



RAPPORT DE Mme SOMMÉ, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 413 du 24 avril 2023 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-20.539

Décision attaquée : 22 juin 2022 de la cour d'appel de Montpellier

Mme [W] [R]

C/

la société Ernst & Young Société d'Avocats

Rapport contenant des propositions :

- d'irrecevabilité ou à défaut de rejet non spécialement motivé(e) de la 2^{ème} branche du premier moyen
- de rejet non spécialement motivé de la 3^{ème} branche du premier moyen et du troisième moyen
- d'irrecevabilité non spécialement motivée du deuxième moyen

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [R] a été engagée en qualité d'assistante, statut cadre, par la société Ernst & Young (la société) le 7 octobre 2013, puis, à la suite de sa prestation de serment, en qualité d'avocate suivant contrat de travail du 5 novembre 2013 soumis à la convention collective nationale des cabinets d'avocats (avocats salariés) et comportant une convention de forfait en jours. Elle a été promue au grade senior 1 en juillet 2015, puis au grade de senior 3 en juillet 2017. Elle a été en congé de maternité, suivi d'un congé parental, du 2 mars au 28 septembre 2018, puis à nouveau du 31 mai 2019 au 15 janvier 2020.

La salariée a été licenciée pour cause réelle et sérieuse par lettre du 27 mai 2020.

Soutenant avoir subi une discrimination et un harcèlement discriminatoire en raison de son sexe et de son état de maternité, Mme [R] a saisi, le 29 janvier 2021, le bâtonnier de l'ordre des avocats de Montpellier de demandes tendant à ordonner son repositionnement au grade senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019, soit à un niveau de rémunération mensuelle de 7 112,50 euros, à condamner la société au paiement de rappels de salaires correspondants du 1^{er} juillet 2019 au 11 novembre 2020 avec remise de bulletins de salaires rectifiés sous astreinte, de rattrapages d'intéressement et de participation ainsi que de bonus sur cette période, d'heures supplémentaires, ainsi que diverses sommes à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice financier lié à la discrimination, en réparation du préjudice moral lié au harcèlement discriminatoire subi, pour exécution fautive du contrat de travail et au titre du caractère vexatoire du licenciement. Elle a sollicité en outre, à titre principal, la nullité de son licenciement, sa réintégration et le paiement d'une somme provisionnelle à titre d'indemnité d'éviction à compter du 12 novembre 2020 avec les augmentations moyennes individuelles et générales perçues par les salariés de la même catégorie outre les avantages, primes et salaires de toute nature et, subsidiairement, des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par décision du 22 septembre 2021, le bâtonnier de l'ordre des avocats a constaté que postérieurement à ses congés maladie la société a caractérisé un comportement discriminant ouvrant droit à réparation du préjudice moral de Mme [R], condamné la société à payer la somme de 12 000 euros à titre de dommages-intérêts à ce titre outre celle de 8 000 euros à titre de dommages-intérêts pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail et celle de 13 900 euros correspondant à quatre mois de salaire, constaté le caractère réel et sérieux du licenciement et débouté la salariée du surplus de ses demandes.

Sur appel de Mme [R], par arrêt du 22 juin 2022, la cour d'appel de Montpellier a confirmé la décision déférée, sauf en ce qu'elle a constaté le caractère réel et sérieux du licenciement, condamné la société au paiement de la somme de 13 900 euros et débouté Mme [R] de sa demande de dommages-intérêts pour caractère vexatoire du licenciement. Statuant à nouveau, elle a dit que le licenciement était nul, condamné la société à payer à la salariée la somme de 40 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul et celle de 2 000 euros pour licenciement vexatoire, outre une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Mme [R] a formé un pourvoi par déclaration du 22 août 2022 et a déposé un mémoire ampliatif le 15 décembre suivant. La société a déposé un mémoire en défense le 27 février 2023. Les parties demandent l'une et l'autre la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi comporte quatre moyens.

Premier moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à ordonner son repositionnement au grade senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019, à fixer sa rémunération globale au niveau moyen des salariés situés au grade senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019, soit 7 112,50 euros mensuels bruts, à condamner la société au paiement des rappels de salaires correspondants entre cette date et le 11 novembre 2020, au paiement des rattrapages d'intéressement et de participation, ainsi que de bonus correspondants sur la période et de dommages-intérêts au titre de son préjudice financier lié à la discrimination et de la débouter de ses demandes tendant à condamner la société à sa réintégration et au paiement d'une somme provisionnelle au titre de l'indemnité d'éviction à compter du 12 novembre 2020, à parfaire au jour de la décision à intervenir, outre les augmentations moyennes individuelles et générales perçues par les salariés de la même catégorie, outre les avantages, primes et salaires de toute nature, et sans déduction des revenus de remplacement, alors :

1°) que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu et que les dispositions de l'article L. 1134-5 du code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime de discrimination ; qu'en conséquence, lorsqu'il apparaît qu'un salarié a été privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination, ce dernier peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement au niveau de classification qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination ; qu'il appartient alors au juge de rechercher à quelle classification le salarié serait parvenu en l'absence de discrimination ; qu'en l'espèce, alors que Mme [R] demandait son repositionnement au grade de senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019, pour débouter la salariée de cette demande, la cour d'appel a relevé qu'il était justifié aux débats que le passage à ce grade nécessitait d'assurer le suivi commercial et technique des missions ainsi que la participation à la vie interne et l'encadrement d'une équipe et qu'aucun élément ne permettait d'affirmer que cette promotion était due à Mme [R] au 1^{er} juillet 2019, date à laquelle elle se trouvait en congé maternité ; qu'en statuant par ces motifs inopérants, sans rechercher à quel grade la salariée serait parvenue en l'absence de discrimination, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 1134-5 du code du travail ;

2°) en toute hypothèse que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu et que les dispositions de l'article L. 1134-5 du code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime de discrimination ; qu'en conséquence, lorsqu'il apparaît qu'un salarié a été privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination, ce dernier peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement au niveau de classification qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination ; qu'il appartient alors au juge de rechercher à quelle classification le salarié serait parvenu en l'absence de discrimination ; qu'en l'espèce, ayant constaté, d'une part, qu'il était d'usage en moyenne de rester au grade de senior pendant trois ans et, d'autre part, que Mme [R], qui était passée au grade de senior en juillet 2015, y était

restée jusqu'à son licenciement en juin 2020, soit pendant cinq ans, la cour d'appel aurait dû en déduire qu'en l'absence de discrimination, la salariée aurait dû, a minima, atteindre le grade supérieur de manager, en juillet 2018 et ordonner en conséquence son repositionnement à ce grade à cette date ; qu'en déboutant au contraire, Mme [R] de sa demande de repositionnement, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 1134-5 du code du travail ;

3°) à tout le moins qu'aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire notamment en matière de promotion professionnelle en raison de son sexe ou de sa grossesse ; que lorsque survient un litige, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ; qu'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 ; qu'en l'espèce, au soutien de ses demandes au titre de la discrimination, Mme [R] faisait notamment valoir que l'évolution de sa carrière avait été totalement bloquée à compter de sa première grossesse en 2018 ; qu'ayant constaté, d'une part, que Mme [R] qui était passée au grade de senior en juillet 2015, y était restée jusqu'à son licenciement en juin 2020, soit pendant cinq ans, et, d'autre part, qu'il était d'usage de rester au grade de senior pendant trois ans, la cour d'appel, en déboutant Mme [R] de sa demande de repositionnement sans rechercher si la société ERNST & YOUNG prouvait que cette absence d'évolution de carrière pendant cinq ans était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 1134-1 du code du travail.

