

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 29 janvier 2020

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 116 FS-P+B

Pourvoi n° K 18-21.862

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 29 JANVIER 2020

Mme Q... R... M..., domiciliée [...], M. B... M..., pour Mme Q... M... [...], a formé le pourvoi n° K 18-21.862 contre l'arrêt rendu le 5 juin 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 11), dans le litige l'opposant à la société Marionnaud Lafayette, société par actions simplifiée, dont le siège est [...], défenderesse à la cassation.

La société Marionnaud Lafayette a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Capitaine, conseiller, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de Mme R... M..., de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Marionnaud Lafayette, et l'avis écrit de Mme Rémerly, avocat général, développé oralement lors de l'audience du 17 septembre 2019, après débats en l'audience publique du 17 décembre 2019 où étaient présents M. Cathala, président, Mme Capitaine, conseiller rapporteur, Mme Farthouat-Danon, conseiller doyen, MM. Pion, Ricour, Mmes Van Ruymbek, Gilibert, conseillers, MM. Silhol, Duval, Mme Valéry, conseillers référendaires, et Mme Piquot, greffier de chambre.

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme R... M... a été engagée en qualité de chef de projet communication le 17 janvier 2007 par la société Watson France, son contrat de travail étant transféré à la société Marionnaud Lafayette par avenant du 1er mai 2009 ; qu'elle a été licenciée le 26 novembre 2012 ; qu'estimant avoir été victime d'une discrimination, la salariée a saisi la juridiction prud'homale afin de voir prononcer la nullité de la rupture de son contrat de travail ainsi que sa réintégration, qui a été ordonnée par jugement du 18 septembre 2015 ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de la salariée et le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le second moyen du pourvoi principal de la salariée en ce qu'il critique les chefs de l'arrêt condamnant la salariée à restituer à l'employeur la somme de 3 799,54 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement :

Attendu qu'il n'existe aucune corrélation entre les chefs de l'arrêt condamnant la salariée à restituer à l'employeur la somme de 3 799,54 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement et le moyen qui reproche à la cour d'appel de déduire des sommes dues par l'employeur au titre des rappels de salaire pour la période d'éviction les revenus de remplacement ainsi que l'indemnité de licenciement versée ; qu'à cet égard, le moyen est donc irrecevable ;

Mais sur le second moyen du pourvoi principal de la salariée en ce qu'il critique les chefs de l'arrêt condamnant la salariée à restituer à l'employeur les revenus de remplacement perçus durant la période d'éviction :

Vu l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail ;

Attendu, qu'en application des dispositions des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, tout licenciement prononcé à l'égard d'une salariée en raison de son état de grossesse est nul ; que, dès lors qu'un tel licenciement caractérise une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme, garanti par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la salariée qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période ;

Attendu qu'après avoir prononcé la nullité du licenciement pour discrimination liée à l'état de grossesse de la salariée, l'arrêt ordonne que soit déduit du rappel de salaires dû entre la date du licenciement et la date effective de réintégration de la salariée dans l'entreprise, les sommes perçues à titre de revenus de remplacement ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi incident ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit qu'il convient de déduire des sommes dues à Mme R... M... au titre du rappel de salaires entre le 27 février 2013 et le 27 décembre 2015 les sommes versées à la salariée à titre de revenu de remplacement et en ce qu'il condamne Mme R... M... à restituer à la société Marionnaud Lafayette la somme de 36 329,10 euros nets correspondant aux revenus de remplacement perçus durant la période d'éviction, l'arrêt rendu le 5 juin 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Marionnaud Lafayette aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Marionnaud Lafayette et la condamne à payer à Mme R... M... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-neuf janvier deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour Mme R... M....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de Mme R... M... du 22 février 2016 devait produire les effets d'une démission et d'AVOIR en conséquence débouté la salariée de ses demandes indemnitaires de 30 000 euros au titre du licenciement nul (subsidiatement de 18 249,84 euros), de 15 000 euros au titre du préavis et de 1 500 euros au titre des congés payés afférents (subsidiatement de 9 124,92 euros et 912,49 euros), de 5 283,79 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement (subsidiatement de 1 726,10 euros) ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué, « Sur la prise d'acte de la rupture du contrat après la réintégration de Mme R... M.... Mme R... M... demande à la cour de dire que la prise d'acte de la rupture de son contrat s'analyse en un licenciement nul et, outre que cette prise d'acte résulterait d'actes discriminatoires, invoque les éléments suivants : - la société a sciemment tardé à exécuter la décision du conseil de prud'hommes ordonnant sa réintégration malgré les courriers adressés par elle les 13 octobre, 13 et 27 novembre 2015 et ce n'est que lorsqu'elle a annoncé par lettre du 8 décembre 2015 qu'elle se présenterait à l'entreprise le 15 décembre que l'employeur l'a convoquée à un entretien avec une responsable RH qui lui a alors expliqué que les postes disponibles n'étaient pas comparables à son poste antérieur, lui demandant d'ailleurs d'adresser un CV ; - la société l'a délibérément mise en difficulté en lui demandant moins de 8 jours avant de reprendre son poste le 28 décembre, en plines vacances scolaires étant précisé qu'elle était en arrêt de travail pour maladie depuis le 11 décembre 2015 et jusqu'au 3 janvier 2016 ; - la société n'a réglé les salaires dûs qu'à la mi-février 2016 soit avec cinq mois de retard, de même qu'elle lui a remis des bulletins de paie erronés et ne contenant pas la plupart des mentions obligatoires ; - sa réintégration dans l'entreprise n'a été que de façade, aucune fiche de poste ne lui a été donnée, ses missions n'ont pas été définies et ce, alors même que son poste antérieur existait toujours mais était confié à Mme W... et aucune réponse à ses courriers et demandes de rendez-vous pour remédier à cette situation ne lui a été donnée ; - à la différence des autres collaborateurs du service, elle n'a été dotée ni d'un PC portable ni d'un téléphone professionnel et a été exclue de la réunion stratégique trimestrielle du 14 janvier 2016 ; - elle n'a pas pu bénéficier d'un entretien de retour à l'emploi ni des congés payés et RTT auxquels elle pouvait prétendre, pas plus que de son crédit d'heures de formation ; - la société a ainsi adopté une attitude visant à la contraindre à prendre acte de la rupture de son contrat qui a eu un impact sur sa santé puisqu'elle a été victime d'un syndrome anxiodépressif la contraignant à un arrêt de travail dès le 22 janvier 2016. La société Marionnaud Lafayette estime que la prise d'acte de la rupture du contrat doit produire les effets d'une démission et, contestant les manquements allégués, fait valoir les

