accident ou cette maladie et que l'employeur ait eu connaissance de cette origine professionnelle au moment du licenciement ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la salariée, victime d'un accident du travail le 22 décembre 2008, avait été déclarée consolidée le 13 juillet 2010 et déclarée apte à la reprise à temps plein le 8 octobre 2010, et que les arrêts de travail délivrés à compter du 26 octobre 2010 l'avaient été au titre de la maladie (arrêt, p. 10, antépénultième §) ;

qu'en se bornant, pour affirmer que l'inaptitude de la salariée constatée le 10 septembre 2015 avait, ne serait-ce que partiellement, un lien avec l'accident du travail du 22 décembre 2008, que le médecin du travail avait coché sur l'avis de la première visite du 25 août 2015 les cases « visite de reprise - accident du travail », qu'en concluant à l'inaptitude le 10 septembre 2015, il avait recommandé en particulier à l'employeur en vue du reclassement de Mme [H] « sans travail à genou ou accroupi, sans port de charge », et que l'accident du travail lui avait causé une entorse au genou droit, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à caractériser le lien même partiel entre l'inaptitude et l'accident du travail et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1226-14 du code du travail ;

3) que les règles protectrices applicables aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne s'appliquent qu'à condition que l'inaptitude du salarié ait, au moins partiellement, pour origine cet accident ou cette maladie et que l'employeur ait eu connaissance de cette origine professionnelle au moment du licenciement ; qu'en l'espèce, l'employeur soutenait avoir été au-delà de ses obligations légales en consultant volontairement les délégués du personnel sur le reclassement de Mme [H] (conclusions d'appel, p. 4) ; qu'en se bornant, pour considérer que l'employeur avait connaissance, au moment du licenciement, de l'origine professionnelle de l'inaptitude, à relever qu'il avait consulté les délégués du personnel sur la procédure de licenciement engagée conformément aux dispositions de l'article L. 1226-10 du code du travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1226-14 du code du travail. »

Le quatrième moyen fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur au paiement d'une somme au titre des congés payés afférents à l'indemnité compensatrice de préavis, alors « qu'il résulte de l'article L. 1226-14 du code du travail que l'indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis n'a pas la nature d'une indemnité de préavis et n'ouvre pas droit à congés payés ; qu'en l'espèce, après avoir retenu que l'inaptitude était d'origine professionnelle et alloué à la salariée une somme au titre de l'indemnité compensatrice prévue par l'article L. 1226-14 du code du travail, la cour d'appel a condamné l'employeur à payer une somme à titre de congés payés afférents à cette indemnité ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a violé ce texte. »

3 - Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Mise en oeuvre de l'article L.5213-6 du code du travail et discrimination - Conditions d'application de l'article L.1226-6 du code du travail –

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Sur le premier moyen :

Dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, l'article L.5213-6 disposait :

« 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 oeuvre 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.

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.»

L'un des objectifs de cette disposition issue de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées – laquelle prend sa source dans les textes de droit européen dont la Directive du Conseil n°2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – est d'imposer aux employeurs les aménagements de poste, les formations supplémentaires ou toute autre mesure qui permette de corriger l'inégalité du salarié handicapé à l'égard des autres salariés de l'entreprises dans une même catégorie d'emploi.

La CJUE s'est prononcée sur la notion de handicap (en faveur de la reconnaissance du handicap psychique) et sur la notion d'aménagement raisonnable (l'aménagement du temps de travail pouvant constituer l'une des mesures appropriées) le 11 avril 2013 (C335/11 et C337/11). Et récemment elle a jugé que « *l'article 2, paragraphe 2, sous a), l'article 4, paragraphe 1, et l'article 5 de la directive 2000/78 s'opposent à une réglementation nationale prévoyant une impossibilité absolue de maintenir dans ses fonctions un agent pénitentiaire dont l'acuité auditive ne répond pas aux seuils de perception sonore minimaux fixés par cette réglementation, sans permettre de vérifier si cet agent est en mesure de remplir lesdites fonctions, le cas échéant, après l'adoption d'aménagements raisonnables au sens de cet article 5*» (CJUE 15 juillet 2021, Tartu Vangla, C-795/19).

Les juges du fond doivent donc rechercher concrètement si les mesures permettant au salarié reconnu travailleur handicapé d'accéder ou de conserver son emploi constituent ou pas une charge disproportionnée pour l'employeur.

Selon le Répertoire Droit du travail¹ :

« La conciliation des obligations d'aménagement raisonnable et de reclassement en cas d'inaptitude

L'impossibilité, objectivement démontrée, pour l'employeur de reclasser le salarié reconnu inapte autorise celui-ci à prononcer son licenciement sans que le caractère discriminatoire de cette rupture ne puisse lui être reproché (C. trav., art. L. 1133-3). Tel ne doit cependant pas être le cas lorsque l'employeur n'a pas pris les mesures d'aménagement raisonnable pour permettre à un travailleur handicapé reconnu inapte d'être reclassé dans l'entreprise. En effet, dès lors que le salarié est inscrit sur la liste des bénéficiaires de l'article L. 5213-6 du code du travail, l'obligation de reclassement

¹« Handicap - L'obligation de fournir un aménagement raisonnable - Laurène Joly »

doit s'articuler avec l'obligation de prendre des mesures appropriées. Même si la Cour de cassation ne s'est, à ce jour, pas explicitement prononcée sur cette articulation. Il semble néanmoins possible de soutenir que les deux obligations se cumulent, composant ainsi une obligation aux contours, certes encore imprécis, mais manifestement plus larges que ceux de l'obligation de reclassement au profit d'un salarié inapte ne bénéficiant pas d'une reconnaissance officielle de son handicap (B. LEGROS et S. FANTONI, *La juxtaposition des obligations en cas d'inaptitude et/ou de handicap*, Dr. soc. 2010. 978). Autrement dit, quand la situation du salarié est visée à l'article L. 5213-6 du code du travail, les propositions de reclassement doivent tenir compte de l'exigence d'aménagement raisonnable du poste de travail pour permettre le maintien dans l'emploi, sauf si les mesures appropriées pour permettre la préservation du lien d'emploi ont un caractère disproportionné.

Deux décisions permettent d'illustrer l'articulation de l'obligation de reclassement du travailleur handicapé inapte avec l'obligation d'aménagement raisonnable. En premier lieu, la cour d'appel de Versailles a considéré qu'un employeur avait manqué à son obligation de reclassement d'un travailleur handicapé, notamment en ne rapportant pas la preuve qu'il avait sollicité de l'aide auprès des organismes compétents afin de trouver des solutions d'aménagement du poste de travail. Le simple fait de prendre contact par téléphone avec le SAMETH ne constitue pas une preuve de recherche effective de solution de reclassement validant la procédure de licenciement pour inaptitude (CA Versailles, 16 mars 2017, RG n° 14/04178). En second lieu, la chambre sociale de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 6 mars 2017, a estimé qu'un employeur n'avait pas manqué à son obligation de prendre les mesures appropriées pour permettre au salarié de conserver un emploi correspondant à sa qualification ou pour qu'une formation adaptée à ses besoins lui soit dispensée. Dans cette affaire, un salarié, licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement, avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande d'indemnité pour licenciement nul. Il avait été débouté de cette demande par les juges du fond. À l'appui de sa demande, le salarié a notamment fait valoir que l'employeur n'avait pas respecté les obligations lui incombant en application de l'article L. 5213-6 du code du travail. Les magistrats de la Cour de cassation ne le suivent pas dans son argumentation. Ils approuvent en effet les juges du fond d'avoir décidé le licenciement conforme à la réglementation, notamment celle prévue à l'article L. 5213-6 du code du travail. En effet, l'employeur avait rapidement après la décision d'inaptitude du salarié, engagé en faveur de ce dernier un processus d'aide et de reclassement par l'intermédiaire d'une association spécialisée dans l'information, le conseil et le maintien dans l'emploi des salariés du bâtiment et des travaux publics offrant aux entreprises adhérentes et à leurs salariés un accompagnement et diverses prestations en vue de l'adaptation des postes de travail ou de la reconversion professionnelle des salariés handicapés ou inaptes à leur poste, laquelle, après avoir rencontré le salarié, lui avait proposé à deux reprises de faire réaliser aux frais de l'employeur un bilan de compétence afin de définir un projet professionnel ou de formation, ce que l'intéressé avait refusé (Soc. 6 mars 2017, n° 15-26.037 , Dr. soc. 2018. 97, étude Y. Pagnerre et S. Dougados). (...)