Deuxième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de dommages- intérêts au titre de son préjudice financier lié à la discrimination, alors :

qu'en matière de discrimination, les dommages-intérêts alloués réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ; que, dans ce cadre, il appartient au juge d'évaluer le montant d'un dommage dont il constate l'existence dans son principe ; qu'en l'espèce, ayant constaté, d'une part qu'alors que la rémunération fixe de Mme [R] avait augmenté de 6 à 8% annuellement sur les années 2014 à 2017, elle n'avait pas augmenté en 2018 puis augmenté de seulement 1% en 2019 et 2020 et, d'autre part, qu'en ce qui concerne sa rémunération variable qui était de 800 euros en 2014, 2000 euros en 2015, 5000 euros en 2016 et 6000 euros en 2017, celle-ci avait été nulle en 2018, 2019 et 2020, la cour d'appel a retenu que Mme [R] avait fait l'objet de mesures discriminatoires en raison de son état de grossesse notamment en voyant chuter sa rémunération à compter de son premier arrêt maternité ; qu'en déboutant néanmoins Mme [R] de sa demande de dommages-intérêts au titre du préjudice financier lié à la discrimination, quand il ressortait de ses constatations que les mesures discriminatoires dont avait été victime la salariée avaient eu une incidence sur le montant de sa rémunération et lui avaient donc causé un préjudice financier, la cour d'appel a violé le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime ainsi que les dispositions des articles L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 1134-5 du code du travail.

Troisième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à sa réintégration et au paiement d'une somme provisionnelle au titre de l'indemnité d'éviction à compter du 12 novembre 2020, à parfaire au jour de la décision à intervenir, outre les augmentations moyennes individuelles et générales perçues

par les salariés de la même catégorie et les avantages, primes et salaires de toute nature, et sans déduction des revenus de remplacement, alors :

que le licenciement prononcé en méconnaissance des dispositions relatives à la non-discrimination est nul et emporte en conséquence, pour le salarié, le droit de réclamer sa réintégration ; que la réintégration du salarié doit en conséquence être ordonnée par le juge s'il la demande, sauf s'il est constaté une impossibilité matérielle de réintégrer le salarié ; qu'en l'espèce, ayant retenu que le licenciement de Mme [R] était nul en application des dispositions de l'article L. 1132-4 du code du travail et que la salariée sollicitait sa réintégration au sein de la société dans l'emploi d'avocate salariée, la cour d'appel a néanmoins débouté Mme [R] de sa demande de réintégration au motif que la salariée n'était pas fondée à solliciter son repositionnement au grade de senior manager 1 et qu'il en résultait donc une impossibilité matérielle de faire droit à sa demande de réintégration ; qu'en statuant par de tels motifs ne caractérisant pas une impossibilité pour la société employeur de réintégrer la salariée dans son emploi ou un emploi équivalent, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 1132-1, L. 1142-1 et L. 1132-4 du code du travail.

Quatrième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande en paiement à titre d'heures supplémentaires effectuées et non payées, alors :

1°) qu'il appartient à l'employeur qui conclut avec un salarié une convention individuelle de forfait en jours sur l'année de s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ; que l'accord collectif autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ; que l'exécution d'une convention individuelle de forfait en jours conclue sur le fondement d'une convention ou d'un accord de branche ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement qui, au 9 août 2016 ne détermine pas ces modalités peut être poursuivie, sous réserve notamment que l'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ; qu'en l'espèce, pour débouter Madame [R] de sa demande tendant à voir prononcer la nullité du forfait jour et de sa demande subséquente en paiement d'heures supplémentaires, la Cour d'appel a relevé que la convention de forfait en jours était autorisée par l'avenant n°7 du 7 avril 2000 relatif à la réduction du temps de travail de la convention collective des avocats salariés dans la limite de 217 jours par an, que l'accord d'entreprise signé le 14 mai 2007 contenait l'ensemble des mentions légalement prévues et mettait en place les garanties suffisantes, que l'avenant n°15 du 25 mai 2012 relatif au forfait annuel en jours de la convention collective des avocats salariés applicable au sein du cabinet validait cette convention de forfait et que conformément aux dispositions de la loi travail du 8 août 2016 la société employeur avait complété l'ensemble des dispositions conventionnelles par une charte des bonnes pratiques en matière d'organisation du temps de travail, et en a déduit qu'il était inexact d'affirmer qu'aucun outil de contrôle de la charge de travail n'avait été mis en place par l'employeur pour garantir le bon équilibre de la vie professionnelle des salariés ; qu'en statuant ainsi sans rechercher si la charte des bonnes pratiques dont se prévalait la société employeur prévoyait des modalités d'évaluation et de suivi régulier de la charge de travail du salarié permettant notamment à l'employeur de s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires, quand, ni les dispositions de l'avenant n° 7 du 7 avril 2000 relatif à la réduction du temps de travail à la convention collective des avocats salariés du 17 février 1995, ni les

stipulations de l'accord d'entreprise relatif à l'organisation du temps de travail du 14 mai 2007 n'étaient de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles L. 3121-60, L. 3121-64 et L. 3121-65 du code du travail ensemble de l'article 12 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ;

2°) en toute hypothèse qu'il appartient à l'employeur qui conclut avec un salarié une convention individuelle de forfait en jours sur l'année de s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ; qu'en cas de litige, il lui incombe de rapporter la preuve qu'il s'est conformé aux modalités prévues à cet effet par voie d'accord collectif et/ou de décision unilatérale ; qu'à défaut, la convention de forfait en jours conclue avec le salarié est privée d'effet ce qui permet au salarié d'obtenir, le cas échéant, le paiement des heures supplémentaires réalisées ; qu'en l'espèce, pour débouter Mme [R] de ses demandes au titre des heures supplémentaires, la cour d'appel a retenu qu'il était inexact d'affirmer qu'aucun outil de contrôle de la charge de travail n'avait été mis en place par l'employeur pour garantir le bon équilibre de la vie professionnelle des salariés ; qu'en statuant par de tels motifs sans rechercher si, dans le cadre de l'exécution de la convention de forfait en jours conclue avec Mme [R], la société employeur établissait s'être effectivement assurée régulièrement que la charge de travail de la salariée était raisonnable et permettait une bonne répartition dans le temps de son travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles L. 3121-60, L. 3121-64 et L. 3121-65 du code du travail ensemble de l'article 12 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

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

réparation du préjudice résultant de la discrimination - repositionnement conventionnel et réintégration du salarié discriminé
convention de forfait en jours - mesures unilatérales de l'employeur prises en application des articles L. 3121-25 du code du travail et 12 de la loi Travail du 8 août 2016 - office du juge

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Sur le repositionnement conventionnel et l'indemnisation du préjudice financier lié à la discrimination (premier et deuxième moyens)

4.1.1. Selon l'article L. 1132-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2020-760 du 22 juin 2020, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations en raison notamment de son sexe, de sa situation de famille ou de sa grossesse.

Aux termes de l'article L. 1134-5, alinéa 3, du code du travail « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».

Depuis longue date, la chambre sociale juge en matière de discrimination syndicale que « La réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu, et les dispositions de l'article L. 412-2 [devenu L.2141-8¹] du code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, bien qu'ayant retenu l'existence d'une discrimination syndicale, énonce qu'elle ne peut être réparée que par l'attribution de dommages-intérêts et non par un reclassement » (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-40.826, Bull. V, n° 332 et dans le même sens, notamment : Soc., 18 mars 2014, pourvoi n° 12-22.273 ; Soc., 20 janvier 2016, pourvoi n° 14-11.360 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu de sorte qu'il lui appartenait de rechercher à quelle classification serait parvenu le salarié s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de carrière et d'ordonner, le cas échéant, à titre de réparation, son repositionnement à cette classification, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »).