éléments suivants : - le retard pris dans l'exécution du jugement était justifié par la disparition du poste de Mme R... M... et la nécessité de lui trouver un emploi équivalent, l'ayant conduite à finalement créer ex nihilo un poste de chef de projet communication, ce qui ne pouvait se faire immédiatement ; - le poste proposé était conforme aux responsabilités antérieurement assumées par Mme R... M... qui n'avait pas, contrairement à ce qu'elle prétend, la charge des relations avec la presse ; - lorsque la société a proposé à Mme R... M... de reprendre son poste le 28 décembre 2015, avec un délai de prévenance de 8 jours, elle ignorait que celle-ci était en arrêt de maladie ; - ayant repris son poste le 4 janvier 2016 et s'étant vue confier la gestion d'un projet qui lui convenait, elle a, 10 jours plus tard, contesté cette réintégration et a été placée en arrêt de travail pour maladie le 22 janvier 2016, après avoir été déclarée, la veille, apte à la reprise par le médecin du travail et n'a plus reparu ensuite dans l'entreprise, le certificat médical produit, daté du 5 février 2016, étant parfaitement critiquable en ce que le médecin rédacteur n'a pas lui-même pu constater "l'altération de l'état de santé en lien avec le conflit opposant la salariée à sa direction" ; - les salaires dûs ont été réglés début février au conseil de la salariée et étaient donc régularisés à la date de la prise d'acte ; - des bulletins annuels, parfaitement réguliers, ont été établis ; - les jours de RTT n'avaient pas été réclamés devant le conseil de prud'hommes et ne sont pas dûs puisque la période d'éviction de l'entreprise n'ouvre pas droit à l'acquisition de congés. La prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par un salarié produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse -voire nul, dans l'hypothèse notamment d'actes de discrimination - si les faits invoqués par le salarié sont établis et caractérisent des manquements suffisamment graves de l'employeur à ses obligations empêchant la poursuite de la relation contractuelle. A défaut, la prise d'acte de la rupture produit les effets d'une démission. Il sera relevé en premier lieu que le jugement en date du 18 septembre 2015 a été notifié aux parties le 6 octobre 2015 et que si Mme R... M... fait état de 5 courriers adressés en vain à son employeur, seules deux lettres sont produites, datées du 13 et 27 novembre 2015, outre un courriel du 8 décembre 2015 auquel il a été répondu le 9 décembre par l'employeur. En second lieu, il n'est pas contesté par l'intimée que son poste antérieur n'existait plus, Mme R... M... exposant qu'elle avait été remplacée à son poste par Mme W... . Par ailleurs, à la date à laquelle Mme R... M... a pris acte de la rupture de son contrat, elle avait déjà été réintégrée dans l'entreprise en sorte que le manquement lié au retard dans l'exécution de la décision était régularisé, l'employeur ne pouvant par ailleurs pas se voir reprocher d'avoir demandé à la salariée de reprendre son emploi le 28 décembre 2015 alors même que celle-ci exigeait une régularisation de sa situation avant le 31 décembre (dans son courrier du 16 décembre) et qu'il n'est pas établi que la société était informée de son arrêt de travail pour maladie. Au surplus, la salariée n'a finalement repris le travail que le 4 janvier 2016. Quant au paiement des sommes dues en vertu du jugement, il est également intervenu avant que Mme R... M... ne prenne acte de la rupture de son contrat, dans les termes prévus par la décision, à savoir, le paiement d'un salaire brut de 3.041,64 € par mois par un chèque d'un montant de 77.098,36 € adressé le 5 février 2016 au conseil de la salariée outre les sommes de 20.000 et 3.000 € au titre des dommages et intérêts et des frais irrépétibles dont il n'est pas contesté qu'elles ont été réglées avec le salaire du mois de janvier 2016. S'agissant des bulletins de salaires délivrés à l'occasion de la régularisation, si ceux-ci ne remplissent pas toutes les mentions obligatoires, ce seul manquement ne peut justifier la prise d'acte de la rupture alors même qu'il n'est ni établi ni même allégué que Mme R... M... a sollicité une régularisation préalable. Celle-ci soutient enfin que la réintégration n'aurait été que "de façade", évoquant une description très floue de sa mission et la diminution de ses responsabilités. S'il n'est pas contestable que la salariée a été privée de ses fonctions d'encadrement (de deux personnes) qu'elle assumait antérieurement, il a déjà été relevé que, dans l'intervalle entre son licenciement intervenu en novembre 2012 et sa réintégration en janvier 2016, le service avait été réorganisé et le poste de Mme R... M... avait été pourvu par une autre salariée. Or, Mme R... a néanmoins été réintégrée dans un poste de chef de projet de communication, après avoir bénéficié d'un entretien professionnel dès son arrivée, le 4 janvier 2016, l'employeur étant libre de choisir l'interlocuteur de la salariée lors de cet entretien. Par ailleurs, la société justifie lui avoir adressé un descriptif de ses missions (courriers des 21 et 24 décembre 2016), lui précisant notamment quel était son rattachement hiérarchique ainsi que le fait que l'attribution de responsabilités manageriales pourrait être envisagée par la suite et, en l'état des pièces produites, il n'est pas démontré par la salariée que son poste était une coquille vide ni qu'elle n'était pas dotée des moyens nécessaires à l'exécution de ses fonctions. Il n'est pas plus établi que Mme R... M... était la seule exclue de la réunion du 14 janvier 2016, sa supérieure hiérarchique, Mme S..., lui ayant d'ailleurs précisément répondu à ce sujet et lui adressant le 21 janvier 2016 les éléments nécessaires à la prise en charge d'un dossier qui lui était confié. Mme R... M... déplore également ne pas avoir récupéré certains de ses droits notamment en terme de congés payés, RTT et compte formation : cependant, ces droits, découlant d'un travail effectif, ne peuvent être valablement revendiqués par la salariée pour la période correspondant à son éviction et les demandes en paiement formulées en cause d'appel au titre des congés payés et RTT seront donc rejetées. Au surplus, aux termes du courriel adressé à Mme S... le 21 janvier 2016, il était prévu que la salariée participe à une formation le lendemain, son arrêt de maladie à cette date ne lui ayant

