



**AVIS DE Mme RÉMERY,
AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 116 du 29 janvier 2020 – Chambre sociale

Pourvoi n° 18-21.862

Décision attaquée : 05 juin 2018 de la cour d'appel de Paris

Mme Q... R... M...

C/

la société Marionnaud Lafayette

FAITS ET PROCÉDURE

Par contrat à durée indéterminée du 17 janvier 2007, Mme R... M... a été engagée par la société AS Watson France en qualité de chef de projet communication.

Selon avenant à effet au 1er mai 2009, son contrat de travail a été transféré à la société Marionnaud Lafayette (la société).

Du 12 au 26 janvier 2012, Mme R...M... a été placée en arrêt de travail dans le cadre d'un congé pour grossesse pathologique, puis en congé maternité jusqu'au 17 mai 2012 et en congé parental jusqu'au 31 juillet 2012.

Après ses congés, Mme R...M... a repris son poste au sein de la société le 3 septembre 2012 en temps partiel prolongé jusqu'au 31 décembre 2012.

Le 26 novembre 2012, la société a notifié à Mme R...M... son licenciement pour cause réelle et sérieuse motivé par une insuffisance professionnelle, un manquement à l'obligation de discrétion et un non-respect de ses obligations contractuelles.

Mme R...M... a été dispensée d'exécuter son préavis et la relation contractuelle a pris fin le 26 février 2013.

Estimant avoir été victime d'une discrimination, Mme R...M... a saisi le conseil de prud'hommes de Paris le 15 février 2013 afin de voir prononcer la nullité de la rupture de son contrat de travail ainsi que sa réintégration.

Par jugement rendu le 18 septembre 2015, le conseil de prud'hommes, statuant en formation de départage, a prononcé l'annulation du licenciement, ordonné la réintégration de la salariée et a condamné la société au paiement des salaires dus depuis le 27 novembre 2012 jusqu'au jour de la réintégration ainsi que de sommes en compensation du préjudice moral lié aux faits de discrimination. Il a rejeté les demandes de la salariée en réparation du préjudice économique subi, calculé sur une rémunération mensuelle de 5.000 € ainsi que sa demande de dommages et intérêts pour violation du plan d'action pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Après sa réintégration dans l'entreprise le 4 janvier 2016, Mme R...M... a pris acte de la rupture de son contrat de travail par lettre recommandée avec avis de réception datée du 22 février 2016, invoquant divers manquements de l'employeur à ses obligations.

Par arrêt du 5 juin 2018, la cour d'appel de Paris a :

- confirmé le jugement sauf en ce qui concerne la réparation du préjudice économique subi au titre de la discrimination et sauf à déduire du montant des salaires dus pendant la période d'éviction les revenus de remplacement perçus au cours de cette période.

Statuant à nouveau de ces chefs et y ajoutant, a dit que :

- la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par la salariée du 22 février 2016 produisait les effets d'une démission et condamné la salariée à payer à l'employeur une somme au titre de l'indemnité compensatrice de préavis.

et condamné :

- Mme R...M... à restituer à la société une somme correspondant aux revenus de remplacement perçus durant la période d'éviction à déduire de la somme versée par la société au titre des salaires dus pendant la même période, tels que fixés par la décision déférée ;

- La société à payer à la salariée diverses sommes 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 ainsi que des dommages et intérêts en réparation du préjudice économique résultant de la discrimination, outre des sommes au titre du rappel de bonus dû pour l'année 2012 et de la prime d'ancienneté due de mars 2013 à décembre 2015 et ordonné à la société de délivrer à la salariée des bulletins de paie rectifiés.

C'est l'arrêt attaqué.

Mme R...M... a formé un pourvoi comportant deux moyens divisés chacun en trois branches.

La société a formé un pourvoi incident comportant un moyen unique divisé en six branches.

DISCUSSION

Pour les raisons exposées au rapport, le premier moyen du pourvoi principal (sur les effets de la prise d'acte) et le pourvoi incident (sur la discrimination) me paraissent pouvoir faire l'objet de rejets non spécialement motivés.

Mon avis portera sur le second moyen du pourvoi principal par lequel la salariée fait grief à l'arrêt de déduire des sommes dues par l'employeur au titre de l'indemnité d'éviction les revenus de remplacement ainsi que l'indemnité de licenciement versée.

Elle considère d'une part, que la cour d'appel n'a pas expliqué en quoi une telle déduction s'imposait en l'espèce ; d'autre part que la violation du droit à une vie familiale normale constitue la violation d'une liberté fondamentale ; enfin, que la

violation des mesures protectrices de l'état de grossesse, qui participent de la protection de l'état de santé, constitue une violation d'une liberté fondamentale.