Section 5 - Le défaut d'aménagement raisonnable

Contrairement aux autres règles du droit antidiscriminatoire, le régime de l'action en justice applicable au refus d'aménagement raisonnable n'est pas détaillé dans le code du travail. Si la qualification de discrimination est consacrée (V. infra, nos 139 s.), ni la preuve du défaut d'aménagement raisonnable ni sa sanction ne sont précisées. En l'absence de contentieux éclairant, il convient d'envisager l'application des règles relatives à la preuve (V. infra, n° 141) et aux (V. infra, n°142 s.) des discriminations.

Art. 2 - Le régime probatoire du défaut d'aménagement raisonnable

En matière de discrimination, l'article L. 1134-1 du code du travail prévoit un régime probatoire spécifique qui repose sur le principe de l'aménagement de la charge de la preuve. Cet aménagement de la charge de la preuve doit également bénéficier au travailleur handicapé qui allègue que son employeur a failli dans son obligation de lui procurer un aménagement raisonnable. Pour invoquer le manquement de l'employeur à son obligation d'aménagement raisonnable, le travailleur handicapé devra donc, au préalable, justifier, par tout moyen qu'il remplit les conditions pour bénéficier des aménagements raisonnables ; que son handicap nécessite des aménagements dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle ou de la procédure de recrutement et présenter les éléments ou faisceau d'indices en sa possession laissant supposer que l'employeur n'a pas mis en place les aménagements adéquats. En vertu du principe de l'aménagement de la charge de la preuve, l'employeur devra alors établir qu'il a pris les mesures appropriées pour répondre au besoin d'aménagement du travailleur handicapé ou, dans le cas contraire, justifier en quoi ces mesures représentaient pour lui une charge disproportionnée (V. Lyon, 10 mars 2014, RG n°12/06651). Sur la base de ces éléments, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Art. 3 - La sanction du défaut d'aménagement raisonnable

Selon l'article L. 1132-4 du code du travail, « toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un travailleur, en méconnaissance du principe de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap, est nul ». Par conséquent, les mesures prises par l'employeur à l'égard d'un travailleur handicapé sans justifier avoir réalisé un aménagement raisonnable nécessité par le handicap pourraient être jugées nulles et réputées ne jamais avoir été prononcées. Outre la nullité de la mesure, le défaut de mise en place de mesures appropriées peut également ouvrir droit au versement de dommages-intérêts au bénéfice du travailleur handicapé concerné en réparation de l'intégralité du préjudice subi. »

Selon le commentaire par B. Legros et S. Fantoni de notre arrêt du 17 février 2010, n°08-45.476 (cf infra 2^{ème} moyen)² :

« Par un arrêt de rejet du 17 février 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation, se prononce pour la première fois, à l'occasion du licenciement d'un travailleur handicapé, sur le cumul des dommages et intérêts pour non-respect d'une part de l'obligation de reclassement suite à l'inaptitude consécutive à un accident du travail (C. trav., art. L. 1226-10) et d'autre part de l'obligation de ré-entraînement au travail et de rééducation professionnelle prévue à l'article L. 5213-5 du Code du travail (anc. L. 323-17).

Dans le panorama déjà complexe et souvent obscur des mesures spécifiques aux travailleurs handicapés, aux salariés inaptes d'origine professionnelle ou non, cet arrêt soulève la question de la juxtaposition des obligations en cas d'inaptitude et/ou de handicap. (...)

Ensuite, on peut s'interroger sur l'inclusion de l'ensemble des obligations de reclassement dans la nouvelle obligation générale de prendre des mesures appropriées instituées à l'article L. 5213-6 du Code du travail. Ces mesures appropriées sont d'ailleurs assez mal définies. Seuls certains articles du Code du travail en précisent le contour. L'article R. 5213-32 propose une liste indicative pour l'adaptation du lieu de

²Droit social 2010 p.974 La juxtaposition des obligations en cas d'inaptitude et/ou de handicap

travail et l'article L. 3122-26 les présente sous la forme d'aménagement d'horaires individualisés. Indépendamment du risque pénal, véritable moyen de pression contre les employeurs qui refusent de prendre des mesures appropriées, les chefs d'entreprise doivent-ils procéder à un cumul ou à une assimilation des obligations ? On peut légitimement penser que cette nouvelle obligation, lorsqu'elle est mise en oeuvre au bénéfice d'un travailleur handicapé déclaré inapte, se superpose à l'obligation de reclassement concernée, en constituant ainsi une obligation aux contours plus larges que la même obligation de reclassement respectée au profit d'un salarié n'ayant pas ce statut. L'employeur devra en effet nécessairement y affecter des fonds dès lors qu'ils ne sont pas disproportionnés grâce au soutien étatique. Ne doit-on pas d'ailleurs, sur cette base, déduire que l'ensemble des obligations précitées (obligation particulière de ré-entraînement au travail, obligation de réadaptation) se transforment, par leur juxtaposition avec l'article L. 5213-6, en obligations ayant des contours plus larges et dont, logiquement, la violation entraînera une indemnité majorée ?»

Nous n'avons rendu que peu d'arrêts au visa de l'article L.5213-6 du code du travail, dont la plupart n'est pas publiée :

- un arrêt de rejet s'agissant d'un licenciement pour insuffisance professionnelle reconnu discriminatoire, faute pour l'employeur d'avoir mis en oeuvre des mesures d'aménagement du poste de travail de la salariée dont il connaissait le statut de travailleur handicapé (Soc. 14 décembre 2016, n°15-26.417),
- « *Attendu, enfin, qu'ayant retenu que la société respectait les obligations générales d'emploi de travailleurs handicapés imposées par l'article L. 5212-2 du code du travail et constaté que l'employeur avait, dès le mois d'avril 2012, engagé en faveur du salarié un processus d'aide et de reclassement par l'intermédiaire d'une association spécialisée dans l'information, le conseil et le maintien dans l'emploi des salariés du bâtiment et des travaux publics offrant aux entreprises adhérentes et à leurs salariés un accompagnement et diverses prestations en vue de l'adaptation des postes de travail ou de la reconversion professionnelle des salariés handicapés ou inaptes à leur poste, laquelle, après avoir rencontré le salarié, lui avait proposé à deux reprises de faire réaliser aux frais de l'employeur un bilan de compétence afin de définir un projet professionnel ou de formation, ce que l'intéressé avait refusé, la cour d'appel, qui a visé les dispositions de l'article L. 5213-6 du code du travail, a pu décider que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de prendre les mesures appropriées pour permettre au salarié de conserver un emploi correspondant à sa qualification ou pour qu'une formation adaptée à ses besoins lui soit dispensée* » (Soc. 6 mars 2017, n°15-26.037),
- « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté, d'une part que l'employeur avait affecté le salarié à de nouvelles tâches tenant compte de ses restrictions d'aptitude et n'avait reçu aucune observation du médecin du travail, d'autre part que le salarié ne présentait pas les qualifications suffisantes pour postuler, sans reprendre l'intégralité de ses études, à un emploi administratif dont la disponibilité n'était d'ailleurs pas justifiée, a pu en déduire que l'employeur justifiait avoir pris des mesures appropriées au handicap du salarié ; qu'elle a, sans être tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, légalement justifié sa décision* » (Soc. 22 juin 2017, n°15-28.991).