pas permis d'en bénéficier. Enfin, l'employeur, ayant organisé un entretien lors de la réintégration de la salariée, ne peut se voir reprocher de ne pas avoir prévu un entretien annuel de développement dans les jours qui ont suivi. Quant à la dégradation de l'état de santé de la salariée, le médecin rédacteur du certificat daté du 5 février 2016 n'a pas pu constater la réalité du conflit dont il fait état, conflit au demeurant démenti par le contenu des courriels échangés entre Mme R... M... et sa supérieure hiérarchique. Par ailleurs, s'agissant de l'allégation d'actes discriminatoires, aucun autre agissement que ceux antérieurs au licenciement intervenu en novembre 2012 n'ont été développés par Mme R... M.... Ces faits remontant à près de trois ans et demi avant la prise d'acte ne peuvent justifier celle-ci. Les manquements invoqués par Mme R... M... étant pour la plupart soit non établis soit dépourvus de gravité suffisante, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail doit produire les effets d'une démission » ;

ALORS en premier lieu QUE les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ; que constitue un manquement grave à l'obligation de bonne foi rendant impossible la poursuite du contrat de travail le fait, pour un employeur, de tarder à rétablir une salariée, dont la réintégration a été prononcée par décision de justice, dans l'intégralité de ses droits ; qu'en l'espèce, la salariée faisait valoir à titre principal que la société avait manifestement tardé à la réintégrer dans ses effectifs alors même que la notification de la décision de justice ayant prononcé son droit à réintégration était intervenue plusieurs mois avant son retour effectif dans l'entreprise ; que pour dire qu'aucun manquement de l'employeur n'était établi, la cour d'appel a considéré qu'à la date de la prise d'acte de la rupture du contrat, la salariée avait déjà été réintégrée dans l'entreprise de sorte que le manquement lié au retard dans l'exécution de la décision avait été régularisé ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1222-1 du code du travail et 1104 du code civil.