La chambre énonce également que le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination, peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination et qu'il appartient au juge de rechercher à quel coefficient de rémunération le salarié serait parvenu sans la discrimination constatée. Voir ainsi : Soc., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-24.082 ; Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-16.109 et plus récemment :

Soc., 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-19.608, 20-21.512 (rectifié par arrêt du Soc., 9 mars 2022) :

*6. Le salarié et le syndicat font grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande de repositionnement au niveau IV, échelon 2, coefficient 270, à compter du 1er janvier 2019, alors [...]
Réponse de la Cour*

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1134-5 du code du travail :

7. Il résulte de ces textes que le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination

¹Selon lequel les dispositions des articles L. 2141-5 et L. 2141-7, interdisant notamment à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions à l'égard de ses salariés, sont d'ordre public et que « *toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages-intérêts* »

et qu'il appartient au juge de rechercher à quel coefficient de rémunération le salarié serait parvenu sans la discrimination constatée.

8. Pour rejeter la demande de repositionnement au niveau IV échelon 2 coefficient 270, l'arrêt, après avoir retenu que le salarié avait été victime d'une discrimination syndicale ayant eu pour conséquence une disparité de traitement ainsi qu'un retard dans son évolution de carrière, relève que le salarié ne fonde pas sa demande de repositionnement sur la nature des tâches exécutées mais uniquement sur le montant du salaire correspondant, qu'il n'établit pas que le salaire moyen de 1 808,10 euros revendiqué correspond au salaire versé pour un salarié bénéficiant du niveau IV échelon 2 coefficient 270, la grille des salaires faisant apparaître que ce salaire correspond à un emploi de niveau III, échelon 2, coefficient 225, dont il bénéficie effectivement depuis mars 2017 et que le salarié ne produit pas de pièces tendant à établir qu'il remplit les critères pour l'accès à la classification sollicitée et exécute des tâches identiques à celles de salariés classés à ce niveau.

9. En statuant ainsi, par des motifs inopérants, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Les juges du fond apprécient souverainement le coefficient de rémunération auquel le salarié victime de discrimination serait parvenu en l'absence de toute discrimination. Voir ainsi pour un salarié ayant subi une discrimination syndicale : Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-15.334 et dans le même sens :

Soc., 5 février 2020, pourvoi n° 18-17.017 :

Sur le premier moyen du pourvoi incident du salarié :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande tendant à voir dire qu'il aurait dû bénéficier du coefficient 550 et de limiter à une certaine somme les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice matériel consécutif à la discrimination syndicale alors, selon le moyen [...] :

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, appréciant souverainement le coefficient de rémunération auquel le salarié victime de discrimination syndicale serait parvenu en l'absence de toute discrimination, a constaté qu'au regard du déroulement de carrière et des fonctions exercées par l'intéressé, il ne pouvait prétendre au coefficient 550 revendiqué ;

Attendu, ensuite, que sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi, le moyen ne tend, en ses deuxième et troisième branches, qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine de la cour d'appel dans l'évaluation du préjudice matériel du salarié par suite de la discrimination syndicale dont il a été l'objet ;

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

Cette jurisprudence a été appliquée dans d'autres cas de discrimination. Voir ainsi :

- pour une lanceuse d'alerte :

Soc., 8 novembre 2023, pourvoi n° 22-14.006, 22-12.430 :

15. La salariée fait grief à l'arrêt d'ordonner son repositionnement seulement aux échelons HEA indice majoré 881 à partir du 1er mai 2015, HEA 2 indice majoré 916 à compter du 1er mai 2016, HEA 3 indice majoré 963 à compter du 1er mai 2017, HEB indice majoré 963 à compter du 1er mai 2018, puis à l'échelon HEB 2 indice majoré 1004 à compter du 1er mai 2019, et de condamner l'Office des transports de la Corse à lui verser, au titre d'une discrimination au visa de l'article L. 1132-3-3 du code du travail, les seules sommes de 31 070,88 euros brut au titre de rappels salariaux, outre celle de 3 107,09 euros brut de congés payés afférents, dans le cadre de la réparation du préjudice économique subi du fait de la discrimination , alors « que tout jugement doit être motivé à peine de nullité ; que dès lors le juge ne peut, pour rechercher à quel coefficient de rémunération le salarié serait parvenu sans la discrimination constatée et réparer le préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière , procéder par voie de considérations générales et abstraites et doit apprécier concrètement les faits nécessaires à la solution du litige ; qu'en se bornant, pour rejeter la demande de repositionnement de la salariée au grade d'administrateur hors classe HEB 3 à compter du 1er mai 2015, à affirmer qu'en vertu du principe de la réparation intégrale, est justifié un repositionnement de la salariée aux échelons HEA indice majoré 881 à partir du 1er mai 2015, HEA 2 indice majoré 916 à compter du 1er mai 2016, HEA 3 indice majoré 963 à compter du 1er mai 2017, HEB indice majoré 963 à compter du 1er mai 2018, puis à l'échelon HEB 2 indice majoré 1004 à compter du 1er mai 2019, sans préciser ni expliquer les raisons concrètes propres au litige et sur lesquelles elle s'est fondée pour retenir les repositionnements de la salariée, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

16. La cour d'appel appréciant souverainement le coefficient de rémunération auquel la salariée victime de discrimination à raison de l'alerte qu'elle avait lancée serait parvenue en l'absence de toute discrimination, a constaté qu'au regard du déroulement de carrière et des fonctions exercées par l'intéressée, elle ne pouvait prétendre au grade d'administrateur hors classe HEB3 revendiqué à compter du 1er mai 2015.

- ou dans l'hypothèse d'une discrimination en raison du sexe :

Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-15.174 :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1134-5 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes de repositionnement et de rappels de salaire et limiter à la somme de 30 000 euros les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice consécutif à la discrimination , l'arrêt retient que la salariée se fonde sur la situation professionnelle du Dr [X] qui n'a pas une situation comparable eu égard aux fonctions exercées dans l'entreprise depuis son embauche, qu'à défaut elle réclame un salaire équivalent à la rémunération la plus élevée des hommes de la catégorie C3 au vu du bilan social sans justifier concrètement des fonctions exercées par son homologue masculin ni de ses responsabilités effectives ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination et qu'il appartenait au juge de rechercher à quel coefficient de rémunération la

salariée serait parvenue sans la discrimination constatée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Soc., 25 septembre 2019, pourvoi n° 18-14.975 :

Attendu que la société fait à l'arrêt de dire que la salarié peut prétendre à la qualification position cadre IIIC et qu'elle doit recevoir, au 1er janvier 1996, la position cadre IIIA (NR 9), au 1er mai 2001, la position cadre IIIB (NR 10), et au 1er janvier 2014, la position cadre IIIC (NR 11) avec la rémunération correspondant à cette qualification, y compris le salaire variable ainsi que l'intéressement et la participation et de condamner la société à payer à la salariée des sommes en réparation du préjudice matériel résultant de la discrimination de 1996 à 2018 et à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge ne peut procéder au reclassement d'un salarié à un coefficient supérieur qu'à la condition de constater que les fonctions effectivement exercées par l'intéressé correspondent à ce coefficient ; qu'en retenant que Mme [Z] pouvait prétendre, en vertu de sa discrimination , à la qualification position cadre IIIC et qu'elle devait recevoir, au 1er janvier 1996, la position cadre IIA (NR 9), au 1er mai 2001 la position cadre IIIB (NR 10), et au 1er janvier 2014 la position cadre IIIC (NR 11) avec la rémunération correspondante à cette qualification, y compris le salaire variable ainsi que l'intéressement et la participation, sans confronter les fonctions réellement exercées par la salariée à ces dates à la définition conventionnelle de ces coefficients, a cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de la convention collective de la métallurgie et des ingénieurs et cadres de la métallurgie, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail ;

2°/ qu'en toute hypothèse la réparation d'un dommage, qui doit être intégrale, ne peut excéder le montant du préjudice ; qu'en condamnant la société Thalès à payer la somme de 660 486 €, à la salariée en réparation du préjudice matériel résultant de la discrimination de 1996 à 2018 sur la base de la « méthode Clerc », la cour d'appel a violé l'article 1231-1 du code civil (ancien article 1147), ensemble le principe de réparation intégrale.