La chambre a retenu pour la première fois l'existence d'une discrimination dans la mise en oeuvre de l'article L.5213-6 dans un arrêt publié :

- « *Si le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement a pour conséquence de priver de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé pour inaptitude et impossibilité de reclassement, l'article L. 5213-6 du code du travail dispose*

qu'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 leur permettre 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, que ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peut compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur, et que le refus de prendre ces mesures peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3. » (Soc. 3 juin 2020, n°18-21.993, publié).

Nous avons ainsi approuvé le raisonnement de « la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur, nonobstant l'importance de ses effectifs et le nombre de ses métiers, ne justifiait pas d'études de postes ni de recherche d'aménagements du poste du salarié, et qu'il n'avait pas consulté le Service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés (SAMETH), bien qu'il y ait été invité à deux reprises par le salarié, a pu en déduire qu'il avait refusé de prendre les mesures appropriées pour permettre à ce dernier de conserver un emploi, ce dont il résultait que le licenciement constitutif d'une discrimination à raison d'un handicap était nul ».

Cet arrêt a fait l'objet des commentaires suivants :

- A la RJS :

« S'agissant des travailleurs handicapés qui remplissent les conditions mentionnées à l'article L 5212-13, 1° à 4° et 9° à 11° du Code du travail, l'article L 5213-6 de ce Code impose à l'employeur, afin d'assurer l'égalité de traitement avec les autres salariés, de prendre les mesures appropriées pour leur permettre notamment de conserver leur emploi, sous réserve que les charges en résultant ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue par l'article L 5213-10 du même Code. Un refus de prendre de telles mesures peut être constitutif d'une discrimination liée au handicap, au sens de l'article L 1133-3 du Code du travail. Ce texte n'exclut la qualification de discrimination illicite qu'à la condition qu'une différence de traitement fondée sur une inaptitude constatée par le médecin du travail soit justifiée par des raisons objectives, nécessaires et appropriées. A contrario, si ces conditions ne sont pas réunies, le traitement moins favorable fait au travailleur handicapé constitue une discrimination que prohibe l'article L 1132-1 et qui expose par ailleurs l'employeur à un risque de sanction pénale. En outre, une mesure qui ne répond pas aux exigences de l'article L 1133-3 du Code du travail est atteinte de nullité, par application de l'article L 1132-4 de ce Code. Quant à l'article L 5213-10 du même Code, il ouvre à l'employeur la possibilité d'une aide financière publique assurée par le fonds de développement pour l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés, destinée à la mise ou la reprise au travail ou à compenser les charges supplémentaires d'encadrement.

Le présent arrêt fait application de ces dispositions au licenciement d'un salarié handicapé devenu médicalement inapte à son emploi, pour en déduire que le refus de prendre des mesures répondant aux exigences de l'article L 5213-6 du Code du travail, en vue de favoriser le reclassement professionnel du salarié, revêt un caractère discriminatoire et rend en conséquence nul le licenciement prononcé pour ce motif. S'opposant à l'avis de l'Avocat général, la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir tiré les conséquences de la nullité du licenciement. Ainsi, si l'inaptitude à l'emploi, pour une raison d'ordre médical, n'empêche pas en soi l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié handicapé, l'exécution de son obligation de reclassement doit toutefois être appréciée en considération de l'obligation que l'article L 5213-6 précité met à sa charge et de l'aide financière dont il peut bénéficier. S'il

manque à cette obligation, l'insuffisance des mesures de reclassement qui en résulte entraînera en la matière la nullité du licenciement. La motivation de l'arrêt rappelle d'ailleurs qu'en principe, un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement d'un salarié devenu inapte à son emploi a pour seule conséquence de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. Mais ce rappel du principe est suivi de celui des obligations particulières qui pèsent sur l'employeur lorsque le salarié est atteint d'un handicap, en application de l'article L 5213-6 du Code du travail et l'arrêt relève à cet égard que, selon la cour d'appel, l'employeur ne justifiait pas avoir effectué une étude de postes, ni recherché d'éventuels aménagements de postes, ni sollicité le concours du service d'appui au maintien des travailleurs handicapés. »

- A la revue Dalloz actualité³ :

«Les personnes handicapées rencontrent de grandes difficultés pour trouver un emploi ou le conserver, leur taux de chômage reste deux fois supérieur à celui de la population générale. Fin 2017, plus de 500 000 demandeurs d'emploi handicapés (DEBOE) sont inscrits à Pôle emploi (8,5 % de l'ensemble des demandeurs d'emploi), un chiffre en constante augmentation.

Dans ce contexte, il convient de protéger les travailleurs handicapés, population vulnérable, en favorisant et en pérennisant leur emploi. (...)

La haute juridiction écarte le premier point en précisant que la cour d'appel a estimé, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, hors toute dénaturation, que l'employeur n'avait pas exécuté sérieusement et loyalement son obligation de reclassement.

Puis, elle prend le soin de rappeler que, si effectivement le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement a pour conséquence de priver de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé pour inaptitude et impossibilité de reclassement, il convient cependant d'adapter ce raisonnement à la lumière des dispositions de l'article L. 5213-6 du code du travail précitées.

Ainsi, pour valider le raisonnement des juges du fond, la chambre sociale relève que la cour d'appel a constaté que l'employeur, nonobstant l'importance de ses effectifs et le nombre de ses métiers, ne justifiait pas d'études de postes ni de recherches d'aménagements du poste du salarié, et qu'il n'avait pas consulté le Service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés (SAMETH), bien qu'il y ait été invité à deux reprises par le salarié. Dans ces conditions, la cour d'appel a pu, selon la haute juridiction, en déduire qu'il avait refusé de prendre les mesures appropriées pour permettre à ce dernier de conserver un emploi, ce dont il résultait que le licenciement constitutif d'une discrimination à raison d'un handicap était nul.

Cette solution doit être approuvée. Naturellement, la saisine du SAMETH n'est pas une obligation. Pour rappel, le SAMETH est un service chargé de prévenir la perte d'emploi des travailleurs handicapés. La question n'était pas de savoir si sa saisine constituait une obligation, mais si elle constituait une mesure, parmi d'autres, au sens de l'article L. 5213-6 du code du travail, permettant « aux travailleurs handicapés [...] 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 ». La réponse est assurément positive. Dès lors, l'absence de saisine de ce service, alors que l'employeur y avait été invité à deux reprises, ne pouvait s'analyser que comme une discrimination,

³« Reclassement du travailleur handicapé déclaré inapte et licenciement discriminatoire » – Jérémie Jardonnet – 7 juillet 2020

a fortiori alors que la mise en œuvre de cette saisine n'aurait manifestement occasionné aucune charge « disproportionnée » au sens de l'article précité.

Le raisonnement presque arithmétique de la Cour de cassation apparaît donc mesuré et justifié, et ne semble pas souffrir la critique.

