



RAPPORT DE Mme BÉRARD, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 17 du 8 janvier 2025 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-15.410

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 9 mars 2023

M. [P] [G]

C/

la compagnie IBM France

Rapport comprenant des propositions de rejet non spécialement motivé du premier moyen et du troisième moyen pris en sa première branche.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Né le 13 octobre 1954, M. [G] a été engagé, le 27 avril 1973, comme agent administratif par la société IBM France. Il occupait un poste de chef de département au dernier temps de la relation de travail.

Il a été reconnu travailleur handicapé en 2010, suite à une maladie évolutive réduisant son acuité visuelle.

Il a été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 17 janvier 2017.

Il a perçu, une indemnité conventionnelle de licenciement telle que fixée par la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 27 avril 1973 applicable à la relation de travail

Soutenant avoir subi un harcèlement moral, ainsi qu'une discrimination à raison de son handicap résultant du manquement de l'employeur à son obligation d'adaptabilité, ainsi que l'inopposabilité, à raison de son caractère discriminatoire, des dispositions de la convention collective prévoyant une minoration du montant de l'indemnité de licenciement à compter de l'âge 61 ans, le salarié a saisi la juridiction prud'homale, le 15 février 2018, aux fins de condamner la société à lui verser diverses sommes à titre de dommages-intérêts en réparation d'un harcèlement moral et subsidiairement d'une exécution de mauvaise foi du contrat de travail, ainsi que d'une discrimination et d'un manquement à l'obligation d'adaptabilité et à titre de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement.

Par jugement du 10 août 2020, le conseil de prud'hommes l'a débouté de ses demandes de dommages-intérêts au titre du harcèlement moral et de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement et a condamné la société à lui verser une certaine somme à titre de dommages-intérêts au titre de manquements de la société à son obligation d'adaptabilité.

Par arrêt du 9 mars 2023, la cour d'appel a confirmé le jugement sauf ce chef de condamnation et a débouté le salarié de sa demande pour discrimination et manquement à l'obligation d'adaptabilité.

Le salarié a formé un pourvoi le 9 mai 2023 et déposé un mémoire ampliatif le 11 septembre 2023 contenant une demande de 3 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société a déposé un mémoire en défense le 10 novembre 2023 contenant une demande de 3 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le salarié a déposé un mémoire en réplique le 29 novembre 2023.

2 - Analyse succincte des moyens

Le **premier moyen** fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande de dommages et intérêts au titre du harcèlement moral, subsidiairement au titre de l'exécution de mauvaise foi du contrat de travail, alors :

1°/ que le juge ne peut modifier l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions respectives des parties exprimées dans leurs conclusions ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu qu'« il n'est pas établi que le poste de M. [G] a été vidé de sa substance », relevant que celui-ci « a certes perdu son rôle d'encadrement mais que ce changement s'inscrit dans le cadre d'une évolution globale de l'organisation de l'entreprise, alors que le salarié avait demandé un allègement de ses missions, ce qu'il admet », que « même s'il a connu une évolution de son profil de poste, M. [G] ne rapporte pas la preuve qu'il était inoccupé comme il le soutient », que trois salariées « ont certes constaté que le salarié avait perdu son rôle de manager mais [elles] n'indiquent pas qu'il n'avait plus aucune activité », que « les entretiens annuels d'évaluation montrent que le salarié n'était pas sans activité » et que « l'évolution des missions du salarié est intervenue en concertation avec le médecin

du travail, afin de les rendre compatibles avec son handicap, même si la mise en œuvre des mesures adaptatives est remise en cause par le salarié » ; qu'en se bornant ainsi à rechercher si le salarié avait conservé la moindre activité, quand le harcèlement résidait selon lui dans le retrait de l'essentiel de ses fonctions en particulier d'encadrement, et non dans une absence totale d'activité, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

2°/ que pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments de fait invoqués par le salarié, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de laisser supposer l'existence d'un harcèlement ; que dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a d'emblée examiné les justifications de l'employeur quant au supposé souhait du salarié d'un allègement de ses missions ou d'une prétendue concertation avec le médecin du travail, sans d'abord dire si le retrait de ses fonctions d'encadrement, dont elle avait constaté la matérialité, laissait supposer l'existence d'un harcèlement ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ;

3° / que pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments de fait invoqués par le salarié, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de laisser supposer l'existence d'un harcèlement ; que dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que l'existence de conditions de travail dégradantes et humiliantes n'était pas établie motifs pris que ne pouvaient être reprochés à l'employeur la proposition de mutation sur le site de [Localité 7] dès lors que le salarié l'« a accepté sans discussion », le refus du salarié, de même que son affectation en avril 2017 à un bureau dans un simple box près de la machine à café sans lumière extérieure, à laquelle le médecin du travail s'est opposé, « dès lors que l'entreprise n'a pas souhaité entreprendre les travaux sollicités par le médecin du travail pour adapter cet espace au handicap du salarié et a opté pour une autre solution » et que le salarié « n'explicite pas en quoi » le fait qu'il partage à compter de juin 2017 un bureau avec l'un de ses managers, l'obligeant à attendre devant la porte du bureau quand ce dernier avait des activités confidentielles, « n'était pas conforme aux pratiques d'attribution de bureaux au sein de la société, ni ne donne de renseignements sur la taille de la pièce et ses équipements, de sorte que l'attribution de ce bureau ne peut être remise en cause », quand cette affectation « a été validée par le médecin du travail » et aurait « plutôt porté préjudice » au manager ; *qu'en procédant ainsi à une appréciation séparée de chacun de ces éléments de fait présentés par le salarié, et en les confrontant d'emblée aux justifications de l'employeur, pour successivement les écarter, sans avoir d'abord dit si ces faits, pris dans leur ensemble, laissaient supposer l'existence d'un harcèlement moral*, la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ;

4°/ que pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments de fait invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de laisser supposer l'existence d'un harcèlement ; que dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en l'espèce, pour débouter le salarié de sa demande, la cour d'appel s'est bornée à reproduire le certificat médical établi par le Dr [D] sans pour autant en tenir compte pour examiner la matérialité des éléments de fait invoqués par le salarié ; qu'en procédant à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par le salarié, et en examinant pour chacun d'eux les éléments avancés par l'employeur pour les justifier, quand il lui appartenait de dire si, pris dans leur ensemble, les éléments matériellement établis et les documents médicaux laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral, et dans l'affirmative seulement, d'apprécier les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que les mesures en cause étaient étrangères à tout harcèlement moral, la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail.

Le **deuxième moyen** fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande pour discrimination et manquement à l'obligation d'adaptabilité, alors : « que lorsque le salarié handicapé présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination en raison d'un manquement de l'employeur à son obligation de prendre les mesures appropriées pour lui permettre de conserver son emploi, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'un tel manquement et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur d'établir qu'il a pris toutes les mesures appropriées pour répondre au besoin d'aménagement du travailleur handicapé ou, dans le cas contraire, de justifier en quoi ces mesures représentaient pour lui une charge disproportionnée ; qu'en l'espèce, pour débouter le salarié de sa demande, la cour d'appel a retenu qu'« il ne se déduit pas des éléments mis en avant par le salarié au soutien de son argumentation que la Compagnie IBM France a manqué à son obligation d'adaptabilité » et que « l'employeur n'avait pas manqué à son obligation d'adaptabilité, les mesures prises étant justifiées, nécessaires et appropriées au handicap du salarié, qui les a d'ailleurs réclamées » ; qu'en statuant ainsi, sans avoir d'abord dit si les différents éléments présentés par le salarié, pris dans leur ensemble, laissaient supposer l'existence d'un manquement de l'employeur à son obligation d'adapter le poste de travail à son handicap et la discrimination invoquée, la cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 dans sa rédaction applicable en la cause, les articles L. 1133-3 et L. 1134-1, ainsi que l'article L. 5213-6 du code du travail dans sa rédaction applicable en la cause. »

Le **troisième moyen** fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande de reliquat d'indemnité de licenciement, alors :