Mais attendu que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu ;

Et attendu que sous le couvert de violation de la loi et manque de base légale, le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine par la cour d'appel de l'étendue du préjudice de la salariée, résultant de la discrimination, dont elle a déduit qu'il devait être réparé, d'une part, en application de la reconstitution de carrière aux dates souverainement fixées et selon les niveaux retenus de la classification des emplois prévus dans l'entreprise correspondant aux fonctions exercées par la salariée et, d'autre part, par une indemnisation du préjudice matériel résultant de la discrimination ;

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

4.1.2. Au cas présent, s'agissant de la discrimination, la cour d'appel a d'abord estimé que Mme [R] « justifie [...] :

- de ce qu'elle a effectué une prestation de travail pendant son premier congé maternité ;

- de ce qu'à son retour du premier congé maternité le 28 septembre 2018 elle a subi notamment par comparaison avec son collègue M. [Y] une diminution brutale de sa charge de travail ;
- de ce qu'à compter de son premier congé maternité elle n'a plus bénéficié d'entretien annuel ;
- de ce qu'à compter de son premier congé maternité son évolution de salaire a chuté ;
- de ce qu'elle n'a jamais eu d'entretien de carrière ;
- de ce qu'elle a fait l'objet d'un licenciement injustifié et vexatoire le 9 juin 2020 »

et retenu que « ces éléments laissent supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de grossesse ». Puis, après avoir constaté in fine que l'employeur ne rapportait pas la preuve que ses agissements étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, elle a jugé que « d'une part que **Mme [R] a fait l'objet de mesures discriminatoires en raison de son état de grossesse en se voyant de façon vexatoire retirer des dossiers à compter de son premier congé maternité, en voyant modifiées les modalités de son évaluation à compter de son premier congé maternité, et en voyant chuter sa rémunération à compter de son premier arrêt maternité, et a été licenciée sans aucun motif et de façon vexatoire le 9 juin 2020 en raison de ce même état de grossesse** » (cf. arrêt, p. 9 à 21).

Statuant ensuite sur « la réparation des préjudices issus de la discrimination », la cour d'appel a débouté la salariée de sa demande de repositionnement et de ses demandes subséquentes, dont celle au titre du préjudice financier, aux motifs suivants:

« Mme [R] soutient qu'en raison de ses excellents résultats et de ses entretiens annuels d'évaluation pour les années 2014 à 2017 elle aurait dû évoluer au grade de Senior dès juillet 2016, puis Manager 1 en juillet 2017, Manager 2 en juillet 2018 et Senior Manager 1 en juillet 2019.

Toutefois il a déjà été statué sur le fait que Mme [R] n'a subi aucune discrimination en raison de son sexe antérieurement au 2 mars 2018, date de son premier congé maternité.

En outre [en] ce qui concerne le repositionnement au grade Senior Manager 1 au 1er juillet 2019, il est justifié aux débats que le passage à ce grade nécessite d'assurer le suivi commercial et technique des missions ainsi que la participation à la vie interne, et l'encadrement d'une équipe, et aucun élément ne permet d'affirmer que cette promotion était due à Mme [R] au 1^{er} juillet 2019, date à laquelle elle se trouvait en congé maternité.

Mme [R] sera donc déboutée de sa demande de repositionnement et de ses demandes financières subséquentes, la décision du bâtonnier sera donc confirmée de ce chef » (cf. arrêt, p. 21).

4.1.3. Sur le premier moyen

Il ressort des motifs de l'arrêt rappelés ci-dessus que la cour d'appel a retenu en substance que la salariée n'ayant pas subi de discrimination avant le 2 mars 2018, date de son premier congé de maternité, elle ne pouvait prétendre à un reclassement conventionnel antérieurement à cette date sur le fondement de la discrimination et que, s'agissant de sa demande de repositionnement au grade de senior manager 1 à compter de juillet 2019, elle ne justifiait pas de l'exercice de fonctions lui permettant d'accéder à ce grade conventionnel.

Les deux premières branches du premier moyen se fondent sur le principe de la réparation intégrale du préjudice et sur la règle jurisprudentielle selon laquelle le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination, peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination.

La 1^{ère} branche du moyen soutient que la cour d'appel a rejeté par des motifs inopérants la demande de repositionnement de la salariée au grade de senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019 sans rechercher à quel grade la salariée serait parvenue en l'absence de discrimination.

Le mémoire ampliatif souligne que si la cour d'appel n'a pas mentionné l'absence d'évolution de carrière de la salariée au titre des agissements discriminatoires subis par l'intéressée, il ne peut en être déduit qu'elle aurait écarté toute discrimination à ce titre, dès lors que, si elle a écarté toute faiblesse d'évolution de carrière avant le premier congé de maternité (soit avant le 2 mars 2018), elle ne s'est pas expressément prononcée sur l'absence alléguée d'évolution de carrière après ce premier congé de maternité, ayant eu pour conséquence que la salariée était restée au grade de senior jusqu'à son licenciement.

A l'inverse le mémoire en défense affirme que la jurisprudence rappelée supra, imposant au juge de rechercher à quel coefficient le salarié serait parvenu en l'absence de discrimination, ne s'impose que lorsque « *le salarié a été privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination* », ce que la cour d'appel n'aurait pas retenu en l'espèce, puisqu'elle n'a pas constaté de discrimination dans l'évolution de carrière de la salariée, mais a seulement considéré qu'à compter de mars 2018, date de son premier congé de maternité, elle avait fait l'objet de certaines mesures défavorables.

Sur la question de l'évolution de carrière de Mme [R], on relèvera que la cour d'appel, dans le cadre de l'examen des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, a retenu, s'agissant de « *la faiblesse de l'évolution de carrière* » de la salariée alléguée par celle-ci, que :

« Mme [R] soutient qu'en l'état de son entretien annuel pour l'année 2016 et de la récompense qu'elle a reçue au concours international de plaidoirie pour les droits de l'homme en 2015, elle aurait dû, dès l'année 2016, passer au grade Senior 3, qu'en outre elle est demeurée jusqu'à son licenciement en 2020 à ce grade.

*Toutefois en l'état des pièces produites, il n'est pas établi que Mme [R] aurait dû passer au grade de Senior 3 avant le mois de juillet 2017, dès lors qu'elle n'est demeurée au grade d'assistante expérimentée que 18 mois et qu'elle est passée au grade de Senior 1 le 1^{er} juillet 2015 et qu'il est d'usage en moyenne de demeurer sur un grade de senior pendant trois ans. **Il n'est donc pas justifié d'une faiblesse de l'évolution de carrière avant le premier congé maternité** ». (cf. arrêt, p. 10 et 11).*

Par conséquent la cour d'appel ne s'est pas prononcée explicitement sur la faiblesse alléguée d'évolution de carrière de la salariée à partir du premier congé de maternité.

On rappellera qu'elle a retenu par ailleurs que certains autres éléments de fait, matériellement établis, laissaient supposer l'existence d'une discrimination et qu'en l'absence de preuve par l'employeur d'éléments objectifs justifiant ses agissements, la discrimination en raison de l'état de grossesse de la salariée était établie à compter du 2 mars 2018, date du premier congé de maternité, dès lors que celle-ci s'était vu de façon vexatoire, à compter de cette date, retirer des dossiers, modifier les modalités de son évaluation, qu'elle avait subi une chute de sa rémunération et qu'elle avait été licenciée sans motif le 9 juin 2020 en raison de ce même état de grossesse.

Il conviendra d'apprécier la pertinence du moyen pris en sa première branche.

