



**RAPPORT DE Mme CAPITAINE,
CONSEILLÈRE**

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

**La publication du présent rapport est limitée à l'analyse du second moyen du
pourvoi incident de la salariée**

- Rappel des faits et de la procédure

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 (la société) par avenant du 1^{er} mai 2009. Elle a été licenciée le 26 novembre 2012, pour cause réelle et sérieuse motivée par une insuffisance professionnelle, un manquement à l'obligation de discrétion et un non-respect de ses obligations contractuelles. Estimant avoir été victime d'une discrimination, Mme R... M...a saisi la juridiction prud'homale le 15 février 2013 afin de voir prononcer la nullité de la rupture de son contrat de travail ainsi que sa réintégration.

Par jugement du 18 septembre 2015, le conseil de prud'hommes de Paris, statuant en formation de départage a prononcé l'annulation du licenciement, a ordonné la réintégration de la salariée et a condamné la société au paiement des salaires dûs depuis le 27 novembre 2012 jusqu'au jour de la réintégration ainsi que diverses sommes en compensation du préjudice moral lié aux faits de discrimination et au titre de l'article 700 du code de procédure civile, et a débouté la salariée de ses demandes en réparation du préjudice économique subi, calculé sur une rémunération mensuelle de 5.000 € ainsi que de sa demande de dommages et intérêts pour violation du plan d'action pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Après avoir été réintégrée dans l'entreprise le 4 janvier 2016, la salariée a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 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 dûs 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, 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 dûs pendant la même période, tels que fixés par la décision déférée, condamné l'employeur 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, à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice économique résultant de la discrimination, au titre du rappel de bonus dû pour l'année 2012, au titre de la prime d'ancienneté due de mars 2013 à décembre 2015, au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel, et ordonné à la société de délivrer à la salariée des bulletins de paie rectifiés pour la période de mars 2013 à décembre 2015 conformes au présent arrêt, mentionnant notamment sa qualification et classification exactes, sa date d'entrée dans l'entreprise ainsi que son ancienneté et ce, dans le délai de deux mois à compter de la notification de l'arrêt, la remise pouvant être effectuée sous la forme d'un bulletin récapitulatif établi par année.

- Analyse succincte du second moyen du pourvoi principal de la salariée

La salariée fait grief à l'arrêt dans **un second moyen** en trois branches de déduire des sommes dues par l'employeur au titre des rappels de salaire pour la période d'éviction les revenus de remplacement perçus ainsi que l'indemnité de licenciement versée, alors, selon le moyen :

1°) 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 ;

2°) 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 ;

3°) 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.

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

- Indemnité d'éviction et déduction des revenus de remplacement
- Le cas de la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental garanti par la Constitution : grossesse et situation familiale.

S'agit il d'un cas de nullité ouvrant droit à la déduction des revenus de remplacement perçus par le salarié entre la date de son licenciement et sa réintégration ?

- Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Le moyen pose la question de savoir si la discrimination fondée sur l'état de grossesse ou la situation familiale doit être considérée comme portant atteinte à une liberté ou d'un droit fondamental garanti par la Constitution.

La chambre juge qu'en présence d'une nullité du licenciement, le salarié peut, soit se prévaloir de la poursuite du contrat de travail et solliciter sa réintégration, soit se prévaloir de la rupture et obtenir des dommages-intérêts.

Le salarié dont le licenciement est nul 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 il a été privé (Soc., 3 juillet 2003, pourvoi n° 01-44.717, 01-44.718, 01-44.522, Bull. 2003, V, n° 214 ; Soc., 18 mars 2009, pourvoi n° 07-45.307 ; Soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-15.454, Bull. 2013, V, n° 309).

Le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-15.905, Bull. 2012, V, n° 218).

L'indemnisation diffère selon la raison pour laquelle le licenciement a été déclaré nul. Indépendamment de sa réintégration, le salarié victime d'un licenciement nul a subi un préjudice : le licenciement l'a exclu de l'entreprise et lui a fait perdre les salaires correspondant à la période d'éviction.

On peut classer le régime de l'indemnisation, selon que le salarié concerné appartient ou non à la catégorie des salariés dont le licenciement doit être autorisé par l'autorité administrative.

→ Pour les salariés licenciés sans autorisation, l'indemnité allouée au titre de la violation du statut protecteur n'est susceptible d'aucun abattement. Lorsque l'autorisation est annulée ultérieurement, l'article L. 2422-4 du code du travail, dont les dispositions s'étendent à tous les salariés dont le licenciement doit être autorisé, prévoit que lorsque l'annulation est devenue définitive, le salarié concerné a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice matériel subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, ce paiement

s'accompagnant du versement des cotisations afférentes à ladite indemnité, qui constitue un complément de salaire, mais il pourra être tenu compte des revenus de remplacement.