1°/ que même lorsqu'une différence de traitement en raison de l'âge résulte des dispositions d'une convention ou d'un accord collectif, les dispositions concernées ne peuvent être présumées justifiées au regard du principe de non-discrimination ; qu'il appartient au juge de d'abord rechercher si de telles dispositions conventionnelles laissent supposer l'existence d'une discrimination et, dans l'affirmative, si la différence de traitement fondée sur l'âge est objectivement et

raisonnablement justifiée par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés ; qu'en l'espèce, pour retenir que la minoration du montant de l'indemnité de licenciement pour les ingénieurs et cadres âgés de plus de 60 ans prévue par l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie n'était pas discriminatoire, la cour d'appel a relevé que « l'employeur explique que cette stipulation avait pour finalité d'inciter le départ des salariés ayant atteint l'âge de la retraite pour favoriser le partage du travail entre les générations et l'insertion professionnelle de jeunes travailleurs, cet objectif étant légitime ainsi que l'a reconnu la Cour de justice. Par ailleurs, au regard du contrôle de proportionnalité, il est constant que ces dispositions sont appropriées car les travailleurs, malgré leur âge, bénéficient d'une couverture économique qui n'est pas déraisonnable au regard de la finalité recherchée de politique de l'emploi et que le mode de calcul n'est pas manifestement inapproprié pour atteindre cet objectif » ; qu'en examinant ainsi les explications de l'employeur pour justifier la différence de traitement fondée sur l'âge sans avoir d'abord dit si celle-ci laissait supposer l'existence d'une discrimination, la cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 dans sa rédaction applicable en la cause et l'article L. 1134-1 du code du travail ;

2°/ que la différence de traitement fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination à condition qu'elle soit objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ; qu'en l'espèce, pour retenir que la minoration du montant de l'indemnité de licenciement pour les ingénieurs et cadres âgés de plus de 60 ans prévue par l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie n'était pas discriminatoire, la cour d'appel a relevé que « l'employeur explique que cette stipulation avait pour finalité d'inciter le départ des salariés ayant atteint l'âge de la retraite pour favoriser le partage du travail entre les générations et l'insertion professionnelle de jeunes travailleurs, cet objectif étant légitime ainsi que l'a reconnu la Cour de justice. Par ailleurs, au regard du contrôle de proportionnalité, il est constant que ces dispositions sont appropriées car les travailleurs, malgré leur âge, bénéficient d'une couverture économique qui n'est pas déraisonnable au regard de la finalité recherchée de politique de l'emploi et que le mode de calcul n'est pas manifestement inapproprié pour atteindre cet objectif » ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs généraux économiques et démographiques impropres à établir le caractère légitime de la minoration de l'indemnité de licenciement en raison de l'âge, sans rechercher si l'objectif de partage du travail entre les générations et l'insertion professionnelle de jeunes travailleurs était étayé par des éléments précis et concrets, ni si la minoration de l'indemnité de licenciement était nécessaire pour l'atteindre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1133-2 du code du travail.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Caractérisation du caractère non discriminatoire d'une différence de traitement fondée sur l'âge instituée par un accord collectif.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1- Sur le premier moyen (règle de preuve du harcèlement moral) : proposition de rejet non spécialement motivé

4.1.1- Rappel des textes et de la jurisprudence

Selon l'article L. 1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Aux termes de l'article L. 1152-3 du même code, toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul.

Aux termes de l'article L. 1154-1 du code du travail, lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Par une série de quatre arrêts (Soc. 24 sept. 2008, pourvois n° 06-45.579, n° 06-45.747, n° 06-46.517 et n° 06-43.504) la Cour de cassation a précisé les règles d'établissement de la preuve en matière de harcèlement moral.

Pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient aux juges du fond :

- 1°) d'examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits ;
- 2°) d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer ou laissent supposer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail ;
- 3°) dans l'affirmative, d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Notre chambre a jugé dans un arrêt rendu en formation plénière le 8 juin 2016 (Soc. 8 juin 2016, pourvoi n° 14-13.418), que « sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement. »

Le commentaire au rapport annuel mentionne : « *par cet arrêt rendu en formation plénière de la chambre sociale, la Cour de cassation retient désormais une voie médiane en matière de contrôle : ce contrôle, qui a permis depuis 2008 de mieux*

encadrer la démarche à suivre par le juge, n'est pas totalement abandonné aux juges du fond, mais il devient limité et recentré sur la vérification du respect par le juge du fond des règles s'imposant à lui pour la détermination de son appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve. »

La chambre sociale rejette donc désormais les pourvois qui, sous couvert de griefs non fondés, de violation de la loi (ex. récents : Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 20-21.490 ; Soc., 6 juillet 2022, pourvoi n° 21-17.001) ou de défaut de base légale (ex : Soc., 6 avril 2022, pourvoi n° 20-20.893) ou encore de dénaturation (ex : Soc., 16 mars 2022, pourvoi n° 20-20.520), ou encore de défaut d'impartialité, de violation de la loi, de défaut de base légale et de violation du principe de la contradiction (Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 20-18.487), ne tendent qu'à remettre en cause ce pouvoir dévolu aux juges du fond.

Notre chambre contrôle en revanche que le juge apprécie bien dans leur ensemble les faits matériellement établis au titre de la présomption de l'existence d'un harcèlement moral. Notre cour juge ainsi de façon constante que viole les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail, une cour d'appel qui procède à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par le salarié, alors qu'il lui appartient de dire si, pris dans leur ensemble, les éléments matériellement établis, dont les certificats médicaux, laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral (Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.766, Bull. 2012, V, n° 170 ; Soc., 21 octobre 2020, pourvoi n° 18-26.697 ; Soc., 3 février 2021, pourvoi n° 19-24.102 ; Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-20.496 ; Soc., 25 mai 2022, pourvoi n° 20-19.596).

Cependant, la constatation d'une altération de l'état de santé d'un salarié n'est pas à elle seule de nature à laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral (Soc., 18 novembre 2015, pourvoi n° 14-17.537 ; Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-14.069).

La censure est également encourue si les juges du fond méconnaissent leur office, notamment s'ils n'ont pas examiné des éléments avancés par le salarié (Soc., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-22.055 ; Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-20.158 ; Soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-19.51 ; Soc., 6 juillet 2022, pourvoi n° 21-11.838, 21-19.376 ; Soc., 19 octobre 2022, pourvoi n° 21-16.347 ; Soc., 18 janvier 2023, pourvoi n° 21-22.956).

Enfin, s'ils disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation, les juges du fond ne doivent pas statuer par des motifs impropres à caractériser les éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (Soc., 15 mai 2014, pourvoi n° 11-22.800 ; Soc., 15 juin 2016, pourvoi n° 14-24.022, 14-24.584 ; Soc., 12 février 2020, pourvoi n° 18-24.119 ; Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 20-21.890).

4.1.2- En l'espèce

Le moyen manque en fait dans sa première branche et, en tout état de cause, n'est pas fondé.

C'est en effet en reprenant fidèlement le plan même des conclusions du salarié que la cour d'appel a constaté :

« A l'appui de son allégation de harcèlement moral, M. [G] présente trois séries d'éléments de fait :

- l'insistance de son employeur à le voir accepter un plan de départ volontaire,
- l'attitude de son employeur consistant à vider de sa substance ses fonctions,
- des conditions de travail dégradantes et humiliantes. »

Or, au titre de l'élément de fait intitulé « sur l'attitude de son employeur consistant à vider de sa substance ses fonctions » (p.8 et s. des conclusions du salarié), celui-ci a expressément soutenu dans ses écritures (p.9) :

« Pourtant, à compter de la fin de l'année 2013, et malgré la reconnaissance de son aptitude au travail sans réserve par le médecin du travail, Monsieur [G] a été brutalement déchargé de toute mission. En effet, dès l'année 2014 les fonctions jusqu'alors occupées par Monsieur [G] ont été transmises à Madame [B] [M], qui n'était autre que assistante de Madame [A] [Y]. Il ne restait plus rien à faire au salarié, chef de département. Tout au plus, le salarié se voyait-il confier de petites missions ponctuelles. »

Ce paragraphe a été intégralement repris par l'arrêt.

C'est ensuite dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve et par une interprétation exclusive de dénaturation que l'ambiguïté des écritures rendait nécessaire et sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, que la cour d'appel a constaté que « même s'il a connu une évolution de son profil de poste » et a notamment « perdu son rôle d'encadrement », « ce changement s'inscrit dans le cadre d'une évolution globale de l'organisation de l'entreprise, alors que le salarié avait demandé un allègement de ses missions ce qu'il admet », « le salarié ne rapporte pas la preuve qu'il était inoccupé comme il le soutient ».

Imputant inexactement à l'arrêt d'avoir examiné les justifications de l'employeur avant d'avoir constaté la matérialité d'un élément de fait, la deuxième branche du moyen ne tend, là encore, qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, qui ont certes constaté que le salarié avait perdu son rôle d'encadrement dans un contexte où il avait demandé un allègement de ses missions, mais que ce fait ne suffisait pas à caractériser l'élément de fait tenant à une « inoccupation », dont le salarié alléguait au titre du harcèlement moral.