A l'appui de la 2^{ème} branche, le mémoire ampliatif soutient que quand bien même l'on retiendrait que la cour d'appel a estimé à juste titre que la salariée ne pouvait prétendre à être repositionnée au grade de senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019, il n'en demeure pas moins qu'ayant constaté qu'il était d'usage en moyenne de rester au grade de senior pendant trois ans et que Mme [R], qui était passée à ce grade en juillet 2015 et y était restée jusqu'à son licenciement, soit pendant cinq ans, la cour d'appel aurait du en déduire qu'en l'absence de discrimination la salariée aurait dû a minima atteindre le grade supérieur, en juillet 2018, et ordonner en conséquence son repositionnement à cette date.

Le mémoire en défense soulève l'irrecevabilité de cette branche en affirmant qu'elle est contraire aux écritures de la salariée en appel et à tout le moins nouvelle dès lors que celle-ci se bornait à solliciter son repositionnement au grade senior manager à compter du 1^{er} juillet 2019 et qu'elle n'a jamais sollicité à titre subsidiaire son repositionnement au grade de manager.

Il ressort des conclusions (p. 41 et 53) de la salariée que celle-ci demandait son repositionnement uniquement au grade senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019 sans solliciter à titre subsidiaire son reclassement sur un grade inférieur.

Dès lors la 2^{ème} branche, prise d'un grief de violation de la loi, paraît nouvelle, mélangée de fait et de droit et par conséquent irrecevable, en sorte qu'elle **pourrait faire l'objet d'une décision d'irrecevabilité non spécialement motivée.**

En tout état de cause, il est constant que la cour d'appel a écarté toute discrimination pour la période antérieure au 2 mars 2018.

Par conséquent si la 2^{ème} branche était jugée recevable, elle pourrait être rejetée par décision non spécialement motivée comme n'étant manifestement de nature à entraîner la cassation.

La 3^{ème} branche du premier moyen se place sur le terrain de la règle probatoire de la discrimination en soutenant qu'ayant constaté que la salariée était passée au grade senior en juillet 2015 et qu'elle y était restée jusqu'à son licenciement en juin 2020, soit pendant cinq ans, et par ailleurs qu'il était d'usage de rester au grade de senior pendant trois ans, la cour d'appel aurait du rechercher si la société prouvait

que cette absence d'évolution de carrière pendant cinq ans était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Cependant, ayant estimé que la faiblesse d'évolution de carrière avant le premier congé de maternité (soit avant le 2 mars 2018), invoquée par la salariée au titre des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, n'était pas matériellement établie et qu'en définitive la salariée avait subi des agissements discriminatoires sur la période du 2 mars 2018 au 9 juin 2020, date du licenciement, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si l'employeur démontrait que l'absence prétendue d'évolution de carrière de la salariée pendant cinq ans était justifiée par des éléments objectifs. Dès lors la critique ne peut être accueillie.

La 3^{ème} branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation, relève par conséquent d'une décision de rejet non spécialement motivé.

Sur la portée d'une cassation éventuelle, il convient d'observer que la cour d'appel ayant rejeté les demandes financières au titre de la discrimination au motif que ces demandes financières étaient subséquentes à la demande de repositionnement elle-même rejetée, la censure du chef de dispositif déboutant la salariée de sa demande de repositionnement au grade senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019 serait susceptible d'entraîner la cassation des chefs de dispositif déboutant l'intéressée de ses demandes tendant à la fixation de sa rémunération globale au niveau moyen des salariés situés au grade senior manager 1 au 1^{er} juillet 2019 et au paiement d'un rappel de salaires correspondant et de dommages-intérêts au titre du préjudice financier lié à la discrimination, qui sont également visés par le grief du 1^{er} moyen.

De même, la censure du chef de dispositif ayant débouté la salariée de sa demande de repositionnement au grade de Sénior manager 1 serait susceptible d'entraîner la cassation des dispositions de l'arrêt ayant rejeté la demande de réintégration et d'indemnité d'éviction, la cour d'appel ayant en effet débouté la salariée de sa demande de réintégration aux motifs que « *Mme [R] sollicite sa réintégration au sein de la société Ernst & Young société d'avocats dans l'emploi d'avocate salariée au grade Sénior Manager 1 avec un salaire mensuel de base de 7 112,50 €. Toutefois il a été statué sur le fait que Mme [R] n'est pas fondée à solliciter son repositionnement au grade Sénior Manager 1, il en résulte donc une impossibilité matérielle de faire droit à la demande de réintégration, Mme [R] sera déboutée de sa demande de réintégration au poste de Sénior Manager 1 et de sa demande en paiement subséquente d'une provision de 54 766,25 €* » (cf. arrêt, p. 22).

En outre la cassation sur le premier moyen entraînerait la cassation du chef de dispositif de l'arrêt condamnant la société au paiement de la somme de 40 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul.

4.1.4. Sur le deuxième moyen : proposition d'irrecevabilité non spécialement motivée

Il est soutenu que la cour d'appel ne pouvait rejeter la demande de dommages-intérêts au titre du préjudice financier alors qu'il ressortait de ses constatations que les mesures discriminatoires dont la salariée avait été victime avait eu une

incidence sur le montant de sa rémunération et lui avaient donc causé un préjudice financier.

Devant la cour d'appel Mme [R] sollicitait la somme de 256 872,50 euros au titre de son préjudice financier (en termes de rémunération, fixe et variable, et d'incidence retraite), calculée, selon la méthode Clerc, en prenant pour rémunération de référence la somme de 7 112,50 euros, soit la rémunération mensuelle brute fiscale moyenne des salariés placés au grade senior Manager 1, grade qu'elle revendiquait à compter du mois de juillet 2019 (cf. conclusions d'appel, p. 42 et 43).

Le mémoire ampliatif affirme que le seul fait que la cour d'appel ait considéré que Mme [R] n'était pas fondée à prétendre à un repositionnement au niveau sollicité ne permettait pas pour autant d'exclure comme elle l'a fait que la salariée ait pu subir un préjudice financier du fait de la discrimination dont elle avait été victime, alors même que la cour d'appel a constaté que la discrimination dont la salariée avait été victime lui avait causé une perte de revenus. Il se prévaut à cet égard des motifs de l'arrêt ayant retenu, au titre des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination:

« 6- Sur l'évolution de son salaire à compter de sa première grossesse :

Mme [R] produit un tableau qui démontre qu'alors que sa rémunération fixe a augmenté de 6 à 8 % annuellement sur les années 2014 à 2017, elle n'a pas augmenté en 2018 et n'a augmenté que de 1 % en 2019 et 2020, et qu'en ce qui concerne sa rémunération variable qui était de 800 € en 2014, 2 000 € en 2015, 5 000 € en 2016, 6 000 € en 2017, elle a été nulle en 2018, 2019 et 2020.

Il est donc exact que son salaire a très peu évolué à compter de son premier congé maternité » (cf. arrêt, p. 12 et 13)..

Cependant, ainsi que le relève le mémoire en défense - qui soulève l'irrecevabilité du moyen pour nouveauté - , la salariée sollicitait la réparation d'un préjudice de carrière uniquement en se fondant sur le grade senior manager 1 qu'elle revendiquait et non la réparation d'un préjudice financier résultant d'une diminution de ses revenus depuis son congé de maternité.

Dès lors, le moyen, qui est nouveau, mélangé de fait et de droit et partant irrecevable, pourrait faire l'objet d'une décision d'irrecevabilité non spécialement motivée.

4.2. Sur la réintégration (troisième moyen) : proposition de rejet non spécialement motivé

4.2.1. Il est constant que lorsque le licenciement est nul, le salarié est en droit de demander la poursuite du contrat de travail illégalement rompu (Soc., 11 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.902, Bulletin civil 2001, V, n° 263) et ainsi sa réintégration dans son emploi, ou à défaut, dans un emploi équivalent (Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 00-44.811, Bulletin civil 2003, V, n° 152) comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial (Soc., 22 octobre 1997, pourvoi n° 94-44.706, Bulletin 1997, V, n° 324 ; Soc., 24 juin 1998, pourvoi n° 95-44.388, Bull. 1998, V, n° 339 ; Soc., 1^{er} février 2017, pourvoi n° 15-20.739).