Dans une espèce antérieure, elle avait à l'inverse validé le raisonnement d'une cour d'appel qui avait considéré que ne manquait pas à son obligation de prendre les mesures appropriées au sens de l'article L. 5213-6 du code du travail « l'employeur ayant engagé en faveur du salarié un processus d'aide et de reclassement par l'intermédiaire d'une association spécialisée dans l'information, le conseil et le maintien dans l'emploi des salariés du BTP, laquelle, après avoir rencontré le salarié handicapé, lui avait proposé à deux reprises de faire réaliser aux frais de l'employeur un bilan de compétences afin de définir un projet professionnel ou de formation, ce que l'intéressé avait refusé » (Soc. 6 mars 2017, n° 15-26.037, Dr. soc. 2018. 97, étude Y. Pagnerre et S. Dougados).

La cour d'appel de Versailles a considéré qu'un employeur avait manqué à son obligation de reclassement d'un travailleur handicapé, notamment en ne rapportant pas la preuve qu'il avait sollicité de l'aide auprès des organismes compétents afin de trouver des solutions d'aménagement du poste de travail. Le simple fait de prendre contact par téléphone avec le SAMETH ne constitue pas une preuve de recherche effective de solution de reclassement validant la procédure de licenciement pour inaptitude. Bien que la salariée se dît victime d'une discrimination en raison de son handicap, curieusement elle ne sollicitait pas la nullité de son licenciement, de sorte que la cour d'appel n'a pu la prononcer (Versailles, 16 mars 2017, n° 14/04178, Dalloz jurisprudence).

La cour d'appel de Caen, elle aussi, est entrée en voie de condamnation pour discrimination faite pour l'employeur d'avoir sollicité l'aide de l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées (Agefiph) afin d'aménager le poste du salarié concerné en application des préconisations de la médecine du travail. Dans cette espèce, le salarié ne sollicitait pas, lui non plus, la nullité de son licenciement pour inaptitude (Caen, 26 sept. 2019, n° 18/01007, Dalloz jurisprudence).

L'appréciation du respect par l'employeur des recherches d'adaptation et de reclassement relève des juges du fond, fonction naturellement de la taille et des moyens de l'entreprise. La boussole des juges du fond semble ainsi être la recherche de l'équilibre entre la préservation de l'emploi des salariés handicapés et les intérêts des employeurs, qui ne peuvent être tenus à l'impossible. »

- A la Semaine Juridique Social⁴:

« Cette décision, inédite par sa motivation et radicale par ses effets, appelle tout employeur à une extrême attention à l'égard des travailleurs handicapés, particulièrement lorsqu'ils sont déclarés inapte à leur poste.

(..)

On peut d'ailleurs s'interroger : en quoi l'obligation de reclassement du salarié inapte serait-elle enrichie, complétée ou renforcée par les obligations de l'employeur à l'égard du travailleur handicapé ? En pratique, on devine bien entendu l'apport d'un organisme comme le SAMETH pour envisager les mesures favorisant le reclassement, « telles que (...) aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail » (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10). Si la

⁴n° 28, 15 Juillet 2020, 2077 - Commentaire par Matthieu Babin

question se pose, c'est plutôt en droit et sous un autre angle. Il ne semble pas que la nature de l'obligation de reclassement se trouve ici modifiée : elle est et reste une obligation de moyens, et non de résultat. L'entreprise, quelle que soit sa taille ou celle du groupe auquel elle appartient, n'est jamais contrainte de garantir au salarié un reclassement effectif. Elle doit en revanche mettre en œuvre les moyens nécessaires pour favoriser un tel reclassement et faire en sorte que le salarié soit mis en situation d'accepter un poste de reclassement. (...).

Mesures, conseils, aides. – Certaines limites à l'obligation de reclassement sont plus difficiles à appréhender en ce qu'elles tiennent notamment aux moyens que l'employeur peut mettre en œuvre pour parvenir au reclassement. Jusqu'à présent, la Cour de cassation s'était peu avancée sur ce sujet, optant pour une approche en apparence générale, uniforme et déconnectée des moyens et de la taille propres de l'entreprise, considérant ainsi par principe que si l'employeur doit dispenser une formation au salarié afin de lui permettre d'occuper un poste disponible, cette obligation n'a pas à aller jusqu'à apporter au salarié une nouvelle formation initiale ou lui apprendre un nouveau métier (Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-42.188 : JurisData n° 2001-009034. – Cass. soc., 16 mars 2016, n° 13-25.927 : JurisData n° 2016-004755). Dans le cas présent, l'application de l'article L. 5213-6 conduit le juge à adopter une approche plus individualisée puisque ce texte prévoit que les mesures appropriées « sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées ». La Cour de cassation relève ici que l'employeur, « nonobstant l'importance de ses effectifs et le nombre de ses métiers », ne justifiait pas avoir pris de telles mesures. Il faut toutefois se garder de conclure trop hâtivement que la Cour de cassation adopterait ici une approche consistant, comme pour le contrôle du contenu d'un PSE (C. trav., art. L. 1233-62), à apprécier l'étendue des actions menées en fonction des moyens, notamment financiers, dont dispose le groupe. Le reproche fait à l'employeur n'est pas tant de n'avoir pas mis en œuvre des moyens suffisants que de n'avoir pas recherché si ces moyens étaient à sa portée. De même, il ne résulte pas de cet arrêt que l'entreprise devrait garantir au salarié inapte, parce qu'il est par ailleurs travailleur handicapé, un reclassement effectif. Précédemment, la Cour de cassation a admis que l'employeur ne méconnaît pas son obligation issue de l'article L. 5213-6 si les mesures prises se heurtent au fait que le salarié ne présente pas les qualifications suffisantes, sauf à reprendre l'intégralité de ses études, pour postuler à un emploi administratif (Cass. soc., 22 juin 2017, n° 15-28.991). De même, si l'organisme sollicité par l'employeur propose, après avoir rencontré le salarié, de faire réaliser aux frais de l'entreprise un bilan de compétences afin de définir un projet professionnel ou de formation et que l'intéressé refuse cette proposition, le juge peut décider que l'employeur n'a pas manqué à son obligation (Cass. soc., 6 mars 2017, n° 15-26.037 : JurisData n° 2017-003946).

Obligation de recherche de moyens. – On perçoit finalement que l'obligation de reclassement du salarié inapte n'est pas réellement modifiée, dans sa nature ou sa portée, par l'article L. 5213-6. Il faut aussi rappeler que la Cour de cassation ne consacre pas cette idée, et que l'obligation résultant de l'article L. 5213-6 demeure indépendante de l'obligation de reclassement puisqu'elle s'applique en dehors même des situations d'inaptitude. En revanche il est attendu de l'employeur, à l'égard du travailleur handicapé, qu'il sollicite l'appui technique des organismes dédiés à l'insertion des personnes handicapées, comme le SAMETH, puis qu'il apprécie, au regard du conseil ainsi apporté et des aides financières qu'il peut obtenir de l'État (C. trav., art. L. 5213-10 et R. 5213-32 à 5213-38) ou de l'Agefiph (C. trav., art. L. 5213-11 et R. 5213-39 et s.), sa capacité à mettre en œuvre les mesures préconisées. L'obligation visée est donc une obligation de recherche de conseils et d'aide, bref une recherche de moyens... Cette recherche semble devoir être menée a priori, le cas échéant réactivée en raison de la déclaration d'inaptitude, et comme parallèlement à la recherche de

reclassement, et en tous cas sans qu'il soit nécessaire d'avoir identifié préalablement un ou des postes de reclassement. Cette démarche doit permettre d'apporter un éclairage supplémentaire à la recherche de reclassement. Peu importe que le reclassement puisse être opéré auprès d'une autre entité juridique (ce qui peut donner sens à l'intérêt porté par la Cour de cassation à l'importance des effectifs du groupe). Peu importe également que le conseil soit requis auprès du SAMETH ou d'un autre organisme compétent ; c'est la quête d'un conseil avisé qui est exigée (comme l'indique la cour d'appel : « s'il est exact qu'aucune disposition légale n'obligeait [la société] à prendre l'attache [du SAMETH] son refus d'y procéder malgré les demandes pressantes du salarié révèle une exécution défailante de l'obligation de reclassement »).