Il en va de même de la troisième branche du moyen, qui, imputant inexactement une appréciation séparée des éléments de fait, ne tend, là encore, qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond dans l'examen des éléments de fait et de preuve présentés par le salarié au titre du fait allégué de « conditions de travail dégradantes et humiliantes », et que l'arrêt n'a pas retenu.

Enfin, la quatrième branche n'est pas davantage fondée, puisque n'ayant retenu la matérialité d'aucun des éléments de fait allégués et n'encourant pas le grief d'appréciation séparée au premier stade du processus probatoire, l'arrêt ne pouvait tirer aucune conséquence des éléments médicaux par ailleurs produits.

Le premier moyen n'étant manifestement pas fondé relève en conséquence d'un rejet non spécialement motivé.

4.2- Sur le deuxième moyen : règle de preuve de l'existence d'un manquement de l'employeur à son obligation d'adapter le poste de travail d'un salarié handicapé

4.2.1- Rappel des textes et de la jurisprudence

Selon l'article L.1132-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2017-256 du 28 février 2017, dispose qu'« *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de 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 de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif local, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.* »

L'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, dans sa rédaction issue de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017, dispose que « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, 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.

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2. »

L'article L. 1132-4 du même code prévoit que toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul.

L'article L.1133-3 du code du travail précise que les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

L'article L.1133-4 du même code dispose que les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination.

L'article L. 5213-6 du même code, en sa rédaction issue de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, dispose que : *« 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'article L.1134-1 dispose 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 ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

1°/ Le mécanisme de preuve partagée de la discrimination a été précisé par la jurisprudence de notre chambre (Soc., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-42.643, Bull.

2000, V, n°151; Soc. 29 juin 2011, n° 10-14.067 et n° 10-15.792, Bull. 2011, V, no 166).

Il appartient donc au juge du fond :

- 1°) d'examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié ;
- 2°) d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ;
- 3°) dans l'affirmative, d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

L'appréciation par les juges du fond de la matérialité des éléments de fait fondant la demande au titre de la discrimination est souveraine (Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-17.496 ; Soc., 9 février 2022, pourvoi n° 20-14.880).

Notre chambre contrôle que le juge du fond a examiné tous les éléments allégués par le salarié (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-20.110 ; Soc., 12 avril 2018, pourvoi n° 16-25.503 ; Soc., 20 juin 2018, pourvoi n° 16-25.511).

La Cour de cassation exerce un contrôle léger sur les déductions tirées par les juges du fond de l'existence d'éléments laissant supposer une discrimination (Soc., 9 mai 2018 n°16-22.263), ou, au contraire, de ce qu'une cour d'appel, appréciant l'ensemble des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a pu retenir que le salarié ne présentait pas des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ou, au contraire, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-14.067, Bull. 2011, V, n° 166 ; Soc., 13 juillet 2016, pourvoi n°15-12.344 ; Soc., 3 avril 2019 pourvoi n° 17-28.888 ; Soc., 21 avril 2022, pourvoi n° 20-17.038).

Les juges du fond apprécient souverainement si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Pour des exemples récents relatif à une discrimination en raison du handicap : Soc., 25 septembre 2019, pourvoi n° 18-15.811 ; Soc., 14 février 2024, pourvoi n° 22-10.513.

Elle censure cependant les décisions retenant le caractère justifié des décisions de l'employeur par des motifs impropres : pour un exemple de cassation pour défaut de base légale relatif à une discrimination fondée sur le handicap (Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.283)

Elle censure les décisions faisant peser sur le seul salarié la charge de la preuve de la discrimination (Soc., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.925 ; Soc., 20 juin 2018, pourvoi n° 17-13.460 ; Soc., 25 septembre 2019, pourvoi n° 18-17.698).

2°/ Un licenciement pour inaptitude peut être discriminatoire

Un licenciement ne peut être valablement fondé sur l'état de santé du salarié (Soc., 24 juin 1998, pourvoi n° 96-41.717, Bull. 1998, V, n° 337). En application des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail, un licenciement fondé sur l'état de santé ou le handicap d'un salarié est discriminatoire (Soc., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-24.149).

Fait exception à ce principe le licenciement pour une inaptitude constatée par le médecin du travail s'il répond aux prescriptions de l'article L.1133-3 du code du travail qui dispose que « *les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ». (Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.834, Bull. 2011, V, n° 29)
Mais dans l'hypothèse d'un salarié reconnu handicapé, son licenciement pour inaptitude doit aussi satisfaire aux exigences de l'article L. 5213-6 du code du travail pour ne pas être discriminatoire.

Notre chambre a ainsi jugé :

Soc., 3 juin 2020, pourvoi n° 18-21.993 :

« Mais attendu, d'abord, 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 ;

Attendu, ensuite, que 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 ;

Et attendu que 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 ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

Il appartient à l'employeur de soutenir l'impossibilité d'exécuter les obligations prévues à l'article L. 5213-6 (Soc. 14 décembre 2016, n° 15-26.417).

Notre chambre exerce un contrôle léger de l'appréciation par les juges du fond du caractère approprié au handicap du salarié des mesures prises par l'employeur (Soc., 6 mars 2017, pourvoi n° 15-26.037 ; Soc., 22 juin 2017, pourvoi n° 15-28.991), ainsi que des déductions que tirent les juges du fond pour écarter le caractère discriminatoire du licenciement au visa de l'article L.5213-6 du code du travail (Soc., 6 septembre 2023, pourvoi n° 22-15.637).

Elle a tout dernièrement jugé en assemblée plénière de chambre que le non respect des dispositions de l'article L. 5213-6 du code du travail doit s'apprécier dans le respect des règles de preuve de la discrimination :

Soc., 15 mai 2024, pourvoi n° 22-11.652, en cours de publication :

« Vu les articles L.5213-6 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, L.1133-3, L.1133-4 et L.1134-1 du même code, ce dernier dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, les articles 2, 5 et 27 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées signée à New York le 30 mars 2007 et les articles 282 et 5 de la directive du Conseil 2000/78/CE du 27 novembre 2000 :

8. Aux termes de l'article L.5213-6 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, 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.

9. L'article L.1133-3 de ce code prévoit que les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

10. L'article L.1133-4 du même code précise que les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination.

11. Selon l'article 2 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, signée à New York le 30 mars 2007, on entend par « discrimination fondée sur le handicap » toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres. La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable.

On entend par « aménagement raisonnable » les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales.

12. Selon l'article 5, afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés.

Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité de facto des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention.

13. Selon l'article 27 de cette Convention que les États Parties garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail des personnes handicapées, y compris pour celles qui ont acquis un handicap en cours d'emploi, en prenant des mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour notamment :

h) Favoriser l'emploi de personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en oeuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive, des incitations et d'autres mesures ;

i) Faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées.

14. Selon l'article 5 de la directive du Conseil 2000/78/CE du 27 novembre 2000, afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit

dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée par l'Etat membre concerné en faveur des personnes handicapées.

15. Il résulte de l'article 2§2 de cette directive qu'une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que, dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique.

16. Dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, l'article L.1134-1 du code du travail prévoyait 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 ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

17. La Cour de cassation juge que, 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, pourvoi n° 18-21.993, publié).

18. Il en résulte que le juge, saisi d'une action au titre de la discrimination en raison du handicap, doit, en premier lieu, rechercher si le salarié présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une telle discrimination, tels que le refus, même implicite, de l'employeur de prendre des mesures concrètes et appropriées d'aménagements raisonnables, le cas échéant sollicitées par le salarié ou préconisées par le médecin du travail ou le comité social et économique en application des dispositions des articles L. 1226-10 et L. 2312-9 du code du travail, ou son refus d'accéder à la demande du salarié de saisir un organisme d'aide à l'emploi des travailleurs handicapés pour la recherche de telles mesures. Il appartient, en second lieu, au juge de rechercher si l'employeur démontre que son refus de prendre ces mesures est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison du handicap, tenant à l'impossibilité matérielle de prendre les mesures sollicitées ou préconisées ou au caractère disproportionné pour l'entreprise des charges consécutives à leur mise en oeuvre.

19. Pour juger le licenciement nul comme constitutif d'une discrimination en raison du handicap, l'arrêt retient que la société, 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 la salariée, et ne lui a proposé aucune mesure particulière dans le cadre de la recherche de reclassement.