L'employeur ne peut s'opposer à la demande de réintégration sauf impossibilité matérielle de réintégrer le salarié (not. Soc., 25 février 1998, pourvoi n° 95-44.019, 95-44.742, Bulletin 1998, V, n° 102 ; Soc., 11 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.902, Bulletin civil 2001, V, n° 263), ce dont l'employeur doit justifier (not. Soc., 10 février 2021, pourvoi n° 19-20.397, publié).

Il appartient au juge de caractériser cette impossibilité matérielle de réintégration du salarié dans son emploi ou dans un emploi équivalent et la chambre exerce son contrôle sur cette caractérisation.

Ainsi il a été jugé que ne caractérise pas une impossibilité matérielle de réintégration :

- la petite taille de l'entreprise et le rapport conflictuel entre les parties (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.831) ;
- l'externalisation de la prestation de nettoyage des locaux ayant entraîné la suppression du poste du salarié (Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-15.944, Bull. 2016, V, n° 164) ;
- le risque de mésentente, la suppression du poste occupé par la salariée et l'absence de disponibilité, à la suite de la réorganisation du service, d'un poste équivalent à celui qu'elle occupait antérieurement (Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-11.382) ; dans le même sens, le fait que le poste du salarié, qui était occupé par un autre salarié, n'était plus disponible et qu'il n'était pas justifié qu'un emploi similaire existait sur le site (Soc., 2 février 2022, pourvoi n° 20-18.140) ;
- le remplacement de la salariée dans ses fonctions par d'autres salariés et le fait que la salariée se bornait à solliciter sa réintégration sans réclamer un emploi similaire ou équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial (Soc., 9 juin 2010, pourvoi n° 08-44.205) ;
- le fait que les postes des salariés licenciés n'étaient plus vacants et que ces derniers avaient, compte tenu du temps écoulé, retrouvé un emploi (Soc., 2 février 2005, pourvoi n° 02-45.085, Bull. 2005, V, n° 43 ; voir également Soc., 10 février 2021, pourvoi n° 19-20.397, précit., dont le sommaire énonce : « *Le fait pour un salarié, dont le licenciement a été déclaré nul en application de l'article L. 1152-3 du code du travail, d'être entré au service d'un autre employeur n'est pas de nature à le priver de son droit à réintégration, dès lors que l'employeur ne justifie pas que la réintégration du salarié est matériellement impossible* ») ;
- l'existence du harcèlement moral à l'origine de l'inaptitude du salarié ayant conduit à la nullité du licenciement (Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-25.221, publié : « 9. Lorsque le licenciement est nul, le salarié doit être, s'il le demande, réintégré dans son emploi ou un emploi équivalent, demande à laquelle l'employeur est tenu de faire droit sauf s'il justifie d'une impossibilité de procéder à cette réintégration. 10. La cour d'appel, après avoir retenu exactement que l'existence du harcèlement moral à l'origine de l'inaptitude du salarié ayant conduit à la nullité du licenciement ne constitue pas une impossibilité de réintégration, a pu décider qu'au jour où elle a statué, cette impossibilité n'était pas, par ailleurs, caractérisée par une inaptitude constatée le 2 février 2017 ».)

S'agissant des salariés protégés, la chambre jugeait jusqu'à une période récente que l'impossibilité de réintégration devait être absolue (Soc., 24 juin 1998, pourvoi n° 95-44.757, Bull. 1998, V, n° 340 ; Soc., 24 juin 2014, pourvoi n° 12-24.623, Bull. 2014, V, n° 156 ; Soc., 10 juillet 2019, pourvoi n° 18-13.933).

Ce caractère absolu de l'impossibilité de réintégration d'un salarié protégé n'est plus exigé depuis un arrêt publié du 1^{er} décembre 2021 (pourvoi n° 19-25.715). En effet, par cet arrêt, la chambre a rejeté le pourvoi qui reprochait à la cour d'appel de débouter une salariée protégée de sa demande de réintégration sans avoir caractérisé une impossibilité absolue de réintégration, en approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que l'employeur, tenu par son obligation de sécurité dont participe l'obligation de prévention du harcèlement moral, justifiait être dans l'impossibilité matérielle de réintégrer un salarié, dès lors que celle-ci était la supérieure hiérarchique des autres salariés de l'entreprise, lesquels lui imputaient un harcèlement moral et avaient exercé leur droit de retrait (voir également Soc., 18 octobre 2023, pourvoi n° 22-18.243, qui rappelle cette solution et dans le même sens Soc., 2 février 2022, pourvoi n° 20-18.140).

Il a par ailleurs été jugé que caractérisait une impossibilité de réintégration :

- le fait pour les salariés de s'être rendus coupables de concurrence déloyale à l'égard de l'employeur (Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-46.479, Bulletin civil 2003, V, n° 206);
- la disparition de l'entreprise consécutive à sa cessation définitive d'activité (Soc., 15 juin 2005, pourvoi n° 03-48.105 et autres, Bull. 2005, V, n° 202).

4.2.2. Après avoir prononcé la nullité du licenciement en application de l'article L. 1132-4 du code du travail, la cour d'appel a rejeté la demande principale de réintégration et la demande subséquente d'indemnité d'éviction formées par la salariée aux motifs suivants :

« Mme [R] sollicite sa réintégration au sein de la société Ernst & Young société d'avocats dans l'emploi d'avocate salariée au grade Sénior Manager 1 avec un salaire mensuel de base de 7 112,50 €.

Toutefois il a été statué sur le fait que Mme [R] n'est pas fondée à solliciter son repositionnement au grade Sénior Manager 1, il en résulte donc une impossibilité matérielle de faire droit à la demande de réintégration, Mme [R] sera déboutée de sa demande de réintégration au poste de Sénior Manager 1 et de sa demande en paiement subséquente d'une provision de 54 766,25 € » (cf. arrêt, p. 22).

Le troisième moyen de la salariée soutient que la cour d'appel a statué par des motifs ne caractérisant pas une impossibilité pour la société de réintégrer la salariée dans son emploi ou un emploi équivalent.

Le mémoire ampliatif rappelle que le licenciement ayant été annulé, la réintégration était de droit et affirme que le fait que Mme [R] n'ait pas été fondée, selon la cour d'appel, à revendiquer le grade de senior manager 1, n'était pas de nature à caractériser une impossibilité matérielle de réintégration de la salariée dans son emploi d'avocate salariée au grade qui était le sien à la date de son licenciement.

Le mémoire en défense souligne que l'office de la cour d'appel était déterminé par les prétentions de Mme [R], qu'or celle-ci ne sollicitait sa réintégration qu'au grade qu'elle revendiquait, sans former de demande subsidiaire de réintégration au grade senior 3 qui était le sien à la date de son licenciement.

On observera que dans le dispositif de ses conclusions (p. 54), la salariée demandait à la cour d'appel de :

« CONDAMNER la SELAS ERNST & YOUNG Société d'avocats à la réintégration de Madame [R] et au paiement de la somme provisionnelle de 54.766,25 euros au titre de l'indemnité d'éviction à compter du 12 novembre 2020, à parfaire au jour de la décision à intervenir, outre les augmentations moyennes individuelles et générales perçues par les salariés de la même catégorie, et outre les avantages, primes et salaires de toute nature, et sans déduction des revenus de remplacement ».