3. Réunion dans la même sanction Mais le véritable enjeu ne réside pas tant dans l'objet de l'obligation de l'employeur à l'égard du travailleur handicapé, que dans la sanction qui s'attache au non-respect de cette obligation. (...)

Refus / omission de mesures appropriées. – Dans une approche plus avancée, à propos du travailleur handicapé, l'article L. 5213-6 prévoit que le refus de prendre des mesures positives envers un travailleur handicapé peut être constitutif d'une discrimination. Deux articles du Code du travail se répondent en un étonnant jeu de miroir : l'article L. 1133-3 énonce que les mesures prises en faveur des personnes handicapées, prévues à l'article L. 5213-6, ne constituent pas une discrimination ; l'article L. 5213-6 prévoit que le refus de prendre ces mesures peut constituer une discrimination au sens de l'article L. 1133-3. En d'autres termes : 1°) Une décision répondant à un objectif d'égalité concrète au profit des personnes handicapées est admise comme ne constituant pas une discrimination, quand bien même elle se manifeste par des mesures qui, en apparence, sont inégalitaires (exemple : la réduction des tâches du travailleur ou l'aménagement de ses horaires, etc.) ; 2°) Inversement, le refus d'adopter de telles mesures « peut » constituer une discrimination. La nuance tient dans ce « peut » et dans la notion de « refus ». Le refus est manifestement plus que la seule omission ou abstention : le seul fait de ne pas adopter de mesure appropriée ne constituerait pas une discrimination, tout en étant sanctionné par la réparation d'un préjudice distinct (V. à propos de l'obligation de réentraînement : Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.476, préc.), voire l'absence de cause réelle et sérieuse résultant du manquement à l'obligation de reclassement (si l'on considère que les deux obligations sont liées). Seul le « refus » d'adopter des mesures appropriées « peut » constituer une discrimination. Mais à quelles conditions ? C'est à ce type de question que répond ici la Cour de cassation (V. déjà Cass. soc., 6 mars 2017 et Cass. soc., 22 juin 2017, préc.).

Demande du salarié, importance des effectifs. – Deux éléments semblent ici peser dans l'appréciation : d'une part, l'importance des effectifs du groupe et le nombre de ses métiers ; d'autre part, le fait que l'employeur ait été invité à deux reprises par le salarié à consulter le SAMETH. L'importance respective et relative de ces deux éléments reste à définir. Si le salarié n'avait pas sollicité l'intervention du SAMETH, l'employeur aurait-il été considéré comme n'ayant pas refusé cette intervention, mais comme l'ayant, au pire, omise, ce qui aurait conduit à exclure la discrimination et donc la nullité du licenciement ? La prise en considération des effectifs constitue-t-elle un élément alternatif ou cumulatif ? L'employeur de taille importante pourrait-il être considéré comme refusant la mise en œuvre de mesures appropriées (et donc comme commettant une discrimination) du seul fait de ne pas en avoir pris l'initiative, y compris en l'absence de demande du salarié ? Ou au contraire l'employeur, s'il avait été de taille moins importante, aurait-il pu être considéré comme n'ayant pas commis de discrimination même s'il avait refusé une demande d'intervention du SAMETH ? Et qu'en est-il du facteur temps ? L'employeur aurait-il pu compenser plusieurs mois, voire

années d'inaction s'il avait sollicité le SAMETH lors de la recherche de reclassement ? Sans doute ne faut-il pas raisonner de manière trop théorique et artificielle, mais adopter l'approche « concrète » à laquelle invite l'article L. 5213-6. (...) »

- A la Revue de droit du travail⁵ :

« Le fait de licencier un salarié en situation de handicap, déclaré inapte à son poste, sans rechercher des mesures appropriées pour préserver son emploi constitue une discrimination en raison du handicap. La Cour de cassation confirme la nécessité de prendre en compte des « mesures appropriées », souvent passées sous silence en raison du régime élaboré de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude. Est applaudie l'appréciation in concreto, par les juges du fond, de la situation du salarié face à la faible réactivité de l'employeur. À l'image du droit international, cette décision semble se rapprocher d'une vision plus fonctionnelle et moins médicale du handicap, exacerbée par l'entrave à l'emploi. (...) »

I. - L'articulation du régime de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude avec celui des mesures appropriées en présence d'un handicap

Le premier intérêt de cet arrêt est de clarifier le rapport entre l'obligation générale de reclassement en cas d'inaptitude d'origine professionnelle avec l'exigence spécifique de mesures appropriées, introduite dans le Code du travail par la loi de 2005 en faveur des travailleurs handicapés, à la suite de la transposition de l'article 5 de la directive 2000/78. En effet, l'obligation de moyen que constitue l'obligation de reclassement paraît se confondre par son objet avec la nécessité de proposer des mesures appropriées qui n'est que la mise en oeuvre d'une autre obligation de moyen, celle d'aménagement raisonnable, une greffe d'un concept nord-américain. En outre, leur finalité commune est la sauvegarde de l'emploi.

Mais l'arrêt, subtilement, avalise la double démarche souveraine de la cour d'appel, scrutant l'exécution d'une obligation générale de reclassement qui peut se prolonger, le cas échéant, par une obligation spécifique aux travailleurs en situation de handicap. Elle constate, en premier lieu, que l'employeur n'avait pas exécuté sérieusement et loyalement son obligation générale de reclassement. (...).

En deuxième lieu, ce rappel de l'exigence rigoureuse, civile et sociale, de justifier d'efforts sincères pour tenter de reclasser le salarié inapte, déjà connue en droit du travail, s'affine, s'agissant d'un travailleur handicapé. En effet, l'obligation générale de reclassement imputable à l'employeur doit, « pour garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés » inclure une quête plus précise des possibilités de reclassement, selon l'article L. 5213-6 du Code du travail, « en prenant, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées » pour permettre au salarié handicapé « d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à sa qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à ses besoins lui soit dispensée, sans que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue par l'État pour compenser ses dépenses ».

La Cour de cassation est très concrète en relatant un moyen de contrôler la qualité des efforts fournis pour honorer l'obligation plus spécifique de l'employeur d'aménagement raisonnable par des mesures appropriées : le refus de consulter le Service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés (SAMETH) qui est chargé précisément « de prévenir la perte d'emploi de ces salariés, malgré les demandes du

⁵2020 p.544 Le refus de mesures appropriées, constitutif d'une discrimination fondée sur le handicap - Éléments de précision sur l'obligation imputable à l'employeur

salarié », comme le relève la cour d'appel, est une preuve « d'une exécution défailante de l'obligation de reclassement ».

On comprend ainsi que l'obligation spécifique de reclassement des travailleurs handicapés nécessite une preuve d'une recherche d'expertise technique et qualitative plus approfondie, notamment si elle est demandée par le salarié lui-même. En effet, la simple prise de contact avec le SAMETH n'est pas toujours suffisante non plus. Ce serait donc la reconnaissance du statut de travailleur handicapé qui permettrait d'articuler le régime de l'obligation générale de reclassement avec celle des mesures appropriées. Cela clarifie le champ d'application de l'article L. 5213-6 du Code du travail. Cependant, cela enferme aussi les mesures appropriées qui seraient conditionnées par une démarche préalable formelle liée au salarié et non à la situation d'entrave à l'emploi. Or, en pratique, le salarié peut être réticent de faire reconnaître son statut de salarié handicapé, une hypothèse qui est très fréquente, notamment lorsque le handicap survient en cours d'emploi ou est d'origine mentale, qu'elle fasse suite à un accident du travail ou non.