20. En statuant ainsi, alors qu'il appartenait au juge de faire application des dispositions de l'article L.1134-1 du code du travail telles que précisées au paragraphe 18 du présent arrêt, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

4.2.2- En l'espèce,

L'arrêt est ainsi rédigé :

« Sur l'obligation d'adaptabilité »

M. [G] prétend que la Compagnie IBM France n'a pas rempli son obligation d'adaptabilité. Il soutient qu'entre le certificat médical de 2010 dans lequel le médecin du travail a précisé qu'il était apte à son poste de travail, et l'avis d'invalidité 7 ans plus tard, ce n'est pas son état de santé qui s'est dégradé au point de devoir le déclarer inapte, mais l'absence délibérée d'actions appropriées de la part de son employeur, ce qui l'a contraint, « éreinté de ne pas avoir de réelle mission et de ne pouvoir travailler dans de bonnes conditions », à accepter son invalidité en désespoir de cause.

La Compagnie IBM France prétend de son côté n'avoir jamais refusé de prendre les mesures appropriées pour permettre à M. [G] de conserver son emploi et souligne qu'elle a réussi à maintenir le salarié dans son emploi pendant plus de sept années à compter de la reconnaissance de son statut de travailleur handicapé, respectant ainsi parfaitement ses obligations légales et réglementaires.

Il est rappelé que l'article L. 5213-6 du code du travail dispose : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.

L'employeur s'assure que les logiciels installés sur le poste de travail des personnes handicapées et nécessaires à leur exercice professionnel sont accessibles. Il s'assure également que le poste de travail des personnes handicapées est accessible en télétravail.

Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en 'uvre 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. »

Dans le cadre de la mise en oeuvre de ces dispositions, la Compagnie IBM France a signé avec les organisations syndicales représentatives un accord d'entreprise relatif à la protection des salariés handicapés, lequel a été homologué par la Direccte et est suivi par le biais de la Mission Handicap avec une commission de suivi et des budgets affectés.

M. [G] indique lui-même qu'il bénéficiait d'un suivi extrêmement sérieux du médecin du travail de la Compagnie IBM France, lequel contrôlait tous les deux mois sa situation et alertait le cas échéant ses supérieurs hiérarchiques sur les mesures à prendre pour adapter son poste de travail à son handicap.

Il reproche à son employeur d'avoir été contraint de commander lui-même le matériel préconisé par le médecin du travail dans un certificat du 24 août 2010.

Aux termes de ce certificat, le docteur [P], médecin du travail au sein de la Compagnie IBM France, a indiqué que l'état de santé de M. [G] justifiait l'attribution d'un écran plat, d'un clavier séparé, d'une souris grande taille ainsi que la fourniture d'un luminaire individuel « à éclairage intensif » X'trem lite 18 W batterie, d'une loupe de lecture Eschenbach « easy-pocket » Led grossissement x3 et d'une valisette à roulettes pour l'utilisation de son Thinkpad lors de ses activités professionnelles (pièce 23 du salarié).

M. [G] reconnaît avoir bénéficié de l'ensemble de ces matériels, le seul fait qu'il ait passé commande lui-même aux frais de son employeur et selon ses choix, n'étant pas de nature à engager la responsabilité de la Compagnie IBM France.

M. [G] reproche encore à Mme [Y] ses propos du 22 janvier 2014 : « Comme tu le comprends très bien, nous ne souhaitons en aucune manière te mettre at risk, toi ainsi que le business que nous supportons. Il faudrait envisager une aide de la mission handicap ».

Il prétend que dire qu'il serait « at risk » ne serait qu'une excuse pour justifier sa mise à l'écart et son déclassement, sans tirer d'autres conséquences quant à l'obligation d'adaptabilité pesant sur l'employeur, de sorte que ce moyen doit être écarté.

M. [G] rappelle que, par courriel du 16 juillet 2014, le médecin du travail a sollicité une nouvelle adaptation de son poste de travail, en réclamant de nouvelles aides techniques dans ces termes : « J'ai revu ce jour votre collaborateur M. [G]. Son état de santé justifie qu'on aménage son poste de travail. Le matériel proposé par Mission Handicap :

- logiciel « dragon naturally speaking wireless » + console « readit schoplar HD + pack « zommtex magnifier S/R USB »,
- ainsi que le remplacement de sa lampe LESA Xtrem Lite 18W,
- et la fourniture d'un casque audio,

sont des éléments actuellement indispensables à cet aménagement.

Merci de ce que vous ferez en liaison avec Mission Handicap. » (pièce 25 du salarié).

Il n'allègue toutefois pas que ce matériel ne lui a pas été fourni, tandis que la société démontre l'avoir livré.

M. [G] rappelle encore que les fiches médicales de 2014, 2015 et 2016 ont toujours mentionné « apte avec réserve », et que le médecin du travail a, chaque année, émis les mêmes réserves d'aptitude et réclamé inlassablement la fourniture d'aides techniques pour adapter son poste de travail, reprochant ce faisant à son employeur de ne pas avoir répondu aux demandes du médecin du travail.

Les fiches d'aptitude 2014, 2015 et 2016 mentionnent effectivement une aptitude avec réserves, le médecin du travail rappelant le cas échéant le matériel à fournir, mais sans jamais faire état de manquements de l'employeur à ce titre (pièce 26 du salarié).

Il apparaît qu'en réalité, le médecin du travail de l'entreprise était en relation continue avec l'employeur et actualisait ses demandes d'équipement indépendamment des fiches d'aptitude pour tenir compte de l'évolution du handicap de M. [G].

M. [G] fait encore état d'un compte rendu d'évaluation de sa vision fonctionnelle établi le 17 décembre 2015 par l'Institution nationale des Invalides adressé au médecin du travail d'IBM France.

Cette évaluation particulièrement complète menée par un instructeur en locomotion, un ergothérapeute et une orthoptiste sous la direction du docteur [S], ophtalmologiste, présente les difficultés visuelles du salarié, ses possibilités visuelles, les conditions d'environnement, le rôle de la vision dans le choix et la gestion des activités, les adaptations dans les activités les plus courantes et les aides optiques ou techniques et contient la conclusion suivante : « Ce compte rendu a tenté de rassembler les éléments nécessaires à l'adaptation du poste de M. [G] à ses difficultés/possibilités visuelles. L'avis d'un ergonomiste semblerait pertinent pour parfaire la définition de l'adaptation du poste. Il restera à acquérir les aides techniques nécessaires pour lesquelles des essais préalables avec M. [G] sont recommandés. N'hésitez pas à nous contacter pour toute question ou complément d'information au (') » (pièce 27 du salarié).

Pour prétendre à la responsabilité de la Compagnie IBM France, M. [G] se limite à constater de façon inopérante que le logiciel NVDA, gratuit, et l'aménagement du clavier avec quelques repères tactiles sur certaines touches majeures, ont été fournis et installés par l'Institution nationale des Invalides, et non par son employeur qui ne saurait, selon lui, se prévaloir de ces aménagements.

M. [G] fait encore état du retard de l'employeur dans l'aménagement de son poste en 2016 mais la Compagnie IBM France justifie que le retard constaté était dû à plusieurs difficultés exclusives de mauvaise volonté, dont l'absence de réponse de M. [G] à la société Alphabaille.

Le 7 août 2017, Mme [T], infirmière de santé au travail IBM France a réalisé une étude de poste et des conditions de travail de M. [G] et a rédigé un rapport dans les termes suivants :

« M. [P] [G], 62 ans,

[Adresse 3]

le 7 août 2017

Étude du poste de travail

réalisée par Mme [C] [T], infirmière de santé au travail IBM France

Métier : sédentaire

Temps de travail : 7h par jour, temps plein,

Ordinateur portable T 430

Sac de transport disponible, poids 7 kg

Bureau pour deux personnes

Trajet : 2 X 2h45 par jour, transports en commun (train + RER)

Sites plus proches : [Localité 5], mais ne peut s'y rendre (ne peut prendre l'autobus sans risques).

Santé : handicap visuel lourd, reconnu RQTH

Matériel :

bureau réglable

écran additionnel avec équipement retour audio sur texte dactylographié (depuis trois semaines)

Seul le track-point permet de situer l'emplacement du curseur sur l'écran

fauteuil « ergonomique » réglable

environnement :

- température confortable

- ambiance calme

- éclairage : source plafond/lampe de bureau/ lampe spéciale

adapte les réglages si nécessaire

pause active ergonomique pratiquée.

Commentaire sur ce qui précède :

- souris trop lente et non-utilisée

- logiciel d'OCR (« Access Solution ») prévu (devis signé récemment par Mission Handicap)

commentaire du médecin du travail

L'apparition progressive d'un handicap visuel a conduit à une adaptation des missions et des responsabilités de ce collaborateur.