Ainsi elle demandait sa réintégration sans précision sur le grade de l'emploi sollicité, alors que, dans les développements de ses écritures relatifs aux conséquences du licenciement nul (p. 46), elle précisait qu'elle demandait sa réintégration au grade senior manager 1 :

« Madame [R] sollicite sa réintégration au sein de la Société ERNST & YOUNG, dans son précédent emploi d'Avocate Salariée, au grade de Senior Manager 1, au salaire mensuel de base de 7.112,50 euros, avec le maintien des avantages, majorations et primes qu'elle percevait, augmentés chaque année de la moyenne des augmentations individuelles et collectives perçues par sa catégorie professionnelle ».

Au regard de ces observations ainsi que de la jurisprudence de la chambre rappelée supra, il conviendra d'apprécier si la cour d'appel a pu déduire de ce que la salariée était mal fondée à prétendre au grade de senior manager 1, que la réintégration sur un poste de cette catégorie, seule sollicitée, était matériellement impossible, ou si, dès lors qu'il est de règle que le salarié dont le licenciement est annulé doit être, s'il le demande, réintégré dans son emploi ou un emploi équivalent sauf impossibilité matérielle dont l'employeur doit justifier, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à caractériser une impossibilité pour la société de réintégrer Mme [R] dans son emploi ou dans un emploi équivalent.

Comme pour le premier moyen, la cassation éventuelle sur le troisième moyen entraînerait la cassation du chef de dispositif de l'arrêt condamnant la société au paiement de la somme de 40 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul.

Si la chambre considérait qu'au regard des prétentions de la salariée, la cour d'appel n'encourt pas la critique du moyen, celui-ci pourrait faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé comme n'étant pas de nature à entraîner manifestement la cassation.

4.3. Sur la convention de forfait en jours (quatrième moyen)

4.3.1. La Cour de cassation a posé pour principe que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires et que la convention individuelle de forfait en jours, conclue en application d'un accord collectif ne respectant pas ces garanties, est nulle (not. Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-20.891, Bull. V, n° 23 ; Soc., 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-26.444, Bull. V, n° 140 ; Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-15.064, Bull. V, n° 214 ; Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 15-22.003 Bull. V, n° 253).

Dès lors qu'il recourt au forfait en jours, l'employeur doit se soumettre à l'ensemble des modalités conventionnelles d'organisation qui en conditionnent l'application. En conséquence, le défaut de respect par l'employeur des clauses de l'accord collectif destinées à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés soumis à un régime de forfait en jours prive d'effet la convention de forfait (not. Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, Bull. V, n° 181 ; Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-11.940, Bull. V, n° 172 ; Soc., 15 décembre 2016, pourvoi n° 14-30.062, 14-29.701 ; Soc., 25 janvier 2017, n° 15-21.950).

La chambre a précisé qu'il incombe à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a respecté les stipulations de l'accord collectif destinées à assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés soumis au régime du forfait en jours (Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 17-18.725, publié).

Il est constant que lorsque la convention de forfait est nulle ou lorsqu'elle est privée d'effet, le salarié peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires.

S'agissant de la convention collective nationale des cabinets d'avocats (avocats salariés) du 17 février 1995, la chambre a jugé, dans un litige opposant la société Ernst & Young à une avocate salariée, que ni les dispositions de l'avenant n° 7 du 7 avril 2000 relatif à la réduction du temps de travail, alors applicable, à cette convention collective, ni les stipulations de l'accord d'entreprise relatif à l'organisation du temps de travail du 14 mai 2007 n'étaient, dès lors qu'elles ne permettaient pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de la salariée, en sorte que la convention de forfait en jours conclu par cette dernière était nulle :

Soc., 8 novembre 2017, pourvoi n° 15-22.758, Bull. 2017, V, n° 191 :

Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des directives de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que l'avenant du 26 octobre 2005 à son contrat de travail stipule une convention de forfait en jours, que les avocats salariés sont soumis à une convention collective dont un avenant prévoit le dispositif du forfait jour avec des garanties dont les parties conviennent qu'elles sont insuffisantes, que toutefois la société a conclu un accord d'entreprise le 14 mai 2007 qui précise les modalités d'organisation du temps de travail et son décompte, qu'il indique l'obligation d'un suivi de la durée individuelle du travail dans un cadre annuel et rappelle les règles applicables en matière de congés annuels ainsi que celles relatives aux repos, que ces éléments permettent de valider la convention de forfait jour et que la salariée n'apporte aucun élément de nature à établir un manquement de l'employeur aux dispositions conventionnelles ;

Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions de l'avenant n° 7 du 7 avril 2000 relatif à la réduction du temps de travail, alors applicable, à la convention collective des avocats salariés (cabinets d'avocats) du 17 février 1995, qui, dans le cas de forfaits en jours, se limitaient à prévoir, en premier lieu, que le nombre de journées ou demi-journées de travail sera comptabilisé sur un document établi à la fin de l'année par l'avocat concerné et précisant le nombre de journées ou de demi-journées de repos pris, en second lieu, qu'il appartient aux salariés concernés de respecter les dispositions impératives ayant trait au repos quotidien et au repos hebdomadaire, le cabinet devant veiller au respect de ces obligations, ni les stipulations de l'accord d'entreprise relatif à l'organisation du temps de travail du 14 mai 2007 qui se bornent à prévoir qu'un suivi du temps de travail sera effectué pour tout collaborateur sur une base annuelle, que toutefois, autant que faire se peut, la direction cherchera à faire un point chaque trimestre et à attirer l'attention des collaborateurs dont le suivi présente un solde créditeur ou débiteur trop important afin qu'ils fassent en sorte de régulariser la situation au cours du trimestre suivant, ne sont, en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Consacrant les solutions jurisprudentielles, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a créé l'article L. 3121-60 du code du travail, lequel figure dans la section 5 : « conventions de forfait », sous-section 1 « ordre public », paragraphe 3 « Forfaits en jours », qui dispose que « **L'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail** ».

L'article L. 3121-64, II, inséré dans la sous-section 2 : « Champ de la négociation collective » précise que :

« L'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours détermine :

1° Les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié ;

2° Les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise ; [...]. ».

La loi Travail du 8 août 2016 a en outre institué un mécanisme de sécurisation des conventions de forfait en jours en autorisant l'employeur à combler, par décisions unilatérales, les insuffisances de l'accord collectif ouvrant le recours au forfait en jours :

Article L. 3121-65 :

« **I.-A défaut de stipulations conventionnelles prévues aux 1° et 2° du II de l'article L. 3121-64, une convention individuelle de forfait en jours peut être valablement conclue sous réserve du respect des dispositions suivantes :**

1° L'employeur établit un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées. Sous la responsabilité de l'employeur, ce document peut être renseigné par le salarié ;

2° L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires ;

3° L'employeur organise une fois par an un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable, l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.

[...] ».

Les dispositions transitoires prévoient un dispositif similaire pour remédier aux conventions de forfait en jours conclues antérieurement à la loi alors que l'accord collectif ne satisfait pas aux conditions légales.

Ainsi, l'article 12, III, de la loi du 8 août 2016 dispose :

« **L'exécution d'une convention individuelle de forfait en jours conclue sur le fondement d'une convention ou d'un accord de branche ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement qui, à la date de publication de la présente loi, n'est pas conforme aux 1° à 3° du II de l'article L. 3121-64 du code du travail peut être poursuivie, sous réserve que l'employeur respecte l'article L. 3121-65 du même code.** Sous ces mêmes réserves, l'accord collectif précité peut également servir de fondement à la conclusion de nouvelles conventions individuelles de forfait ».

La chambre est actuellement saisie de deux pourvois, concernant des salariés ayant conclu des conventions de forfait en jours postérieurement à la loi du 8 août 2016, qui soulèvent des questions inédites relatives, d'une part au suivi effectif de la charge de travail du salarié (pourvoi n° C2213200), d'autre part aux conditions d'application de l'article L. 3121-65 du code du travail et à la sanction applicable en cas de manquement aux obligations qu'il contient, à savoir la nullité ou la privation d'effet de la convention de forfait (pourvoi n° J2215782). Ces deux pourvois, au rapport du conseiller Philippe Florès, seront examinés en audience de formation de section du 29 novembre 2023.