Il semble que la cour d'appel ait relevé une vision plus large du champ d'application de l'article L. 5213-6 du Code du travail car elle conclut à une discrimination liée à son état de santé et à son handicap. En effet, il faut revenir à l'article L. 1133-3 du Code du travail qui prévoit que « les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou le handicap ne constituent pas une différence de traitement lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées ». Donc le licenciement pour inaptitude peut constituer une des exceptions à la discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap, sous réserve que la différence de traitement soit objective, nécessaire et appropriée. Or, en cas d'inaptitude, selon la cour d'appel, l'article L. 5213-6 semble, en miroir, prévoir un contrôle similaire des mesures appropriées et les juges constatent, en l'espèce, le refus de l'employeur de prendre des mesures appropriées permettant au travailleur handicapé de conserver son emploi. L'article L. 1133-3 et L. 5213-6 du Code du travail se font ainsi écho par ce même terme « appropriée » pour éviter que le régime de l'inaptitude devienne un prétexte, dissimulant ainsi des discriminations fondées sur le handicap. En évoquant dans la motivation la seule discrimination fondée sur le handicap, la Cour de cassation laisse toutefois en suspens l'hypothèse où l'inaptitude constatée résulterait de l'état de santé qui parfois mène à plus ou moins long terme à une situation pérenne de handicap au travail, comme l'illustre la jurisprudence européenne sur l'obésité au travail. Le message de la Cour semble privilégier ici une application de l'aménagement raisonnable liée à l'appartenance à la catégorie de travailleurs handicapés et le droit à compensation du handicap, propre à la France, plutôt que les seuls besoins permanents de mesures appropriées déduits de la situation concrète de salariés inaptes liés à leur état de santé au travail. Dans ce dernier cas, s'appliqueront exclusivement la sanction des manquements à l'obligation générale de reclassement de l'article L. 1226-10 du Code du travail pour l'inaptitude d'origine professionnelle et les garanties éventuelles en cas de différences de traitement qui ne sont pas objectives, nécessaires et appropriées selon l'article L. 1133-3 du Code du travail.

II. - La reconnaissance judiciaire des mesures appropriées et de l'aménagement raisonnable en droit du travail Le deuxième intérêt de l'arrêt est précisément de comprendre la portée de l'appréciation judiciaire des mesures appropriées selon l'article L. 5213-6 du Code du travail et ses limites à la lumière de la vision européenne et internationale de l'obligation d'aménagement raisonnable. Depuis l'arrêt européen HK Danmark, on sait que les mesures appropriées peuvent prendre des formes diverses, même des aménagements de temps de travail dont peuvent bénéficier des salariés sans handicap. Mais la nouveauté de l'arrêt réside moins dans la censure judiciaire du refus de consulter la SAMETH pour savoir quelles solutions de postes ou

aménagements seraient les plus adaptées à la situation du salarié handicapé mais plutôt comment les mesures appropriées doivent émerger d'un dialogue entre le salarié et l'employeur et de la prise en compte de la participation du salarié à sa propre inclusion. C'est précisément l'invitation du salarié handicapé, faite à l'employeur, ignorée à deux reprises, à consulter l'organisme spécialisé qui entraîne, d'après la cour d'appel et la Cour de cassation, la perte de chance de conserver son emploi. À la différence de l'obligation générale de reclassement en matière d'inaptitude, le médecin du travail qui propose une évaluation forcément médicale de l'inaptitude joue un second rôle ici. Dans d'autres pays, il est même instauré des mécanismes de médiations afin de favoriser le dialogue entre employeur et salarié sur l'évolution possible de la situation sociale qui produit des entraves à l'emploi du salarié handicapé (21), surtout lorsque le handicap apparaît en cours d'emploi.

En outre, l'évocation en droit français des « mesures appropriées » de l'article L. 5213-6 donne à réfléchir sur le contrôle de proportionnalité des choix justifiés par l'employeur en termes d'aménagements et d'études de postes disponibles au regard de la situation de l'entreprise. Le droit européen modère l'étendue des mesures appropriées, comme mise en oeuvre de l'aménagement, en acceptant leur caractère raisonnable dans l'article 5 de la directive(22). La Cour de cassation illustre cet équilibre : selon la loi, « les charges consécutives à la mise en oeuvre des mesures appropriées ne doivent pas être disproportionnées ». Au-delà du coût économique des mesures, la juridiction, par son usage de la préposition « nonobstant », reproche à l'employeur qu'en dépit de « l'importance de ses effectifs et du nombre de ses métiers » dans le groupe, il « ne justifiait pas d'études de poste » et donc que les mesures appropriées signifient la preuve d'une volonté d'agir pour tenter de conserver l'emploi en mobilisant des moyens autant logistiques que financiers. C'est au fond l'état d'esprit de l'employeur qui est en cause derrière cette résistance à l'action en faveur de l'emploi des personnes handicapées au travail dans un groupe de sociétés qui disposait de ressources humaines et économiques.

III. - Le refus des mesures appropriées : une discrimination qui censure l'inaction de l'employeur, une forme de négligence Le troisième intérêt de l'arrêt est de tirer toutes les conséquences du refus des mesures appropriées pour permettre au travailleur handicapé de conserver son emploi : « ce dont il résultait que le licenciement constitutif d'une discrimination à raison du handicap est nul ». La violation de l'obligation générale de reclassement en cas d'inaptitude rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cependant, l'inaction ou la « négligence » de l'employeur, selon la cour d'appel, notamment dans le fait de ne pas solliciter l'avis du SAMETH pour essayer de parvenir au reclassement du travailleur en situation de handicap, caractérise la discrimination fondée sur le handicap. En l'espèce, la particularité du handicap dans le cadre de l'aménagement raisonnable est de ne pas se satisfaire d'une justification objective d'une différence de traitement pour écarter une discrimination directe, mais d'exiger la preuve d'une obligation positive qui incombe à l'employeur, sous réserve d'être proportionnée aux moyens de l'entreprise. Il ne s'agit pas non plus, dans cet arrêt, d'identifier une discrimination indirecte liée à une pratique apparemment neutre qui lèse un groupe. L'arrêt se situe bien sur le plan individuel du salarié et sanctionne l'absence de volonté de l'employeur de prendre des mesures appropriées, sans requérir une action préférentielle vis-à-vis d'un groupe, l'objet d'autres dispositions législatives complémentaires, à l'instar du quota des 6 % d'obligation d'emploi des personnes handicapées. La mise en cause de la responsabilité de l'employeur pour discrimination est d'autant plus légitime qu'en France, il existe une « aide prévue à l'article L. 5213-10 » qui peut, comme le rappelle la Cour de cassation, « compenser tout ou partie des dépenses supportées à ce titre par l'employeur ».

Pour certains auteurs, la sanction plus sévère de la nullité en cas de refus de mesures appropriées dans un tel contexte reflète un objectif d'égalité substantielle pour une catégorie de salariés qui augmente en nombre avec le vieillissement au travail. En revanche, cela suppose un accompagnement technique en amont avec une prévention des obstacles à l'emploi face à la variété des situations de handicap que tentent d'apporter, par des guides, les autorités nationales en charge de lutter contre les discriminations. »

Au cas d'espèce, la salariée rappelait notre jurisprudence rendue au visa de l'article L.5213-6 du code du travail. Elle soutenait que l'employeur aurait dû prendre en compte de sa qualité de travailleur handicapé et adopter l'une des mesures prévues aux articles L.5213-6, L.5213-5, L.52181813-10 et L.5213-3 de ce code, et qu'à défaut, son licenciement était nul (p.6).