M. [G] a maintenant un travail administratif sédentaire, STS support aux ventes, qu'il a beaucoup de difficultés à réaliser :

- la lecture d'un document écrit est quasiment impossible, du fait d'un champ visuel extrêmement réduit,

- les documents doivent souvent lui être lus par une tierce personne, et l'on attend toujours un logiciel de déchiffrement adapté. Il n'est pas certain que le logiciel d'Access Solutions soit compatible avec les systèmes IBM,

- le poste de travail était sous bon contrôle jusque récemment, lorsque son service a déménagé du rez-de-chaussée au deuxième étage,

- le service médical a refusé son installation dans un bureau éloigné de son équipe et non-adapté,

- les travaux d'isolation et d'accessibilité n'ont pas été réalisés et il a été décidé de l'installer dans un bureau disponible et seul. En fait, il a été affecté à un bureau de deux personnes, occupé à temps partiel par son manager deuxième ligne,

- malgré la bonne volonté de chacun, la gêne ressentie est réelle, les difficultés de communication et l'isolement du reste de l'équipe majorés en fait.

La poursuite de l'activité professionnelle dans ces conditions est dommageable pour l'état de santé de ce salarié et le reclassement est absolument impossible. » (pièce 35 du salarié).

M. [G] fait valoir à ce sujet qu'il avait demandé cette visite médicale dans l'unique but de faire le point avec le docteur [P], médecin du travail, sur l'avancement du réaménagement de son poste de travail et de la concrétisation d'un bureau privatif et qu'il a été contraint d'accepter les conclusions d'inaptitude. Il ne justifie cependant pas avoir exercé un recours contre cet avis alors que cette possibilité était ouverte, de sorte qu'il ne peut plus aujourd'hui s'en plaindre.

En conclusion, il ne se déduit pas des éléments mis en avant par le salarié au soutien de son argumentation que la Compagnie IBM France a manqué à son obligation d'adaptabilité.

Pour prétendre à une discrimination à son égard, M. [G] se prévaut des dispositions de l'article L. 1133-3 du code du travail, lequel énonce : « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées. »

Or, il a été jugé que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation d'adaptabilité, les mesures prises étant justifiées, nécessaires et appropriées au handicap du salarié, qui les a d'ailleurs réclamées.

Aucune discrimination ne peut dès lors être reprochée à la Compagnie IBM France sur le fondement des dispositions précitées.

M. [G] sera en conséquence débouté de cette demande, par infirmation du jugement entrepris.

Le mémoire ampliatif soutient que la cour d'appel n'a pas respecté la règle de preuve de la discrimination et a fait peser sur le seul salarié la charge de la preuve.

Le mémoire en défense soutient que la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, écarté les griefs allégués par le salarié au titre de la discrimination.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier si, en dehors d'un manquement de l'employeur à son obligation d'adaptabilité, le salarié a allégué d'autres éléments de fait au titre d'une discrimination et si, dans ce contexte, les juges du fond ont respecté la règle de preuve ou si l'arrêt encourt le grief du moyen.

4.3- Sur le troisième moyen : justification d'une différence de traitement liée à l'âge résultant d'un accord collectif

4.3.1- Rappel des textes et de la jurisprudence

La directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail pose en son article 2 un principe de prohibition de toute discrimination directe ou indirecte à raison de l'âge d'une personne.

L'article 3 de la directive précise qu'elle s'applique à l'accès à l'emploi et aux conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération.

L'article 6 paragraphe 1, premier alinéa, de la directive prévoit une « Justification des différences de traitement fondées sur l'âge » :

« les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre:

a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;

b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;

c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Depuis l'arrêt Mangold, l'existence d'un principe de non discrimination en fonction de l'âge doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union (CJCE, 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04).

L'office du juge national est d'interpréter la loi conformément à ce principe de non discrimination en fonction de l'âge et s'il ne le peut, d'écarter la loi

Dans l'arrêt Küçükdeveci (19 janvier 2010, Küçükdeveci, C-555/07) , la CJUE, rappelant l'arrêt Mangold (§21), a ajouté que « la directive 2000/78 concrétise ce principe »¹ et a par ailleurs relevé (§22) que « l'article 6, paragraphe 1, TUE énonce que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même valeur juridique que les traités. Selon l'article 21, paragraphe 1, de cette charte, « est interdite, toute discrimination fondée notamment sur [...] l'âge». ».

Elle a dit pour droit que :

« Il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers, d'assurer le respect du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la réglementation nationale, indépendamment de l'exercice de la faculté dont elle dispose, dans les cas visés à l'article 267, deuxième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel sur l'interprétation de ce principe ».

L'arrêt de grande chambre du 19 avril 2016 (19 avril 2016, Dansk Industri (DI) contre Succession Karsten Eigil Rasmussen, C-441/14) s'est référé à ces précédents, avant de dire pour droit :

« Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il incombe à une juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, lorsqu'elle applique les dispositions de son droit national, de les interpréter de manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme à cette directive ou, si une telle interprétation conforme est impossible, de laisser, au besoin, inappliquée toute disposition de ce droit national contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge. Ni les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, ni la possibilité pour le particulier qui s'estime lésé par l'application d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union d'engager la responsabilité de l'État membre concerné pour violation du droit de l'Union ne peuvent remettre en cause cette obligation.

Cette directive a été transposée dans le code du travail :

L'article L.1132-1 prohibe toute discrimination liée à l'âge et l'article L.1132-4 dispose que toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance de ces dispositions est nul.

Cependant, l'article L.1133-1 dispose que « L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle

¹ Elle a ainsi un « effet direct osmotique », cf. Denys Simon, Répertoire européen, Dalloz, édition 2018, n°110.

essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. »

En outre, l'article L.1133-2 énonce que « Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

Ces différences peuvent notamment consister en :

- 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite ».

La règle de preuve de la discrimination a été rappelée dans les développements qui précèdent.

S'agissant d'une différence de traitement instituée par accord collectif,

1°/ la CJUE a rendu, le 6 décembre 2012, un arrêt (C-152/11, Johann Odar c/ Baxter Deutschland GmbH) cité par le mémoire en défense (p.32 et s) concernant un plan social prévoyant la réduction de l'indemnité de licenciement versée aux travailleurs passé la première date possible d'âge à la retraite et prenant par ailleurs en considération la possibilité de percevoir une pension de retraite anticipée versée en raison d'un handicap.

Elle a dit pour droit :

« 1) Les articles 2, paragraphe 2, et 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation relevant d'un régime de prévoyance sociale propre à une entreprise qui prévoit, pour les travailleurs de celle-ci âgés de plus de 54 ans et faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique, que le montant de l'indemnité à laquelle ils ont droit est calculé en fonction de la première date possible de départ à la retraite, contrairement à la méthode standard de calcul, selon laquelle une telle indemnité est fondée notamment sur l'ancienneté dans l'entreprise, de sorte que l'indemnité versée est inférieure à l'indemnité résultant de l'application de cette méthode standard tout en étant au moins égale à la moitié de cette dernière.

2) L'article 2, paragraphe 2, de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation relevant d'un régime de prévoyance sociale propre à une entreprise qui prévoit, pour les travailleurs de celle-ci âgés de plus de 54 ans et faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique, que le montant de l'indemnité à laquelle ils ont droit est calculé en fonction de la première date possible de départ à la retraite, contrairement à la méthode standard de calcul, selon laquelle une telle indemnité est fondée notamment sur l'ancienneté dans l'entreprise, de sorte que l'indemnité versée est inférieure à l'indemnité résultant de l'application de cette méthode standard tout en étant au moins égale à la moitié de cette dernière, et qui prend en considération, lors de la mise en œuvre de cette autre méthode de calcul, la possibilité de percevoir une pension de retraite anticipée versée en raison d'un handicap. »

S'agissant de la disposition instituant une différence de traitement en fonction de l'âge,

elle a notamment relevé en son § 34 : « Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'ils adoptent des mesures entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, laquelle concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de cette directive (arrêts du 13 septembre 2011, Prigge e.a., C-447/09, Rec. p. I-8003, point 48, ainsi que du 7 juin 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt, C-132/11, point 22). »

Ayant constaté que la méthode de calcul prévue par le PPS en cas de licenciement pour motif économique est constitutive d'une différence de traitement directement fondée sur l'âge (§36), elle a ensuite examiné si celle-ci était susceptible d'être justifiée au regard de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa de la directive 2000/78

Elle a constaté que l'objectif d'un plan social est de compenser ou de réduire les conséquences des modifications structurelles dans l'entreprise concernée (§39) et qu'une différenciation fondée sur l'âge des indemnités versées au titre d'un plan de prévoyance sociale poursuivrait un objectif fondé sur la constatation selon laquelle, puisqu'il s'agit de désavantages économiques pour l'avenir, certains salariés qui ne seront pas confrontés à de tels désavantages résultant de la perte de leur emploi, ou qui n'y seront confrontés que de manière atténuée par rapport à d'autres, peuvent de manière générale être exclus de ces droits (§40), et que « *doit être considéré comme légitime l'objectif d'éviter qu'une indemnité de licenciement ne bénéficie à des personnes qui ne cherchent pas un nouvel emploi, mais vont percevoir un revenu de substitution prenant la forme d'une pension de vieillesse (voir, en ce sens, arrêt du 12 octobre 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, Rec. p. I-9343, point 44)* » (§44).