La période d'éviction en cause couvre les mois ayant suivi la première "rupture" de la relation contractuelle, soit du mois de mars 2013, après que la salariée eut été licenciée pour cause réelle et sérieuse avec dispense d'exécution du préavis jusqu'au début de l'année 2016, date à laquelle elle a été réintégrée dans l'entreprise après l'annulation de son licenciement pour discrimination, confirmée par l'arrêt attaqué, liée à son état de grossesse puis à sa situation familiale au retour de son congé de maternité.

L'arrêt attaqué a décidé qu'il y avait lieu de déduire de la somme due par l'employeur à la salariée correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période d'éviction, dans la limite du montant des revenus dont elle a été privée, soit la somme de (77.098,36 € + 8.784,24€) 85.882,60 €, les revenus de remplacement (allocations de retour à l'emploi, indemnités journalières versées par la CPAM) perçus par Mme R...M... ainsi que l'indemnité de licenciement versée par la société (soit la somme de 36.329,10 euros).

La salariée conteste l'application de cette déduction en considérant que la violation des mesures protectrices de l'état de grossesse qui participent de la protection de l'état de santé et la violation du droit à une vie familiale normale constituent la violation de libertés fondamentales.

Suivant votre jurisprudence, lorsque le licenciement est nul en raison de la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution et que le salarié demande sa réintégration, son indemnisation est égale au montant des rémunérations qu'il aurait dû recevoir entre le moment de la rupture et celui de sa réintégration, lorsqu'il l'a demandée, sans déduction des revenus de remplacement qu'il aurait pu percevoir durant cette période.

Tel est le cas pour le salarié protégé licencié sans autorisation (Soc 11 décembre 2001 n° 99-42.476) le salarié licencié pour fait de grève (Soc 2 février 2006 n° 03-47.481 B.V n° 53), le salarié licencié en raison de ses activités syndicales (Soc 2 juin 2010 n° 08-43.277 et 08-43.369) ainsi que pour le salarié licencié en raison de l'état de santé (Soc 11 juillet 2012 n° 10-15.905 B.V n° 218; Soc 29 mai 2013 n° 11-28.734 B.V n° 136).

L'atteinte à ces libertés et droits fondamentaux qui sont garantis par les alinéas du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 justifie d'infliger une "peine privée" à l'employeur consistant à ne pas déduire des salaires qu'aurait perçus le salarié pendant la durée d'éviction les revenus de remplacement (allocations, salaires) qui auraient pu lui être versés pendant ce laps de temps .

En revanche, lorsque le licenciement même nul n'a pas été prononcé en violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution mais en raison, par exemple, d'irrégularités de procédure (art L 1235-10 et L.1235-11 CT) ou en vertu d'une autorisation administrative annulée par la suite, les revenus de remplacement servis durant la période d'éviction sont déduits des rémunérations que le salarié licencié aurait dû recevoir : la réparation de son préjudice est limitée au montant des salaires dont il a été privé (Soc 3 juillet 2003 n° 01-44.717, 01-44.718, 01-44.522, B. V n° 214; Soc 18 décembre 2013 n° 12-15.454, B.V, n° 309).

Vous avez aussi exclu la non-déduction des revenus de remplacement dans les cas d'un licenciement nul en raison d'un harcèlement moral (Soc 14 décembre 2016 n° 14-21.325) et récemment dans le cas d'un licenciement discriminatoire en raison de l'âge (Soc 15 novembre 2017 n° 16-14.281 BV n° 193) puisque, dans ces hypothèses, la nullité ne résulte pas de la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantis.

La doctrine a observé que vous aviez peut-être posé *“un jalon pour limiter l'expansion du concept de liberté fondamentale, qui est appelé à jouer un rôle stratégique en droit du licenciement. Pour s'affranchir du plafond institué par le barème d'indemnisation, l'une des rares options ouvertes désormais au salarié licencié consiste en effet à démontrer que la rupture est nulle ou prononcée en violation d'une liberté fondamentale, auquel cas il a droit (s'il ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou si la réintégration est impossible) à une indemnité au moins égale aux salaires des 6 derniers mois”*¹.

Mais on observera que le barème est aussi mis à l'écart lorsque le licenciement est nul par suite de faits de harcèlement moral ou sexuel, d'une discrimination, de l'exercice de son mandat par un salarié protégé, de la violation des dispositions relatives à la protection de la maternité, la paternité ou l'adoption entre autres (article L. 1235-3-1 du code du travail).

On précisera encore, à propos de l'arrêt du 15 novembre 2017 que, contrairement à une discrimination syndicale, le droit de grève ou le droit à la santé protégés par des textes constitutionnels, les différences de traitement fondées sur l'âge peuvent être justifiées par un objectif légitime et si les moyens de le réaliser sont appropriés et nécessaires ce qui confère à cette discrimination un caractère relatif².