L'employeur répliquait que la salariée ne justifiait pas l'avoir informé de son statut de travailleur handicapé, qu'elle n'avait travaillé que six mois pour son compte - dont cinq en mi-temps thérapeutique, de sorte « *qu'on ne voit comment une formation quelconque (à supposer qu'elle fût sollicitée) aurait pu être mise en place* » (p.11 et 12). Il rappelait avoir convoqué l'intéressée à un entretien fixé au 25 septembre 2015 pour évaluer ses compétences et faciliter la recherche de reclassement (p.3 et 4), au cours duquel la salariée avait indiqué ne disposer d'aucun diplôme, ne savoir ni lire, ni écrire le français, éprouver de grandes difficultés pour se déplacer et solliciter la mise en oeuvre rapide d'une procédure de licenciement pour inaptitude. Enfin, il affirmait avoir procédé à des recherches sérieuses et loyales de reclassement.

Et la cour d'appel a retenu :

« Aussi, la société Challancin ne peut prétendre avoir ignoré le statut de travailleur handicapé de Mme [H], alors qu'elle en était informée au moins depuis l'entretien du 25 septembre 2015, soit antérieurement à la procédure de licenciement.

Si l'inaptitude à l'emploi, pour une raison d'ordre médical, n'empêche pas en soi l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié handicapé, l'exécution de son obligation de reclassement doit toutefois être appréciée en considération de l'obligation que l'article L.5213-6 du code du travail met à sa charge et de l'aide financière dont il peut bénéficier. Le manquement à cette obligation de reclassement entraîne la nullité du licenciement.

Il résulte des pièces produites que la société Challancin, qui emploie plus de 5 000 salariés, n'a pas respecté l'obligation que l'article L.5213-6 du code du travail met à sa charge, puisqu'elle n'a pas pris en compte le statut de travailleur handicapé de Mme [H], et ne lui a proposé aucune mesure particulière dans le cadre de la recherche de reclassement, ce statut n'étant même pas évoqué lors de la consultation des délégués du personnel le 15 octobre 2015.

Ainsi, il apparaît que le licenciement pour inaptitude de Mme [H] est nul, pour défaut de respect de l'obligation mise à la charge de l'employeur par l'article L.5213-6 du code du travail. »

Le moyen nous invite en sa 3^{ème} branche à préciser si la simple omission du statut de travailleur handicapé constitue une discrimination comme l'a jugé la cour d'appel ou si, comme cela résulte de la lecture littérale de l'article L.5213-6 du code du travail, seul un refus opposé par l'employeur à des demandes précises du salarié peut constituer une discrimination en raison du handicap.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments que la formation appréciera la pertinence du moyen, étant observé que la 2^{ème} branche est inopérante, le seuil de 5 000 salariés n'étant exigé que pour l'application de l'article L.5213-5 du code du travail.

Sur le deuxième moyen :

Selon l'article L.5213-5 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, tout établissement ou groupe d'établissements appartenant à une même activité professionnelle de plus de cinq mille salariés assure, après avis médical, le ré-entraînement au travail et la rééducation professionnelle de ses salariés malades et blessés.

Les inspecteurs du travail peuvent mettre les chefs d'entreprise en demeure de se conformer à ces prescriptions.

L'article R.5213-22 de ce code précise que le réentraînement au travail prévu à l'article L.5213-5 a pour but de permettre au salarié qui a dû interrompre son activité professionnelle à la suite d'une maladie ou d'un accident, de reprendre son travail et de retrouver après une période de courte durée son poste de travail antérieur ou, le cas échéant, d'accéder directement à un autre poste de travail.

L'obligation de réentraînement au travail et de rééducation professionnelle ne concerne que les salariés blessés ou malades reconnus comme travailleurs handicapés (Soc. 12 janvier 2011, n°09-70.634, Bull. V n°13).

Sont considérés pour l'application de l'article L.5213-5 comme constituant un groupe d'établissements « *les établissements appartenant à une même activité professionnelle et dont le personnel relève d'une gestion générale commune et les juges du fond apprécient souverainement la condition tenant à une gestion générale commune* » (Soc. 11 février 2004, n°02-41.076, Bull. V n°50). En revanche, ne relève pas de son champ d'application la société employant moins de 5 000 salariés lorsque n'est pas établie l'existence de liens entre les établissements exploités par celle-ci et d'autres établissements, de nature à former un ensemble appartenant à une même activité professionnelle (Soc. 29 mai 2013, n°12-13.594).

Si le manquement de l'employeur à son obligation de réentraînement au travail et de rééducation professionnelle ne peut affecter le licenciement, il est susceptible de causer au salarié un préjudice que le juge doit réparer (Soc. 16 mai 2000, n°97-40.660, Bull. V n°188). Cette obligation ne se confond pas avec l'obligation de reclassement suite à l'inaptitude consécutive à un accident du travail résultant de l'article L. 1226-10 du même code et est susceptible de causer au salarié un préjudice distinct que le juge doit réparer (Soc. 17 février 2010, n°08-45.476).

Enfin, depuis notre arrêt du 13 avril 2016 (n°14-28.293, Bull. V n°72), la chambre sociale a abandonné la notion de « préjudice nécessaire » et juge désormais, comme les chambres civiles de la Cour, que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

La 1^{ère} branche du moyen est inopérante, dans la mesure où les conclusions de l'employeur ne contenaient aucun développement relatif à la demande du salarié formée au titre de l'obligation de réentraînement. Il ne contestait donc pas l'application de l'article L.5213-5 du code du travail et ne soutenait pas que son effectif étant inférieur à 5 000 salariés. Sous le couvert des griefs non fondés d'une violation de la loi et d'un manque de base légale, les deux autres branches du moyen ne tendent qu'à

remettre en discussion le principe selon lequel « une cour d'appel apprécie souverainement le montant du préjudice dont elle justifie l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, sans être tenue d'en préciser les divers éléments » (Ch. mixte. 6 septembre 2002, n°98-22.981, Bull. Ch. mixte, n°4).

Le rejet non spécialement motivé de ce moyen est proposé.

Sur le troisième moyen

- pris en sa 1^{ère} branche

Il résulte de l'article L.1226-6 du code du travail que les dispositions de la section relative aux accidents du travail ou aux maladies professionnelles ne sont pas applicables aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, survenu ou contractée au service d'un autre employeur.

En cas de modification de la situation juridique de l'employeur, la chambre opère une distinction selon que le contrat de travail du salarié a fait l'objet d'un transfert légal ou conventionnel. Dans l'hypothèse d'un transfert légal, l'article L.1224-1 du code du travail prévoyant que « tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise », le nouvel employeur ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L.1226-6 (Soc. 20 janvier 1993, n°91-41.500, Bull. V n°14). La solution est identique en cas d'application volontaire de l'article L.1224-1 (Soc. 9 juillet 1992, n°91-40.015). En revanche, en cas de transfert conventionnel, l'article L.1226-6 doit trouver application (Soc. 14 mars 2007, n°05-43.184, Bull. V n°47).

Selon le doyen Béraud, rapporteur de l'arrêt du 14 mars 2007, « Les protections spécifiques que la loi attache au caractère professionnel de l'accident dont est victime un salarié paraissent étroitement liées à la considération de l'entreprise en tant que source de risques et espace de solidarité. Le salarié ainsi accidenté est en effet victime d'un risque de l'entreprise dont on sait qu'il n'a pas juridiquement à le supporter.

Il convient donc d'éviter qu'à ce risque physique de l'entreprise ne s'ajoute le risque juridique de la perte « ordinaire » d'emploi. Il faut en conséquence mobiliser les solidarités au sein de l'entreprise en mettant tout en œuvre pour que le salarié y soit maintenu et pour que son licenciement ne soit possible qu'après que ces solidarités aient été épuisées sans succès.