Elle a ensuite vérifié « *si les moyens mis en œuvre pour réaliser ces objectifs sont appropriés et nécessaires et s'ils n'excèdent pas ce qui est requis pour atteindre l'objectif poursuivi.* » (§46)

Elle a retenu leur caractère approprié : « *S'agissant du caractère approprié des dispositions en cause du PPS et du PSC, il y a lieu de relever que la réduction du montant de l'indemnité de licenciement octroyée aux travailleurs qui, à la date de leur licenciement, bénéficient d'une couverture économique n'apparaît pas déraisonnable au regard de la finalité de tels plans sociaux, consistant à apporter une protection plus importante aux travailleurs pour lesquels la transition vers un nouvel emploi s'avère délicate en raison de leurs moyens financiers limités.* »

S'agissant du caractère nécessaire de ces dispositions, elle a constaté que « *la première date possible de départ à la retraite, au sens de l'article 6, paragraphe 1, point 1.5, du PPS, correspond à la date à laquelle le travailleur peut prétendre au bénéfice d'une pension de vieillesse, même s'il s'agit d'une pension comportant une minoration des droits en raison du fait qu'elle a été activée de manière anticipée (§50), mais que le PPS ne prévoit que la réduction du montant de l'indemnité de licenciement octroyé à ces travailleurs (§51), ne les en prive pas (§27), « que le facteur d'âge qui constitue l'un des coefficients de la formule standard et de la formule alternative, augmente progressivement depuis l'âge de 18 ans (0,35) jusqu'à celui de 57 ans (1,70). Ce n'est qu'à 59 ans que ce facteur commence à régresser (1,50) pour atteindre son taux minimal à l'âge de 64 ans (0,30). D'autre part, ainsi que le prévoit le troisième alinéa de cette disposition, même si l'application de la formule alternative aboutit à un résultat égal à zéro, le travailleur concerné aura droit au versement d'une indemnité égale à la moitié de celle calculée conformément à la formule standard » (§52).*

Enfin, elle a observé (§53) que le PPS « *est le fruit d'un accord négocié entre les représentants des employés et ceux des employeurs qui ont ainsi exercé leur droit de négociation collective reconnu en tant que droit fondamental. Le fait de laisser ainsi aux partenaires sociaux le soin de définir un équilibre entre leurs intérêts respectifs offre une flexibilité non négligeable, chacune des parties pouvant, le cas échéant, dénoncer l'accord (voir, en ce sens, arrêt du 12 octobre 2010, Rosenblatt, C-45/09, Rec. p. I-9391, point 67)* ».

S'agissant de la disposition prenant en considération la possibilité de percevoir une pension de retraite anticipée versée en raison d'un handicap,

elle a constaté l'existence d'une différence de traitement entre travailleurs gravement handicapés et travailleurs valides proches de la retraite (§56 à 62, résultant de ce

que le « calcul est fondé, d'une manière apparemment neutre, sur l'âge de départ à la retraite a pour résultat que les travailleurs gravement handicapés, qui bénéficient de la possibilité de partir à la retraite à un âge moins élevé, à savoir 60 ans et non pas 63 ans comme c'est le cas pour les travailleurs valides, perçoivent une indemnité de licenciement moins importante, et cela en raison de leur handicap grave. » (§57).

Elle a ensuite examiné si la différence de traitement existant entre ces deux catégories de travailleurs est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime, si les moyens mis en œuvre pour réaliser celui-ci sont appropriés et s'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur allemand.

Elle a écarté toute justification de cette différence de traitement justifiée par l'avantage accordé aux travailleurs handicapés de pouvoir partir plus tôt à la retraite en rappelant que « d'une part, il y a discrimination sur le fondement du handicap lorsque la mesure litigieuse n'est pas justifiée par des facteurs objectifs étrangers à une telle discrimination (voir, par analogie, arrêts du 6 avril 2000, Jørgensen, C-226/98, Rec. p. I-2447, point 29; du 23 octobre 2003, Schönheit et Becker, C-4/02 et C-5/02, Rec. p. I-12575, point 67, ainsi que du 12 octobre 2004, Wippel, C-313/02, Rec. p. I-9483, point 43). D'autre part, un tel raisonnement reviendrait à compromettre l'effet utile des dispositions nationales prévoyant ledit avantage, dont la raison d'être est, en général, de tenir compte des difficultés et des risques particuliers que rencontrent les travailleurs atteints d'un handicap grave. » (§67)

Elle a souligné que, par cette mesure, les partenaires sociaux avaient méconnu « tant le risque encouru par les personnes atteintes d'un handicap grave, lesquelles rencontrent en général davantage de difficultés que les travailleurs valides pour réintégrer le marché de l'emploi, que le fait que ce risque croît à mesure qu'elles se rapprochent de l'âge de la retraite. » (§69)

Elle a retenu « qu'en aboutissant au versement d'une indemnité de licenciement pour motif économique à un travailleur gravement handicapé d'un montant inférieur à celle perçue par un travailleur valide, la mesure en cause au principal a pour effet de porter une atteinte excessive aux intérêts légitimes des travailleurs gravement handicapés et excède ainsi ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de politique sociale poursuivis par le législateur allemand (§70) et que dès lors la différence de traitement n'était donc pas justifiée.

2°/ Si notre chambre a établi une présomption de justification d'une différence de traitement instituée par des accords collectifs par une série d'arrêts rendus le 27 janvier 2015 (pourvois n° 13-22.179 Bull. civ. V n° 9 ; n°13-14.773, Bull. civ. V n° 8 ; n° 13-25.437, Bull. civ. V n° 10), celle-ci n'est nullement générale et notre chambre l'a notamment exclue dans les domaines où le droit de l'Union est mis en œuvre.

En matière de discrimination, notre chambre retient qu'une différence de traitement n'est pas présumée justifiée parce qu'elle résulte d'un accord collectif :

Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 17-16.642 publié :

« Vu l'article L. 1134-1 du code du travail ;

Attendu que selon le texte susvisé, lorsque survient un litige relatif à l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, le salarié présente des éléments de fait en laissant supposer l'existence et au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que, dès lors, même lorsque la différence de traitement en raison d'un des motifs visés à l'article L. 1132-1 du code du travail résulte des

stipulations d'une convention ou d'un accord collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, les stipulations concernées ne peuvent être présumées justifiées au regard du principe de non-discrimination ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande en paiement d'une somme correspondant à la gratification liée à l'obtention de la médaille d'honneur du travail pour trente-cinq années de service, dont elle soutenait avoir été privée en raison d'une discrimination liée à son âge, la cour d'appel a retenu que, s'agissant de l'application d'un accord collectif négocié et signé par des organisations syndicales représentatives, ces différences de traitement sont présumées justifiées et que la salariée ne démontrait pas que la différence de traitement dont elle faisait l'objet était étrangère à toute considération de nature professionnelle ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les stipulations transitoires de l' accord collectif du 24 janvier 2011 ne laissaient pas supposer l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'âge en privant les salariés ayant entre trente-six et quarante années de service au moment de l'entrée en vigueur de l'accord et relevant d'une même classe d'âge de la gratification liée à la médaille or du travail et, dans l'affirmative, si cette différence de traitement était objectivement et raisonnablement justifiée par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but étaient nécessaires et appropriés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale . »

voir également :

Soc., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.092 :

« En l'absence d'élément objectif et pertinent la justifiant, est nulle en raison de son caractère discriminatoire fondé sur l'état de santé du salarié la disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour inaptitude de l'indemnité de licenciement qu'elle institue.