ALORS en deuxième lieu QUE, les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ; que constitue un manquement grave à l'obligation de bonne foi rendant impossible la poursuite du contrat de travail le fait, pour un employeur, de tarder à rétablir une salariée, dont la réintégration a été prononcée par décision de justice, dans l'intégralité de ses droits ; qu'en l'espèce, la salariée faisait valoir que la société avait manifestement tardé à régler les sommes dues au titre du contrat de travail par exécution de la décision de justice ; que pour dire qu'aucun manquement de l'employeur n'était établi, la cour d'appel a considéré qu'à la date de la prise d'acte de la rupture du contrat, la salariée avait été remplie des sommes dues par l'employeur au titre de l'exécution du jugement ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1222-1 du code du travail et 1104 du code civil.

ALORS en dernier lieu QUE, constitue un manquement grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat et justifiant la prise d'acte de la rupture le fait pour un employeur, à retour d'une salariée dans l'entreprise consécutive à un congé parental et de maternité, de modifier ses attributions en la privant de son niveau de responsabilité et d'encadrement ; que les juges sont tenus de tirer les conséquences qui ressortent de leurs propres constatations ; qu'en l'espèce, la salariée soutenait qu'à son retour dans l'entreprise, sa réintégration n'aurait été que de façade dans la mesure où elle avait été privée de son niveau de responsabilité et d'encadrement ; que pour dire qu'aucun manquement de l'employeur n'était établi, la cour d'appel a considéré que s'il n'était pas contestable que la salariée avait été privée de ses fonctions d'encadrement de deux personnes qu'elle assumait antérieurement, le service auquel elle appartenait avait été réorganisé, le poste de la salariée pourvu par une nouvelle embauche, l'attribution de responsabilités managériales pouvant être envisagées par la suite ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, a violé les articles L. 1221-1 et L. 1225-25 du code du travail, ensemble des articles 1103, 1104 et 1193 du code civil.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déduit des sommes dues par l'employeur au titre des rappels de salaire pour la période d'éviction les revenus de remplacement perçus par Mme R... M... ainsi que l'indemnité de licenciement versée par la société ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué, « Sur les demandes pécuniaires de la salariée Mme R... M... sollicite à la fois le paiement d'un rappel de salaires pendant la période d'éviction sur la base d'une rémunération de 5.000 € bruts par mois ainsi que, sur les mêmes bases, du préjudice économique qu'elle aurait subi du fait de la discrimination en raison de sa situation familiale, estimant qu'elle aurait dû percevoir cette rémunération depuis son embauche. S'il a été