On comprend dès lors que cette protection soit légalement écartée lorsque le risque est imputable à un employeur autre que celui qui procède au licenciement. On comprend que, à l'inverse, cette protection ne soit pas écartée lorsque le changement d'employeur donne lieu à l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2. Dans ce cas, le transfert des contrats de travail n'est que la conséquence d'un transfert de l'entreprise à laquelle la protection spécifique est attachée. Au-delà du changement d'employeur, la persistance de l'entreprise justifie la solution. On observera d'ailleurs que l'expression habituelle et commode de « transfert des contrats de travail » en ce qu'elle renvoie à l'idée d'un mouvement et d'un déplacement de l'instrument contractuel ne répond pas de façon heureuse aux termes de l'article L. 122-12, alinéa 2 qui, en disposant que les contrats de travail « subsistent », renvoient au contraire à l'idée d'immutabilité du contrat au-delà du changement qui affecte la propriété et la direction de l'entreprise. »

Pour le Professeur Antoine Mazeaud, cette solution se justifie dans la mesure où « conformément à l'article L. 122-12, le contrat de travail est maintenu de plein droit. Le

risque doit être assumé par l'entreprise - entité économique qui demeure, et dont la responsabilité est assumée par le nouvel employeur. Une telle solution semble conforme à la directive européenne du 12 mars 2001, dans la mesure où les droits du salarié à ce statut protecteur résultant du risque professionnel sont « transférés au cessionnaire » (art. 3. 1, alinéa 1er de la directive). Les indemnités spécifiques prévues à l'article L. 122-32-6 sont des dettes postérieures au transfert, les exceptions prévues à l'article L. 122-12-1 du Code du travail étant en conséquence écartées.» Dalloz 2007 p,777

Et la chambre a refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité « *L'article L. 1226-6 du code du travail tel qu'interprété par la Cour de cassation engendre une inégalité de traitement entre les salariés dont le contrat de travail est transféré par l'effet de la loi (transfert légal) et ceux dont le contrat est transféré par l'effet de l'accord collectif (transfert conventionnel) porte atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 pour violation du principe d'égalité des hommes en droit.* », aux motifs suivants :

« Et attendu, d'autre part, que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le principe de l'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce que l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative règle de façon différente des situations différentes ; qu'en cas de transfert légal, c'est le même contrat de travail qui se poursuit auprès du nouvel employeur par le transfert d'une entité économique autonome qui subsiste à laquelle est attachée la protection reconnue aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors que l'accord collectif qui, pour le cas de la perte d'un marché de services, prévoit et organise le transfert de tout ou partie des contrats de travail des salariés affectés à l'exécution du marché, lesquels peuvent s'y opposer, ne peut à lui seul et sauf clause contraire le prévoyant, faire échec aux dispositions de l'article L. 1226-6 du code du travail ; qu'il en résulte que les salariés dont le contrat de travail est transféré dans le cadre d'un accord collectif ne sont pas placés dans une situation identique à celle des salariés dont le contrat de travail est transféré dans le cadre des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail. »

Au cas d'espèce, la fusion-absorption de la société MBS par la société Challancin est intervenue alors que la salariée était déjà au service de la société Challancin. Il convient de rappeler la chronologie des faits :

- salariée engagée par la société MBS le 5 juillet 2008,
- accident du travail le 22 décembre 2008,
- par avenant du 14 avril 2010, la société Challancin redevient l'employeur de la salariée,
- arrêt maladie de la salariée à compter du 26 octobre 2010,
- fusion-absorption de la société MBS par la société Challancin le 28 novembre 2012,
- licenciement pour inaptitude du 9 novembre 2015.

Il n'y a donc pas eu de transfert de son contrat de travail à la suite de la fusion-absorption de la société qui l'employait lors de son accident du travail.

Le demandeur au pourvoi soutient que le fait que, postérieurement au transfert conventionnel du contrat de travail, le nouvel employeur ait pu absorber le premier ne saurait pour autant le priver du droit d'invoquer l'article L.1226-6 du code du travail, dans la mesure où l'accident du travail est survenu au service d'un autre employeur, même si *in fine* et après le transfert, ce dernier a été absorbé par le nouvel employeur.

Cette question est inédite.

Aux termes de l'article L.236-1 du code de commerce, une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent.

Une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles.

Ces possibilités sont ouvertes aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution.

Les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre des opérations mentionnées aux trois alinéas précédents reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées.

Selon l'article L.236-3-I de ce code, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019, la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission.

L'article L.236-4 de ce code prévoit que la fusion ou la scission prend effet :

1° En cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, à la date d'immatriculation, au registre du commerce et des sociétés, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles ;

2° Dans les autres cas, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération sauf si le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date, laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine.

En l'occurrence, la cour d'appel a retenu :

« En l'espèce, au moment de l'accident du travail (22 décembre 2008), Mme [H] était salariée de la société MBS depuis le 5 juillet 2008 et jusqu'au 13 avril 2010, avant que son contrat de travail ne soit transféré à nouveau à la société Challancin par avenant du 14 avril 2010.

Cependant, suite à la dissolution de la société MBS et à la transmission universelle de son patrimoine à la société Entreprises Guy Challancin à compter du 28 novembre 2012, seule la société Challancin subsiste en ayant absorbé la société MBS.

Les dispositions de l'article L.1226-6 du code du travail ne peuvent donc être opposées par la société Challancin à Mme [H], celle-ci ayant subi son accident du travail au sein de la société MBS absorbée par la société Challancin, et celle-ci ne pouvant donc soutenir avoir la qualité d'autre employeur à l'égard de Mme [H]. »

Il reviendra à la formation de dire si la cour d'appel pouvait statuer comme elle l'a fait, en précisant l'incidence de la fusion sur la notion d'« autre employeur ».

- pris en ses deux dernières branches

Selon la jurisprudence constante de la chambre, les règles protectrices applicables aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle s'appliquent dès lors que l'inaptitude du salarié a au moins partiellement pour origine cet accident ou cette maladie et que l'employeur avait connaissance de cette origine professionnelle au moment du licenciement.

Les juges du fond ont obligation de rechercher eux-mêmes l'existence de ce lien de causalité et la connaissance qu'avait l'employeur de l'origine professionnelle de l'accident ou de la maladie (Soc. 10 juillet 2002, n° 00-40.436, Bull. V n°237, Soc. 2 mars 2005, n°03-42.678, Soc. 15 octobre 2014, n°13-17.460, Soc. 6 juillet 2022, n°21-11.970).

Dès lors qu'ils effectuent cette double recherche, l'appréciation de l'origine professionnelle d'un arrêt de travail ou de l'inaptitude et de la connaissance par l'employeur de ce lien relève de leur pouvoir souverain (Soc. 23 septembre 2009, n°08-41.685, Bull V n°192, Soc. 16 septembre 2015, n°13-26.125, Soc. 17 mai 2016, n°14-23.702, Soc. 31 janvier 2018, n°16-21.171).

C'est au regard de ces observations que la formation examinera, dans l'hypothèse où elle écarterait la première branche du moyen, les deux dernières branches du moyen.

Sur le quatrième moyen :

Aux termes de l'article L.1226-14 du code du travail, la rupture du contrat de travail dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article L. 1226-12 ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis prévue à l'article L. 1234-5 ainsi qu'à une indemnité spéciale de licenciement qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9.

La cour d'appel ne pouvait donc pas allouer au salarié, sur le fondement de cet article, une somme au titre des congés payés afférents à l'indemnité compensatrice égale à l'indemnité de préavis.