C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel, constatant que n'étaient exclus du bénéfice d'une indemnité de licenciement prévue par un accord d'entreprise que les salariés licenciés pour un motif disciplinaire d'une part, et pour inaptitude physique ou invalidité d'autre part, a décidé que cette clause était inopposable à la salariée licenciée en raison de son inaptitude. »

Notre chambre exerce un contrôle sur les motifs par lesquels se déterminent les juges du fond pour juger si une différence de traitement est objectivement et raisonnablement justifiée par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.465, Bull. 2011, V, n° 50 :

« Mais attendu, d'une part, que si des dispositions réglementaires autorisant, à certaines conditions, la mise à la retraite d'un salarié à un âge donné peuvent ne pas constituer, par elles-mêmes, une discrimination interdite par l'article L. 1132-1 du code du travail, il n'en résulte pas que la décision de l'employeur de faire usage de la faculté de mettre à la retraite un salarié déterminé est nécessairement dépourvue de caractère discriminatoire ;

Que c'est dès lors à bon droit, après avoir rappelé que par arrêt du 19 mai 2006 le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions du décret n° 54-24 du 9 janvier 1954 qui autorisent la SNCF à mettre un agent à la retraite d'office à l'âge de 55 ans ne constituent pas en elles-mêmes une discrimination interdite, que la cour d'appel a entrepris de vérifier si la décision de la SNCF de mettre à la retraite d'office Mme [X...] répondait aux conditions posées par l'article L. 122-45-3 du code du travail, devenu l'article L. 1133-1, dans sa rédaction alors applicable, interprété au regard de la Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, qui consacre un principe général du droit communautaire ;

Attendu, d'autre part, que, selon ce texte, les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un

objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ;

Qu'ayant relevé que la SNCF, qui ne précisait pas l'objectif poursuivi par la mise à la retraite de Mme [X...], avait, dans le litige l'opposant à cette salariée devant le Conseil d'Etat, soutenu que cette décision avait pour but "de lui permettre d'adapter ses effectifs à l'évolution du contexte dans lequel elle se situe" et que la mise à la retraite d'office constituait une mesure destinée "à apporter à l'entreprise publique une souplesse durable dans la gestion de ses effectifs, en fonction de l'évolution de son organisation et de son activité", c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la généralité des motifs invoqués ne permettait pas de considérer la mise à retraite de Mme [X...] comme étant justifiée par un objectif légitime de sorte qu'elle était constitutive d'une discrimination fondée sur l'âge et qu'elle devait être annulée ;

Notre chambre a censuré pour défaut de base légale un arrêt qui s'en tenait à des motifs généraux pour justifier une différence de traitement en fonction de l'âge entre des salariés licenciés quant au montant de leur indemnité :

Soc., 9 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.143, 11-23.142, 11-23.144, 11-23.145, 11-23.146, Bull. 2012, V, n° 254 : sommaire :

« statue par des motifs généraux insuffisants à caractériser la poursuite d'un but légitime ainsi que le caractère nécessaire et approprié des moyens mis en oeuvre pour l'atteindre, et prive ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 1133-2 du code du travail, une cour d'appel qui retient que les différences d'indemnisation opérées entre les salariés licenciés en fonction de leur âge, les plus jeunes étant mieux indemnisés que leurs aînés, ne constituent pas une discrimination prohibée aux motifs que les plus jeunes subissent un préjudice de carrière plus important et une minoration dans l'acquisition des droits à pension retraite. »

Puis, au visa de la directive n° 2000/78/ CE du Conseil du 27 novembre 2000 :

Soc., 30 juin 2015, pourvoi n° 13-28.201, Bull. 2015, V, n° 134 ;

« Selon l'article 6, § 1, de la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, nonobstant l'article 2, § 2, les Etats membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Viola ce texte la cour d'appel qui, pour rejeter la demande du salarié au titre de sa mise à la retraite à l'âge de soixante ans, retient qu'aux termes de l'article 1er du décret n° 54-51 du 16 janvier 1954, les employés, techniciens, agents de maîtrise affiliés à la caisse de retraite des employés des mines demeurent soumis, en ce qui concerne la couverture de leurs droits à rente ou pension d'ancienneté normale, proportionnelle ou complémentaire, aux dispositions du décret n° 46-2769 du 27 novembre 1946 et des règlements des régimes complémentaires et qu'au regard du statut particulier des employés, techniciens, agents de maîtrise affiliés à la caisse de retraite des employés des mines, les dispositions du code du travail relatives à la mise à la retraite n'ont pas vocation à s'appliquer et notamment les dispositions de l'article L. 1237-5 du code du travail et L. 351-8 du code de la sécurité sociale, sans constater que, pour la catégorie d'emploi du salarié, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires. »

voir aussi :

Soc., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-12.303, Bull. 2017, V, n° 142 (cité par le mémoire ampliatif), sommaire :

« Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles L. 1133-1 du code du travail et 2, § 5, et 6, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail la cour d'appel qui, pour retenir que la mise à la retraite d'un salarié en fonction de son âge était justifiée se prononce par des motifs économiques et démographiques impropres à établir le caractère légitime de la cessation d'activité en raison de l'âge. »

Inversement :

Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-18.849, cité par le mémoire ampliatif :

« Mais attendu que l'article L. 1133-2 du code du travail, interprété à la lumière de l'article 6 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, autorise des différences de traitement en considération de l'âge des salariés, dès lors qu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime et que les moyens mis en oeuvre pour réaliser ce but sont appropriés et nécessaires ;

Et attendu qu'ayant retenu que les salariés de moins de soixante ans, en perdant l'intégralité de leur salaire après leur licenciement, allaient se trouver dans une plus grande précarité que les salariés âgés de plus de soixante ans et disposant soit immédiatement, soit dans un délai inférieur à deux ans, de leurs droits à retraite à taux plein et qui avaient vocation à disposer après leur licenciement, soit de leur pension de retraite, soit de l'allocation de retour à l'emploi, la cour d'appel a pu décider, sans dénaturation et par arrêt motivé, que la différence de traitement était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime d'équilibre entre les salariés qui ne bénéficiaient pas des mêmes avantages après la perte de leur emploi et que les moyens employés pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires ; »

et aussi :

à propos d'un salarié de la société EDF classé en invalidité 2^{ème} catégorie et placé en inactivité qui faisait grief à la cour d'appel de l'avoir débouté de ses demandes

Soc., 20 mars 2019, pourvoi n° 17-19.245 :

« Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de toutes ses demandes alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient à l'employeur qui se prévaut de la possibilité de rompre le contrat de travail d'un salarié qui peut bénéficier d'une pension de retraite à taux plein de rapporter la preuve de ce que les conditions de sa mise à la retraite sont remplies ; qu'après avoir énoncé que l'agent en invalidité de catégorie 2 pouvait être placé en inactivité d'office, soit parce qu'il avait atteint l'âge de 62 ans, soit parce qu'il avait cotisé suffisamment pour bénéficier d'une pension à taux plein et était arrivé à l'âge d'ouverture de ses droits, la cour d'appel, qui a constaté que la mise en inactivité d'office de M. [M...] était intervenue avant l'âge de 62 ans, sans avoir relevé qu'il pouvait bénéficier d'une retraite à taux plein, ce qui était contesté par l'agent, a violé l'article 4 de l'annexe du décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières ;

2°/ que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ; qu'en se fondant sur la production par EDF d'un tableau récapitulatif des embauches et départs à la retraite entre 2010 et 2012, inopérante pour établir que les embauches étaient la contrepartie des mises en inactivité d'office, la cour d'appel, après avoir constaté que les niveaux de qualification et de compétences des recrutements n'étaient pas détaillés dans ce tableau, n'a donc pas caractérisé en quoi, pour la catégorie d'emploi de M. [M...], la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, a violé l'article 6 § 1 de la Directive 2000/78 /CE du 27

novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ensemble les articles L.1132-1, L. 1133-2 du code du travail ;

3°/ que la cour d'appel ne peut infirmer un jugement sans en réfuter les motifs péremptoires que l'intimé est réputé s'être approprié ; qu'en ayant infirmé le jugement qui avait dit que la mise en inactivité de M. [M...] constituait une mesure discriminatoire fondée sur l'âge, sans avoir réfuté ses motifs déterminants selon lesquels EDF ne démontrait pas de lien certain et direct entre la mise à la retraite contestée et les embauches de salariés plus jeunes qui auraient été réalisées à la suite de cette mesure à des niveaux de qualification et de compétence correspondants, ce dont il résultait que la mise à la retraite de M. [M...] n'était pas justifiée par un objectif légitime, la cour d'appel a violé l'article 954 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, qu'ayant constaté que, dans la région de Corse où exerçait l'agent, EDF a embauché au cours de l'année 2012 cinquante-neuf personnes, dont quarante-six de moins de vingt-cinq ans et que, pour les années précédentes, on constate une corrélation entre le nombre des départs des agents et les arrivées qui permet d'établir que les départs en retraite contribuent au nombre d'embauches, lesquelles sont offertes en grande majorité à des personnes jeunes, et retenu qu'EDF établissait donc qu'elle poursuivait, en procédant à des mises à la retraite, un objectif légitime d'emploi des jeunes, en particulier dans la région où exerçait l'agent, laquelle subissait un contexte économique difficile, que la mesure de mise en inactivité d'office était ainsi justifiée par l'objectif légitime de promouvoir l'accès à l'emploi et par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations, que cette mesure n'a pas modifié le mode de vie de l'agent, puisqu'il ne travaillait plus depuis treize ans, qu'il n'aurait pu reprendre son poste de travail au sein de l'entreprise et qu'il n'a subi aucune diminution de revenus, la cour d'appel a pu en déduire que les moyens mis en oeuvre par l'employeur pour atteindre les objectifs légitimes liés à la politique de l'emploi et au marché du travail étaient en l'espèce appropriés et nécessaires et n'avaient pas porté une atteinte disproportionnée aux droits de l'agent, excluant ainsi toute discrimination en raison de l'âge ; »

4.3.2- En l'espèce,

Les développements de l'arrêt relatifs à l'inopposabilité au salarié licencié, à raison de son caractère discriminatoire, des dispositions de l'article 29 de la convention collective, sont les suivants :

« M. [G] sollicite la condamnation de la Compagnie IBM France à lui payer une somme de 20 951 euros à titre de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement, celui-ci ayant reçu la somme de 79 464 euros dans le cadre de son solde de tout compte (pièce 7 de l'employeur).

Les parties admettent toutes les deux que, pour déterminer le montant de cette indemnité, l'employeur a fait application d'une minoration de 20 % prévue par l'article 29 de la convention collective.

M. [G] prétend que cette minoration lui est inopposable car discriminatoire et à titre subsidiaire, qu'elle lui est inapplicable, faute pour lui de pouvoir prétendre au bénéfice des retraites complémentaires sans décote.

L'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie dispose :

« Il est alloué à l'ingénieur ou cadre, licencié sans avoir commis une faute grave, une indemnité de licenciement distincte du préavis.

Le taux de cette indemnité de licenciement est fixé comme suit, en fonction de la durée de l'ancienneté de l'intéressé dans l'entreprise :

- pour la tranche de 1 à 7 ans d'ancienneté : 1/5 de mois par année d'ancienneté ;
- pour la tranche au-delà de 7 ans : 3/5 de mois par année d'ancienneté.

Pour le calcul de l'indemnité de licenciement, l'ancienneté et, le cas échéant, les conditions d'âge de l'ingénieur ou cadre sont appréciées à la date de fin du préavis, exécuté ou non. Toutefois, la première année d'ancienneté, qui ouvre le droit à l'indemnité de licenciement, est appréciée à la date d'envoi de la lettre de notification du licenciement.

En ce qui concerne l'ingénieur ou cadre âgé d'au moins 50 ans et de moins de 55 ans et ayant 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, le montant de l'indemnité de licenciement sera majoré de 20 % sans que le montant total de l'indemnité puisse être inférieur à 3 mois.

En ce qui concerne l'ingénieur ou cadre âgé d'au moins 55 ans et de moins de 60 ans et ayant 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise, l'indemnité de licenciement ne pourra être inférieure à 2 mois. S'il a 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, le montant de l'indemnité de licenciement résultant du barème prévu au deuxième alinéa sera majoré de 30 % sans que le montant total de l'indemnité puisse être inférieur à 6 mois.

L'indemnité de licenciement résultant des alinéas précédents ne peut pas dépasser la valeur de 18 mois de traitement.

En ce qui concerne l'ingénieur ou cadre âgé d'au moins 60 ans, le montant de l'indemnité de licenciement résultant des dispositions ci-dessus, et limité à 18 mois conformément à l'alinéa précédent, sera minoré de :

- 5 %, si l'intéressé est âgé de 61 ans ;
- 10 %, si l'intéressé est âgé de 62 ans ;
- 20 %, si l'intéressé est âgé de 63 ans ;
- 40 %, si l'intéressé est âgé de 64 ans.

La minoration ne pourra aboutir à porter l'indemnité conventionnelle de licenciement à un montant inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement calculée conformément aux articles L. 1234-9, L. 1234-11, R. 1234-1 et R. 1234-2 du code du travail.

La minoration deviendra inapplicable s'il est démontré que, le jour de la cessation du contrat de travail, soit l'intéressé n'a pas la durée d'assurance requise au sens de l'article L. 351-1 du code de la sécurité sociale pour bénéficier d'une retraite à taux plein, soit l'intéressé ne peut pas prétendre faire liquider sans abattement une des retraites complémentaires auxquelles l'employeur cotise avec lui ».

Concernant le caractère discriminatoire de la disposition

Aux termes de la disposition conventionnelle précitée, le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement varie en fonction de l'âge du salarié lors de son licenciement.

Il sera rappelé que l'article L. 1133-1 du code du travail ne fait pas obstacle aux différences de traitement « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

Plus particulièrement au regard du critère d'âge, l'article L. 1133-2 alinéa 1 du code du travail énonce : « Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. »

Il sera observé que ces dispositions légales sont la transposition de l'article 6 de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, lequel prévoit : « La charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs reconnaît l'importance de la lutte contre les discriminations sous toutes leurs formes, y compris la nécessité de prendre des mesures appropriées en faveur de l'intégration sociale et économique des personnes âgées et des personnes handicapées ».

L'indemnité de licenciement est destinée à compenser la perte de l'emploi et à réparer le préjudice subi par le salarié du fait de cette perte. Elle a pour cause la rupture du contrat de travail.

En l'espèce, la minoration de l'indemnité conventionnelle de licenciement ne vaut qu'à partir de 61 ans en vertu d'une stipulation conventionnelle de 2010 (au moment où l'âge de départ à la retraite à taux plein était fixé à 60 ans).

L'employeur explique que cette stipulation avait pour finalité d'inciter le départ des salariés ayant atteint l'âge de la retraite pour favoriser le partage du travail entre les générations et l'insertion professionnelle de jeunes travailleurs, cet objectif étant légitime ainsi que l'a reconnu la Cour de justice.

Par ailleurs, au regard du contrôle de proportionnalité, il est constant que ces dispositions sont appropriées car les travailleurs, malgré leur âge, bénéficient d'une couverture économique qui n'est pas déraisonnable au regard de la finalité recherchée de politique de l'emploi et que le mode de calcul n'est pas manifestement inapproprié pour atteindre cet objectif.

Ainsi, cette disposition n'apparaît pas discriminatoire.

1°/ Le moyen, pris en sa première branche, qui fait grief à l'arrêt d'avoir examiné les explications de l'employeur pour justifier la différence de traitement fondée sur l'âge sans avoir d'abord dit si celle-ci laissait supposer l'existence d'une discrimination, manque par le fait qui lui sert de base et, en tout état de cause, n'est pas fondé.

En effet, la cour d'appel a bien appliqué la règle de preuve de la discrimination.

Elle a d'abord constaté que le salarié soutenait que la minoration de 20% du montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement qu'il a perçue en application de l'article 29 de la convention collective était discriminatoire.

Elle a constaté que ce fait allégué était bien établi en énonçant « *que le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement varie en fonction de l'âge du salarié lors de son licenciement* » et « *Les parties admettent toutes les deux que, pour déterminer le montant de cette indemnité, l'employeur a fait application d'une minoration de 20 % prévue par l'article 29 de la convention collective.* »

Elle a ensuite retenu que l'employeur justifiait que cette disposition n'est pas discriminatoire.

Pris en cette branche, le moyen relève d'un **rejet non spécialement motivé**.

2°/ Le moyen, pris en sa seconde branche, critique les motifs par lesquels l'arrêt a jugé que la différence de traitement était justifiée en soutenant que ceux-ci, par leur généralité sont impropres à établir le caractère légitime de la minoration de l'indemnité de licenciement en raison de l'âge et lui reproche de ne pas avoir recherché si l'objectif de partage du travail entre les générations et l'insertion professionnelle des jeunes était étayé par des éléments précis et concrets, ni si la minoration de l'indemnité de licenciement était nécessaire pour l'atteindre.

Le mémoire en défense soutient que le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier les mérites du moyen.