Comme le souligne le mémoire ampliatif, vous établissez une forme de hiérarchie entre les discriminations justifiant la modulation de la réparation qui fait suite à la nullité d'un licenciement discriminatoire³ en fixant la ligne de partage selon que l'atteinte relève ou non d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution.

¹ JCP S n° 49, 12 décembre 2017, 1406 note J.-P. Lhernoud.

² F. Ducloz, F.Salomon, N.Sabotier *“Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation Chambre sociale”* Recueil Dalloz 2018, p. 190. Voir aussi sur l'arrêt du 15 novembre 2017, l'avis de R. Weissmann, avocat général référendaire.

³ N. Moizard *“ le principe de non-discrimination en raison de l'âge doit constituer une liberté fondamentale”* Dalloz Social 2018 p. 537.

Les distinctions que vous opérez sont particulièrement subtiles et excluent certains justiciables pourtant discriminés puisque la ligne de rupture que vous avez tracée, s'agissant des licenciements nuls en raison d'une discrimination, repose sur le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Constitution du 4 octobre 1958 qui n'avaient pu, cependant, prendre en considération des faits discriminants dont la prohibition n'a été affirmée que postérieurement. Ainsi par exemple, le principe de non-discrimination en raison de l'âge n'a pu être inscrit dans ces textes constitutionnels puisque, comme le rappelle un auteur⁴, le droit français l'ignorait jusqu'à l'adoption de la directive 2000/78 CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi.

Appliquer un régime différent de réparation selon que le licenciement est nul en raison par exemple, d'un harcèlement moral ou en raison de l'âge où vous admettez la déduction des revenus de remplacement et la nullité en raison de l'atteinte au statut de salarié protégé que vous réparez par une "indemnisation-sanction" est-il opportun?

Ne serait-il pas plus simple et plus protecteur pour les justiciables, comme le considère une partie de la doctrine⁵, de s'en tenir à un régime identique pour tous les motifs de discrimination visés par le code du travail listés à l'article L.1132-1 de ce code quand une telle atteinte à un droit ou une liberté fonde la rupture ?

L'argument fondé sur l'enrichissement sans cause du salarié pourrait alors justifier la suppression, pour toutes les nullités fondées sur un motif discriminatoire, de la règle de non-déduction des revenus de remplacement d'autant que l'article L.1235-4 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, impose au juge, même en cas de licenciement nul pour discrimination notamment, d'ordonner le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié (la règle n'est pas applicable aux salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté et dans les entreprises de moins de 11 salariés).

A l'inverse, et c'est la solution que je vous propose de retenir, vous pourriez décider d'appliquer la même règle de non-déduction des revenus de remplacement à toutes les nullités quand la rupture du contrat de travail repose sur un motif discriminatoire afin de sanctionner pour ces atteintes les plus graves, listées à l'article L.1132-1, le comportement fautif de l'employeur.

En l'espèce, le licenciement de la salarié a été annulé pour discrimination liée à son état de grossesse puis à sa situation familiale au retour de son congé de maternité. L'article L. 1132-1⁶ du code du travail prohibe toute forme de discrimination à raison,

⁴ RJS 2018 n° 20

⁵ N. Moizard op. cité et J.lcard Cah.soc. déc. 2017. 25

⁶ "Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation

notamment, de la grossesse et de la situation de famille et l'article L. 1132-4 du même code pose en principe que toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du chapitre consacré au principe de non discrimination est nul.

La protection de la femme enceinte est ainsi organisée par l'article L. 1225-4 du code du travail dans sa rédaction applicable à la cause antérieure à la loi du 8 août 2016 : pendant le temps de la grossesse, depuis son constat médical jusqu'au départ en congé de maternité puis durant les quatre semaines suivant l'issue de ce congé, l'employeur ne peut procéder au licenciement de la salariée que s'il est motivé par une faute grave de l'intéressée, non liée à son état de grossesse ou par l'impossibilité de maintenir le contrat de travail en raison d'une circonstance extérieure à l'état de la salariée. Est nul le licenciement qui ne répond pas à ces exigences.

Les articles L 1225-1 et L 1142-1 (3°) du même code complètent le dispositif en prohibant toute discrimination liée à l'état de grossesse relative à l'embauche, la rémunération, la classification ou la promotion d'une femme.

Dès lors que le texte sanctionne par la nullité le licenciement fondé sur l'état de grossesse ou la situation de famille, **vous pourriez, par un moyen de pur droit relevé d'office**, décider par une évolution de votre jurisprudence, que la non-déduction des revenus de remplacement devra s'appliquer dans le cas d'un licenciement nul fondé sur un ou des motifs discriminatoires précisés à l'article L. 1132-1 du code du travail, tenant, comme en l'espèce, à l'état de grossesse et la situation de famille, peu important que cette discrimination porte atteinte à un droit ou une liberté non garantis par la Constitution.