admis qu'elle avait été victime d'une discrimination à raison de sa situation familiale et de son état de grossesse, il n'est pour autant pas établi qu'elle aurait dû être engagée, alors qu'elle n'avait aucune expérience professionnelle, sur une rémunération identique à celle qui a ensuite été proposée pour pourvoir à son remplacement. Par ailleurs, eu égard à son ancienneté relative, à son parcours professionnel manifestement différent de celui de Mme W... , il ne saurait être retenu que sa rémunération aurait dû s'élever à 5.000 € bruts. Il ressort des pièces produites, qu'engagée en janvier 2007 sur la base d'un salaire brut de 2.667 €, Mme R... M... avait bénéficié en mai 2008 d'une augmentation de 6,60% puis en juin 2001 de 5% et enfin en avril 2012 de 2%, sa rémunération brute de base s'élevant en dernier lieu à 3.041,64 €. Compte tenu de l'élargissement de ses responsabilités en novembre 2011, il sera considéré que sa rémunération brute aurait dû être portée à 3.300 € bruts à compter du mois d'avril 2012. Le préjudice économique subi sera évalué à la somme de 3.500 €. La décision déférée sera confirmée en ce qu'elle a alloué à Mme R... M... la somme de 20.000 € à titre de dommages et intérêts, au vu notamment des déclarations de ses proches attestant de l'impact sur l'état de santé de la salariée au moment de son licenciement, cette somme ayant été réglée par la société Marionnaud Lafayette en exécution du jugement avec le salaire du mois de février 2016. Quant au rappel de salaire dû pour la période d'éviction, sur la base d'un salaire brut fixe de 3.041,64 € bruts dû entre le 27 février 2013 et le 27 décembre 2015, la société a versé à la salariée, suite au jugement déféré, la somme de 77.098,36 € nets le 2 février 2016. L'employeur sollicite la déduction des revenus de remplacement perçus par la salariée ainsi que de l'indemnité de licenciement qui lui a été versée. Le salarié dont le licenciement est nul et qui a demandé sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des revenus dont il a été privé. Il convient donc de déduire des sommes dues par l'employeur les revenus de remplacement perçus par Mme R... M... ainsi que l'indemnité de licenciement versée par la société Marionnaud Lafayette. Au vu des pièces produites, d'une part, Madame R... M... a perçu la somme de 3.799,54 € au titre de l'indemnité légale de licenciement. D'autre part, durant la période d'éviction (soit du 27 février 2013 au 27 décembre 2015), elle a bénéficié des sommes suivantes : - du 30 avril 2013 au 10 novembre 2013 : 191 jours au titre de l'allocation de retour à l'emploi pour un montant net journalier de 49 € soit 9.359 € ; - du 11 novembre 2013 au 2 mars 2014 : 112 jours d'indemnités journalières versées par la CPAM pour un montant net de 8.274,56 € nets ; - du 3 mars 2014 au 31 décembre 2014 : 304 jours au titre de l'allocation de retour à l'emploi pour un montant net journalier de 49 € soit 14.896 € nets. Si Pôle Emploi a continué à verser à Mme R... M... l'allocation de retour à l'emploi jusqu'au 31 mai 2015, à réception de l'attestation délivrée par la société Marionnaud Lafayette suite à la prise d'acte de la rupture du contrat, Pôle Emploi a sollicité le remboursement de ces sommes qu'il n'y a donc pas lieu de déduire. En conséquence, sur la somme de 77.098,36 € nets perçue, Mme R... M... ainsi que l'indemnité de licenciement versée par la société Marionnaud Lafayette. Au vu des pièces produites, d'une part, Madame R... M... a perçu la somme de 3.799,54 € au titre de l'indemnité légale de licenciement ».

ALORS QUE, les juges sont tenus de motiver leur décision ; qu'en l'espèce, pour faire droit à la demande de l'employeur tendant à obtenir la déduction des revenus de remplacement perçus par la salariée ainsi que de l'indemnité de licenciement des sommes versées au titre de la période d'éviction, la cour d'appel a considéré que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, déduction faite des revenus de remplacement perçus par la salariée ; qu'en statuant ainsi, sans expliquer en quoi la déduction des revenus de remplacement perçus par la salariée s'imposait en l'espèce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail.

ALORS en deuxième lieu QUE, la violation du droit à une vie familiale normale constitue la violation d'une liberté fondamentale ; qu'en l'espèce, pour faire droit à la demande de l'employeur tendant à obtenir la déduction des revenus de remplacement perçus par la salariée ainsi que de l'indemnité de licenciement des sommes versées au titre de la période d'éviction, la cour d'appel a considéré que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, déduction faite des revenus de remplacement perçus par la salariée ; que pourtant, elle avait elle-même constaté que la salariée avait été victime d'une discrimination à raison de sa situation familiale ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans tirer les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

ALORS en troisième lieu QUE, la violation des mesures protectrices de l'état de grossesse, qui participent de la protection de l'état de santé, constitue la violation d'une liberté fondamentale ; qu'en l'espèce, pour faire droit à la demande de l'employeur tendant à obtenir la déduction des revenus de remplacement perçus par la salariée ainsi que de l'indemnité de licenciement des sommes versées au titre de la période d'éviction, la cour d'appel a considéré que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, déduction faite des revenus de remplacement perçus par la salariée ; que pourtant, elle avait elle-même constaté que la salariée avait été victime d'une discrimination à raison de son état de grossesse ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans tirer les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, ainsi que l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Marionnaud Lafayette.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, d'avoir annulé la mesure de licenciement du 26 novembre 2012, ordonné la réintégration de Mme R... M... dans les effectifs de la société Marionnaud Lafayette, condamné l'employeur à payer à Mme R... M... les sommes de 77 098,36 euros nets correspondant aux salaires dus pendant la période d'éviction, 8 784,24 euros bruts au titre du solde de rappel de salaire dû pour la période de mars 2013 à décembre 2015, en sus de la somme déjà réglée (77 098,36 euros), 3 500 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice économique résultant de la discrimination, 1 056 euros bruts au titre du rappel de bonus dû pour l'année 2012, 2 162,40 euros bruts au titre de la prime d'ancienneté due de mars 2013 à décembre 2015, et 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

AUX MOTIFS propres QUE, « aux termes des pièces et explications fournies par les parties, la cour relève que l'affirmation selon laquelle Mme W... n'a pas remplacé Mme R... M... n'est pas justifiée par la société. D'une part, si, comme l'indique la société Marionnaud Lafayette, Mme G... a certes remplacé l'intimée durant les congés liés à la grossesse de celle-ci puis pendant ses congés payés, ce remplacement n'a pas eu un caractère définitif puisqu'à compter du 10 décembre 2012, il est seulement justifié que Mme G... a bénéficié d'un contrat de travail à durée déterminée lié à un accroissement temporaire d'activité dont le terme était fixé au 9 juin 2013 et il n'est nullement établi que Mme G... a été maintenue au poste de chef de projet communication postérieurement à cette date et notamment après l'engagement de Mme W... . D'autre part, force est de constater que si la société Marionnaud Lafayette affirme que Mme W... a été engagée sur un poste différent de celui qu'occupait Mme R... M... pour être recrutée en qualité de « responsable communication », cette seule différence d'appellation ne permet nullement à la cour de s'assurer de la réalité des fonctions confiées à Mme W... , faute pour la société de produire le contrat de travail de celle-ci ainsi que sa fiche de poste et ce, malgré plusieurs sommations de communiquer délivrées à cette fin par le conseil de Mme R... M... De plus, en s'abstenant de verser aux débats les bulletins de paie de Mme W... , la société Marionnaud Lafayette, qui reconnaît, sans plus de précision, que celle-ci perçoit une rémunération supérieure, place la cour dans l'impossibilité de s'assurer que le différentiel serait justifié tant par des fonctions et responsabilités plus importantes que par des compétences en meilleure adéquation avec le poste occupé. En outre, Mme R... M... justifie que ses fonctions d'encadrement ont été élargies en 2011 par le management, outre de Mme U... E..., assistante communication marketing, d'une deuxième collaboratrice, Mme N... C..., chargé de marketing Web, ainsi que cela ressort d'ailleurs des termes même de la lettre de licenciement qui évoque les difficultés prétendument rencontrées par la salariée dans l'accompagnement de Mme C... et dans la prise en main de l'activité SMO (optimisation des médias sociaux). Aucune explication n'est fournie par la société autre que le fait que Mme R... M... avait une ancienneté peu élevée et qu'elle avait déjà bénéficié d'augmentations à deux reprises, pour justifier que malgré cette promotion, la salariée n'a bénéficié d'aucune augmentation de salaire si ce n'est celle résultant de la NAO. En outre, l'affirmation selon laquelle seuls les salariés n'ayant pas bénéficié d'une promotion ou d'une augmentation individuelle de salaires étaient éligibles à l'augmentation collective est démentie par les termes du courrier du 15 juin 2012 du DRH qui démontrent seulement que n'étaient pas éligibles à l'augmentation collective, les salariés n'ayant pas bénéficié d'augmentation depuis le début de l'année « hors promotion ». Il n'est pas plus établi que seule Mme P... aurait obtenu une augmentation individuelle au cours des exercices 2010, 2011 et 2012, la société procédant par voie de simples affirmations qui ne sont étayées par aucune pièce. Au surplus, si la société Marionnaud conteste toute discrimination en soulignant que Mme R... M... était la seule de sa catégorie professionnelle, elle ne justifie par aucune pièce le fait qu'alors que le champ des responsabilités de celle-ci avait été étendu, elle n'a bénéficié d'aucune augmentation : dans la mesure où la société Marionnaud s'abstient de produire un quelconque élément quant aux

rémunérations et parcours professionnels de cadres engagés dans les mêmes conditions de classification et avec la même ancienneté que Mme R... M..., la cour est dans l'impossibilité de vérifier que les éléments invoqués pour justifier le refus d'augmentation sont étrangers à toute discrimination. S'agissant du non-paiement du bonus, si la rémunération variable de la salariée était subordonnée à l'atteinte des objectifs fixés, il ne peut qu'être relevé que postérieurement au 18 février 2011, Mme R... M... n'a bénéficié d'aucun entretien annuel de performance et par conséquent, d'aucune fixation d'objectifs pour l'exercice 2012. Or, même si la salariée était absente jusqu'au mois de août 2012, l'employeur aurait néanmoins pu lui fixer des objectifs à son retour en septembre 2012 et le non-paiement du bonus, que la salariée justifie avoir perçu pour les exercices 2010 et 2011 à hauteur de 2.500 € pour chaque année, n'est ainsi pas justifié autrement que par l'absence liée à sa situation de grossesse et ce, alors même que la salariée avait repris ses fonctions dès le mois de septembre 2012. Par ailleurs, concernant la mise à l'écart alléguée par la salariée, il ressort des pièces produites par Mme R... M... qu'elle a été à plusieurs reprises évincée de réunions concernant son service : en particulier, si certes l'employeur est libre de l'organisation des réunions, la société Marionnaud Lafayette n'explique pas en quoi le fait de différer d'un quart d'heure la réunion hebdomadaire de la salariée avec son supérieur hiérarchique posait une difficulté insurmontable comme le fait de prévoir une réunion importante de 18h à 19h, le lundi pour le mercredi en sorte que la salariée, à laquelle il était néanmoins demandé d'être présente, était placée dans l'impossibilité d'y assister ; quant au fait que soit conviée à une réunion la remplaçante de Mme R... M... qui avait pourtant repris ses fonctions, s'il peut s'expliquer par la connaissance des dossiers qu'avait Mme G..., il était parfaitement vexatoire d'en exclure la responsable du service, caractère vexatoire renforcé par le ton pour le moins polémique, pour ne pas dire agressif de la réponse apportée par Monsieur H... à Mme R... M... qui s'étonne de ne pas avoir été informée : « A toi de voir ! J'ai été clair donc le temps de vous caler, viens si tu veux

Bah, parlez-vous ! Et ne me fais pas porter cette responsabilité !! elle m'a envoyé un sms hier soir. Je suis très clair ! ». S'agissant du licenciement, comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, aucune des pièces produites par la société Marionnaud Lafayette ne vient justifier les motifs allégués : La procédure de licenciement a été engagée sur un terrain disciplinaire avec notification d'une mise à pied à titre conservatoire, mesure sur laquelle aucune explication ni justification ne sont données par l'employeur, alors même que la salariée, dont les évaluations antérieures étaient positives, n'avait repris le travail que deux mois auparavant. En outre, cette procédure, initiée sur un terrain disciplinaire, s'est finalement soldée par un licenciement pour cause réelle et sérieuse reposant sur une insuffisance professionnelle et des manquements aux obligations professionnelles de la salariée. L'insuffisance professionnelle invoquée ne repose sur aucun élément matériel vérifiable autre que les seules affirmations de l'employeur : en particulier, à réception des documents sollicités le 17 septembre 2012 pour une réunion programmée le 24 septembre 2012, Mme R... M... a effectué les démarches nécessaires à l'obtention des informations sollicitées et l'examen du courriel adressé à cette fin au partenaire de la société le 17 septembre 2012 ne témoigne ni « d'un manquement à l'obligation de discrétion » ni « d'une incrimination de son supérieur hiérarchique », la salariée expliquant seulement le caractère urgent de sa demande, ayant elle-même été soumise à un délai très court pour exécuter la tâche sollicitée. Quant aux reproches quant à la qualité du travail fourni (bilan SMO) évoqués dans la lettre de licenciement, ils ne sont étayés par aucun élément permettant d'en vérifier la pertinence, la société ne produisant aucune pièce relative à la teneur des entretiens de la salariée avec son supérieur hiérarchique, Monsieur H... : en particulier, le prétendu refus de Mme R... M... de bénéficier d'un ordinateur portable pour pouvoir travailler à son domicile n'est pas établi et est d'ailleurs en contradiction avec le fait que l'intimée justifie avoir échangé des mails avec son supérieur à des heures tardives (lundi 17/09/2012 19h52) ou le samedi (22/09/2012), ces éléments démontrant également le caractère non fondé du manque de disponibilité reproché de façon sous-jacente à Mme R... M.... De la même manière, les difficultés prétendues rencontrées dans le management de Mme C... ne reposent sur aucun élément concret. Par ailleurs, le fait que la salariée ait revendiqué une augmentation de salaire à son retour de congés ne peut caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement et ce, même si Mme R... M... a réitéré à plusieurs reprises cette demande auprès de son supérieur hiérarchique, les termes utilisés restant courtois et non polémiques. En outre, les motifs invoqués à l'appui du licenciement sont en contradiction flagrante avec le fait que depuis son embauche au sein de l'entreprise et avant son congé maternité et sa reprise à temps partiel, Mme R... M... avait fait l'objet d'appréciations élogieuses ainsi qu'en attestent ses comptes-rendus d'évaluation des années antérieures. En considération de l'ensemble de ces éléments, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que Mme R... M... avait été victime d'une discrimination liée à son état de grossesse puis à sa situation familiale et la décision déférée sera confirmée de ce chef ainsi qu'en ce qu'elle a prononcé l'annulation du licenciement notifié le 27 novembre 2012 et ordonné la réintégration de la salariée ».

ET AUX MOTIFS QUE « La cour ayant retenu que le salaire de Mme R... M... aurait dû être porté à la somme de 3.300 €, le

solde de rappel de salaire dû pendant la période d'éviction sera fixé à la somme de 8.784,24 € bruts, étant observé que si Mme R... M... revendique l'application des augmentations pratiquées, elle ne verse aux débats aucune pièce qui permettrait à la cour d'effectuer les calculs correspondant à cette demande non chiffrée, qui sera en conséquence rejetée ».

1°) ALORS QUE le salarié dont le licenciement est nul, et qui demande sa réintégration, a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé ; que la période d'éviction ouvre droit, non à des rappels de salaire, mais à une indemnité d'éviction ; qu'en allouant à Mme R... M... la somme de 77 098,36 euros nets « au titre des salaires dûs » pendant la période d'éviction, outre « 8 784,24 € bruts au titre du solde de rappel de salaire dû pour la période de mars 2013 à décembre 2015, en sus de la somme déjà réglée à ce titre (77.098,36 € nets) », la cour d'appel a violé l'article L.1132-4 du code du travail ;

2°) ALORS QU'il incombe au salarié qui se prétend victime de discrimination de rapporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, et à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'en retenant, pour juger la discrimination établie à l'égard de Mme R... M..., en comparaison de Mme W... , dont Mme R... M... se contentait d'alléguer qu'elle avait été recrutée au même poste qu'elle après son départ de l'entreprise moyennant une rémunération supérieure, sans offrir d'en rapporter la preuve, que « si la société Marionnaud Lafayette affirme que Mme W... a été engagée sur un poste différent de celui qu'occupait Mme R... M... pour être recrutée en qualité de « responsable de communication », cette seule différence d'appellation ne permet nullement à la cour de s'assurer de la réalité des fonctions confiées à Mme W... , faute pour la société de produire le contrat de travail de celle-ci ainsi que sa fiche de poste » (arrêt attaqué, page 7, §2), la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315 du code civil dans sa rédaction applicable au litige, ensemble l'article L.1134-1 du code du travail ;

3°) ALORS, subsidiairement, QUE pour justifier de la différence de salaire entre Mme R... M... et Mme W... , l'employeur faisait valoir que cette dernière avait une expérience professionnelle bien supérieure ; que pour juger la discrimination établie à l'égard de Mme R... M..., la cour d'appel a retenu qu'« en s'abstenant de verser aux débats les bulletins de paie de Mme W... , la société Marionnaud Lafayette, qui reconnaît, sans plus de précision, que celle-ci perçoit une rémunération supérieure, place la cour dans l'impossibilité de s'assurer que le différentiel serait justifié tant par des fonctions et responsabilités plus importantes que par des compétences en meilleure adéquation avec le poste occupé » (arrêt attaqué, page 7, §3) ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était expressément invitée, si Mme W... ne bénéficiait pas d'une expérience professionnelle supérieure à celle de Mme R... M..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1134-1 et L.1132-1 du code du travail ;

4°) ALORS QUE le seul fait pour l'employeur de ne pas accorder à une salariée occupant déjà des fonctions managériales, une augmentation de salaire supérieure à 2%, lorsqu'il lui est adjoint un nouveau subordonné, ne constitue pas un élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L.1134-1 et L.1132-1 du code du travail ;

5°) ALORS QUE le fait pour l'employeur de ne pas verser à un salarié absent de l'entreprise la partie variable de sa rémunération, dont le montant ne dépend que de sa seule activité professionnelle, ne constitue pas une mesure discriminatoire ; qu'en retenant, pour juger que la discrimination était établie à l'égard de Mme R... M..., qu'elle n'avait pas bénéficié d'un entretien annuel de performance depuis son départ de l'entreprise, et par conséquent d'aucune fixation d'objectifs pour l'année 2012, en sorte que « le non-paiement du bonus, que la salariée justifie avoir perçu pour les exercices 2010 et 2011 à hauteur de 2.500 € pour chaque année, n'est ainsi pas justifié autrement que par l'absence liée à sa situation de grossesse », (arrêt attaqué, page 7, in fine) la cour d'appel a violé les articles L.1134-1 et L.1132-1 du code du travail ;

6°) ALORS QUE pour juger que Mme R... M... avait fait l'objet d'une discrimination au regard de l'absence de fixation de ses objectifs, la cour d'appel a énoncé que cette fixation était possible au moins à compter de septembre 2012, soit au moment de son retour, la salariée ayant été licenciée au mois de novembre 2012 ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était expressément invitée, si Mme R... M... n'avait pas été reçue à un tel entretien dès son retour, soit le 4

septembre 2012, la cour d'appel a privé sa décision de base légale, au regard des articles L.1134-1 et L.1132-1 du code du travail.