4.3.2. En l'espèce, Il ressort des conclusions des parties devant la cour d'appel que Mme [R] était soumise depuis son engagement, le 7 octobre 2013, à une convention de forfait en jours, laquelle a donc été conclue antérieurement à la loi du 8 août 2016.

Soutenant que cette convention était nulle, elle a sollicité le paiement de la somme de 5 424,66 euros à titre d'heures supplémentaires, dont elle a été déboutée par la cour d'appel aux motifs suivants :

« Mme [R] soutient que son employeur n'a pas respecté les conditions de mise en oeuvre du principe du forfait jours car aucun outil de contrôle de la charge de travail n'a été mis en place pour garantir le bon équilibre de la vie professionnelle et de la vie personnelle des salariés et que l'article 5 de son contrat de travail lie de façon surprenante la question du temps de travail au fait que « la contribution s'appréciera au regard de la qualité des missions accomplies et du respect des délais impartis par les clients pour leur exécution » faisant dépendre du client le temps de travail des salariés.

*Toutefois la société Ernst & Young société d'avocats répond que la convention de forfait en jours est autorisée par l'avenant 7 2000-04-07 relatif à la réduction du temps de travail de la convention collective des avocats salariés dans la limite de 217 jours par an, que l'accord d'entreprise signé le 14 mai 2007 contient l'ensemble des mentions légalement prévues et mettant en place les garanties suffisantes, que l'avenant numéro 15 du 25 mai 2012 relatif au forfait annuel en jour de la convention collective des avocats salariés qui est applicable au sein du cabinet, valide cette convention de forfait, et que **conformément aux dispositions de la loi travail du 8 août 2016 elle a complété l'ensemble des dispositions conventionnelles par une charte des bonnes pratiques en matière d'organisation du temps de travail, il est donc inexact d'affirmer qu'aucun outil de contrôle de la charge de travail n'a été mis en place par l'employeur pour garantir le bon équilibre de la vie professionnelle et de la vie personnelle des salariés.***

En ce qui concerne l'article du contrat de travail de Mme [R] relatif au temps de travail, savoir l'article 4, celui-ci ne fait pas dépendre du client le temps de travail des salariés, la référence aux délais impartis par les clients se trouvant dans le paragraphe relatif à la contribution, et l'article 4 mentionne expressément que conformément aux dispositions conventionnelles, le décompte du temps de travail s'effectuera sur la base de la convention en forfait jours de 218 jours.

Mme [R] sera donc déboutée de sa demande tendant à voir prononcer la nullité du forfait jour et de sa demande subséquente en paiement d'heures supplémentaires » (cf., arrêt, p. 23 et 24).

La 1^{ère} branche du moyen reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la charte des bonnes pratiques dont se prévalait la société employeur (pour combler les insuffisances de la convention collective et de l'accord d'entreprise applicables) prévoyait des modalités d'évaluation et de suivi régulier de la charge de travail du salarié permettant notamment à l'employeur de s'assurer que la charge de travail du salarié est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires (manque de base légale au regard des articles L. 3121-60, L. 3121-64, L. 3121-65 du code du travail et 12 de la loi du 8 août 2016).

Selon le mémoire ampliatif, la Cour de cassation ayant déjà jugé que les accords collectifs de branche et d'entreprise dont se prévalait la société pour conclure à la validité de la convention de forfait de Mme [R] n'étaient « *pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé* » (Soc., 8 novembre 2017, pourvoi n° 15-22.758, précit), il appartenait à la cour d'appel de vérifier si la charte des bonnes pratiques mise en place par l'employeur (à titre de mesures unilatérales

ne nature à combler les insuffisances des dispositions de l'accord collectif) permettaient de pallier les insuffisances des dispositions conventionnelles.

En réponse le mémoire en défense soutient qu'en visant la charte des bonnes pratiques et en déduisant que la salariée ne pouvait prétendre qu'aucun outil de suivi n'avait été mis en place par l'employeur, la cour d'appel a par là-même constaté que cette charte comportait de tels outils garantissant aux salariés un bon équilibre entre vie professionnelle et vie privée par un suivi de leur charge de travail et qu'il ne saurait être reproché à la cour d'appel de ne pas avoir analysé plus en détail ladite charte dans la mesure où Mme [R] se bornait à affirmer qu'il n'existait aucun outil de contrôle de la charge de travail sans aucune argumentation précise et circonstanciée.

Dans ses conclusions (p. 50 et 51), Mme [R] soutenait que sa convention de forfait en jours était nulle en se fondant sur les dispositions précitées des articles L. 3121-60 et L. 3121-64 du code du travail, sans invoquer celles de l'article L. 3121-65 et de l'article 12, III, de la loi du 8 août 2016 relatives aux mesures pouvant être prises pour compléter les accords collectifs insuffisants. Elle se référait par ailleurs à l'arrêt susvisé de notre chambre du 8 novembre 2017 et affirmait *« qu'aucun outil de contrôle de la charge de travail n'est mis en place pour garantir le bon équilibre de la vie professionnelle et de la vie personnelle des salariés »*.

Quant à la société, elle faisait valoir dans ses écritures d'appel (p. 42) que la convention de forfait de la salariée était autorisée par les dispositions de la convention collective des avocats salariés, son avenant du 25 mai 2012 et l'avenant d'entreprise du 14 mai 2007 et que *« si cela ne suffisait pas la Société a conformément aux dispositions de la loi travail du 8 août 2016 complété l'ensemble de ces dispositions conventionnelles par une charte des bonnes pratiques en matière d'organisation du temps de temps de travail. Dans ces conditions, il est manifeste que les dispositions conventionnelles sont suffisantes pour garantir la santé et la sécurité des collaborateurs et que Madame [R] ne peut nullement remettre en cause la validité de sa convention de forfait sur ce motif »*, en sorte que la convention de forfait de la salariée était valide.

La 2^{nde} branche reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si, en toute hypothèse, dans le cadre de l'exécution de la convention de forfait en jours conclue avec la salariée, la société établissait s'être effectivement assurée régulièrement que la charge de travail de la salariée était raisonnable et permettait une bonne répartition dans le temps de son travail (manque de base légale au regard des mêmes textes).

A l'appui de cette branche, le mémoire ampliatif affirme qu'en tout état de cause il appartenait à la cour d'appel de vérifier si, dans le cadre de l'exécution de la convention de forfait en jours conclue avec la salariée, la société établissait s'être effectivement assurée régulièrement que la charge de travail de l'intéressée était raisonnable et permettait une bonne répartition dans le temps de son travail. Il soutient à cet égard que, même en présence de dispositions conventionnelles ou de mesures unilatérales prévoyant les garanties requises en matière de protection de la sécurité et de la santé des salariés soumis à une convention de forfait en jours, encore faut-il que l'employeur s'y conforme et mette effectivement en oeuvre

ces garanties, ce dont il doit justifier en cas de litige et qu'à défaut la convention de forfait est privée d'effet.

Le mémoire en défense répond que la salariée n'a jamais soutenu que sa convention de forfait aurait été privée d'effet par suite du non-respect par l'employeur des obligations mises à sa charge par les dispositions conventionnelles et la charte des bonnes pratiques garantissant un suivi de la charge de travail, puisqu'elle prétendait que de telles garanties n'existaient pas. Il en conclut que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée.

La chambre devra apprécier la pertinence de ces deux branches qui posent la question de l'étendue de l'office du juge dans l'hypothèse de la mise en place par l'employeur de mesures unilatérales en application des dispositions de l'article 12, III, de la loi du 8 août 2016.