→ Pour les autres cas de nullité :

➤ lorsque la nullité ne résulte pas de la violation d'un droit ou d'une liberté de valeur constitutionnelle, les revenus de remplacement peuvent être déduits:

Soc., 3 juillet 2003, pourvoi n° 01-44.717, 01-44.718, 01-44.522, Bull. 2003, V, n° 214: relatif à un licenciement économique annulé en raison de l'insuffisance du plan social, Dans le même sens, Soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-15.454, Bull. 2013, V, n° 309. Même solution s'agissant d'un licenciement prononcé à l'égard d'un salarié pour avoir relaté des agissements répétés de harcèlement moral (Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 14-21.325, Bull. 2016, V, n° 248), ou encore en raison d'une discrimination fondée sur l'âge (Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.281, Bull. 2017, V, n° 193); libre choix du domicile en cas de mutation géographique n'a pas été reconnu comme portant atteinte à une liberté fondamentale (Soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-41.016, Bull. 2006, V, n° 126) ;

➤ lorsque la nullité résulte de la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental garanti par la Constitution, l'employeur n'est pas admis à déduire de l'indemnité les revenus que le salarié aurait pu percevoir à un titre quelconque pendant la période d'éviction. L'indemnité revêt un caractère de pénalité. Ainsi, à propos de salariés licenciés pour exercice du droit de grève (Soc., 2 février 2006, pourvoi n° 03-47.481, Bull. 2006, V, n° 53 ; Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-20.527, Bull. 2015, V, n° 236), en raison de son activité syndicale (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-43.277, 08-43.369 ; Soc., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-16.434, 13-16.805, Bull. 2014, V, n° 186), de son état de santé (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-15.905, Bull. 2012, V, n° 218 ; Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.734, Bull. 2013, V, n° 136), ou d'une atteinte au droit d'agir en justice (Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.122, publié). Le respect de l'intimité de sa vie privée qui implique en particulier le secret des correspondances a été reconnu comme liberté fondamentale (Soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, Bull. 2001, V, n° 291)

En l'espèce, les juges du fond ont considéré que la salariée avait été victime d'une discrimination liée à son état de grossesse, puis à sa situation familiale.

L'état de grossesse et la situation de famille sont des motifs de discrimination prohibés par l'article 1132-1 du code du travail. Le code du travail insiste sur la protection des femmes contre les discriminations liées à la grossesse (articles L.1142-1 et L.1225-1).

La maternité n'est pas expressément visée par les articles du code du travail protégeant contre les discriminations. Ceux-ci n'évoquent que la grossesse et la situation familiale. La maternité, de même que l'adoption ou la paternité, relèvent plutôt de la situation de famille.

Notre Chambre juge qu'un employeur ne peut refuser de promouvoir une salariée en raison d'un congé de maternité dès lors que la promotion a été envisagée (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-45.262, Bull. 2008, V, n° 249)

Tout licenciement prononcé à l'égard d'un salarié en raison de son état de santé est nul et qu'il caractérise une atteinte au droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie celui de la Constitution du 4 octobre 1958 (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-15.905, Bull. 2012, V, n° 218 ; Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.734, Bull. 2013, V, n° 136, précités).

Il convient de rappeler que l'arrêt du 11 juillet 2012, précité, concernait une salariée qui, après un arrêt de travail pour maladie, avait été déclarée apte à mi-temps thérapeutique par le médecin du travail à compter du 25 mai 2005 pour une durée d'un an, et avait été licenciée le 25 mars 2006 pour refus de venir travailler les lundis et de reprendre un poste à temps plein.

Cependant la discrimination en raison de l'état de santé ne se confond pas avec celle fondée sur la grossesse et la situation de famille.

Notre Chambre a déjà statué sur le cas d'une salariée enceinte en indiquant 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 (Soc., 17 février 2010, pourvoi n° 08-45.640, Bull. 2010, V, n° 42 ; Soc., 30 septembre 2010, pourvoi n° 08-44.340). Dans cette affaire, était posée la question de la déduction des revenus de remplacement pour une salariée dont le licenciement avait été prononcé alors qu'elle était enceinte.

S'agissant de la protection du droit à une vie familiale normale, le mémoire ampliatif cite plusieurs décisions se référant à l'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui énonce que la Nation « assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » :

- CE, 8 décembre 1978, n°10097 : les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale.

- CE 30 octobre 2001 n°238211 : *en ce qu'il a pour objet de préserver des ingérences excessives de l'autorité publique la liberté qu'a toute personne de vivre avec sa famille, le droit de mener une vie familiale normale constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.*

Il cite également l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale et la jurisprudence de la Cour de cassation, sachant que la Chambre sociale se réfère à l'article 8 de la CEDH en matière de clause de mobilité ou de modification du lieu de travail pour apprécier si la nouvelle affectation porte atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié.

L'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la Nation «garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs »

L'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que la Nation « assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

De l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 selon lequel la Nation «garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs », le Conseil d'État déduit que l'interdiction de licencier une femme enceinte constitue un « principe général du droit» (CE, 8 juin 1973, n°80232 : JCP G 1975, II, 17957, note Y. Saint-Jours). Dans cette optique, notre Chambre est particulièrement stricte dans l'appréciation de «l'impossibilité» requise (Soc., 14 décembre 2016, pourvoi n° 15-21.898, 15-22.474, Bull. 2016, V, n° 252 ; Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-15.333, Bull. 2016, V, n° 208 ; Soc., 31 janvier 2018, pourvoi n° 16-17.886, publié).

La CJUE considère que porte atteinte au droit individuel du parent au congé parental et à l'égalité de traitement fondée sur le sexe, une législation nationale qui prive un magistrat masculin du droit au congé parental dans la situation où son épouse ne travaille pas ou n'exerce pas une profession (CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-222/14).

Il appartiendra à la chambre, au vu de ces éléments, de se prononcer sur les mérites du moyen.