Si vous ne souhaitez pas vous orienter vers une telle évolution, il faut alors se poser la question de savoir si le principe de non-discrimination permet de ranger l'état de grossesse et la situation de famille, catégorie dont relève la maternité, au nombre des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle justifiant la non-déduction des revenus de remplacement perçus durant la période d'éviction par le salarié réintégré ?

1 . Par un arrêt du 30 septembre 2010, rendu en formation plénière, la chambre a répondu, **s'agissant de l'état de grossesse**, par la négative en décidant qu'une cour d'appel avait *"retenu à bon droit que l[a] salarié[e] dont le licenciement est nul [en*

ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français."

raison de son état de grossesse] et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de 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 [elle] a été privé[e]" (Soc 30 septembre 2010 n° 08-44.340), soit, après déduction des revenus de remplacement.

Vous avez ainsi confirmé le caractère très limité des exceptions à la règle imposant la déduction des revenus de remplacement qui ne s'appliquent que si la nullité du licenciement repose sur la violation d'un droit constitutionnel tels, par exemple, le droit de grève, la liberté syndicale ou le droit à protection de la santé, comme il a déjà été exposé.

Ainsi l'on relèvera, relativement à l'état de grossesse, que si l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 "*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection à la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*", il consacre, non pas un principe de non-discrimination en raison de la grossesse ou de la maternité mais le droit de la personne d'obtenir une prestation garantissant, notamment, son droit à la protection de sa santé. Le Conseil Constitutionnel a considéré que l'exigence constitutionnelle résultant de ces dispositions "*implique la mise en oeuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille ; qu'il est cependant loisible au législateur pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités d'aide aux familles qui lui paraissent appropriées*" (Décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997).

Les solutions ainsi dégagées sont applicables même si le principe de non-discrimination fondé sur des droits non garantis par la Constitution constitue un principe général du droit de l'Union européenne, aussi consacré par la charte des droits fondamentaux de l'Union (telle la non-discrimination en raison de l'âge comme rappelé plus haut) .

Vous avez ainsi tranché - par la négative - la question de savoir "*si la reconnaissance d'un droit fondamental en droit de l'Union ou d'un principe général du droit de l'Union entraîne ipso facto la reconnaissance d'une liberté fondamentale en droit constitutionnel français*"⁷

Cette solution doit être maintenue, y compris si vous deviez faire évoluer votre jurisprudence dans le sens que je vous ai suggéré plus haut, dans la mesure où, comme le souligne ce commentaire, "*l'on trouve parmi les principes généraux du droit de l'Union certains principes dont il n'est pas sûr que l'on soit disposé à en faire des principes constitutionnels français, comme par exemple la libre prestation des services ou de manière plus générale les libertés de circulation. Par ailleurs, l'article 17 de la directive du 27 novembre 2000 laisse aux Etats membres une certaine marge de*

⁷ Comm. Sous l'arrêt du 15 novembre 2017 n° 16-14.281 RJS 2018 n°20.

manoeuvre en ce qui concerne les régimes de sanctions et n'oblige pas à prévoir la non-déduction des revenus de remplacement en cas de nullité du licenciement".

2. Si vous rejetez le pourvoi incident de l'employeur pour les raisons exposées dans le rapport qui doivent, à mon sens, être suivies, il serait alors acquis que le licenciement de la salariée a aussi été annulé pour discrimination "**liée à sa situation familiale**", l'arrêt ayant notamment relevé une mise à l'écart de Mme R...M... à son retour de congé de maternité (p.8 de l'arrêt).

L'article L. 1132-1 du code du travail prohibe, parmi les mesures discriminatoires, celle fondée sur "*la situation de famille*" du salarié⁸.

L'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946 prévoit que "*La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*"

L'on soulignera, avec le mémoire ampliatif, que le Conseil Constitutionnel a reconnu, parmi les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle, le droit de mener une vie familiale normale en le fondant sur l'alinéa 10 du préambule de 1946 (Considérannts 69 et 70 de la Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 à l'occasion de l'examen de conformité de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France)⁹.

Dans ces conditions, la discrimination dont est résultée la nullité du licenciement de la salariée étant notamment fondée sur l'atteinte à un droit fondamental de valeur constitutionnelle, il n'y avait pas lieu de déduire de l'indemnité d'éviction les revenus de remplacement.

A titre principal, je conclus à la cassation de l'arrêt attaqué sur le moyen que je vous propose de relever d'office et à titre subsidiaire sur le second moyen du pourvoi principal.

⁸ Ainsi le fait d'imposer des interdictions à un salarié en raison de l'activité son conjoint qui avait créé une société concurrente constitue une sanction discriminatoire (Soc 10 février 1999 n° 96-42.998)

⁹ Décision n° 93-325 DC :

69. Considérant que le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" ;

70. Considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit

