



RAPPORT DE Mme OTT, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 634 du 12 juin 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-13.975

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 26 janvier 2023

**Mme [Z] [T]
C/
SAS ESERVGLOBAL**

Rapport contenant propositions de rejet non spécialement motivé des 1^{er}, 2^e, 4^e moyens ainsi que du 5^e moyen, pris en sa 1^{ère} branche, et du 6^e moyen, pris en sa 2^e branche

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [T] a été engagée le 6 novembre 2008 en qualité de « Global HR Director », soit directrice des ressources humaines, par la société EservGlobal (la société). La relation de travail est soumise à la convention collective de la métallurgie du 13 mars 1972.

Le 4 avril 2014, après un arrêt de travail continu depuis le 18 novembre 2013, elle a repris son travail en mi-temps thérapeutique jusqu'à la reconnaissance de son invalidité en catégorie 1. Par avenant au contrat de travail du 1^{er} novembre 2017, la durée de travail de la salariée est passée d'un temps plein à un mi-temps moyennant une rémunération mensuelle brute de 7 000 euros.

Le 25 juillet 2019, la société suédoise Seamless distribution system AB est devenue l'actionnaire majoritaire de la société.

La salariée a été convoquée le 18 octobre 2019 à un entretien préalable en vue d'un licenciement, fixé au 29 octobre 2019, puis licenciée pour faute grave le 4 novembre 2019.

Le 25 novembre 2019, elle a saisi la juridiction prud'homale afin de contester son licenciement et de solliciter le paiement de diverses sommes salariales et indemnitaires.

Par jugement du 10 mars 2022, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt a dit que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, que le contrat de travail a été exécuté sans harcèlement moral et a fixé le salaire de référence à 7 170,53 €.

Il a en conséquence condamné la société à payer à la salariée les sommes de :

- 42 576 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés,
- 42 631,81 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,
- 45 000 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il a débouté la salariée du « solde de ses demandes », la société étant condamnée aux dépens et au paiement d'une somme au titre des frais irrépétibles.

Par arrêt du 26 janvier 2023, la cour d'appel de Versailles a :

- jugé que la salariée a renoncé en cause d'appel à sa demande de rémunération variable au titre de l'année 2019 et à sa demande autonome de dommages-intérêts au titre d'un harcèlement moral,
- déclaré irrecevable la demande nouvelle formée en cause d'appel par la salariée au titre de l'irrégularité de la procédure de licenciement,
- rejeté la fin de non-recevoir opposée par la société aux demandes de dommages-intérêts formées par la salariée portant sur le préjudice lié à la perte de la mutuelle et de la prévoyance sur la durée du préavis et à la perte de droits à la retraite,
- confirmé le jugement sauf en ce qu'il a condamné la société à payer à la salariée la somme de 42 631,81 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement et la somme de 45 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

Statuant de nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant,

- condamné la société à payer à la salariée les sommes de :

- 43 023,18 euros bruts à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,
- 71 700 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle

et sérieuse,

- débouté la salariée du surplus de sa demande formée à ce titre,
- condamné la société à remettre à la salariée les documents de fin de contrat et bulletins de paye rectifiés conformément au dispositif du présent arrêt,
- rejeté la demande de prononcé d'une astreinte,
- condamné la société aux dépens de l'instance d'appel, comprenant les frais de signification de la déclaration d'appel,
- condamné la société à payer à la salariée la somme de 2 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel,
- rejeté la demande formée par la société au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

DA : 28 mars 2023

MA : déposé et notifié le 24 juillet 2023. Dde Art. 700 CPC: 3 500 €

MD: déposé et notifié le lundi 25 septembre 2023. Dde Art. 700 CPC: 3 000 €

La procédure paraît régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi présente 6 moyens.

Premier moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de juger qu'elle avait renoncé en cause d'appel à sa demande de rémunération variable au titre de l'année 2019, alors « **que suivant l'article 910-4, alinéa 1er du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910 du même code, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond ; qu'en application de l'article 954 alinéas 1er et 3 du code de procédure civile, dans les procédures avec représentation obligatoire, les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties, les prétentions sont récapitulées sous forme de dispositif et la cour d'appel ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif ; qu'en énonçant, pour juger que Mme [T] avait renoncé en cause d'appel à sa demande de rémunération variable au titre de l'année 2019 qu' « elle a signifié des conclusions n°1 le 24 mai 2022, dans les délais requis, demandant à la cour d'infirmer le jugement du conseil de prud'hommes en ce qu'il l'a déboutée du solde de ses demandes et, statuant à nouveau, de condamner la société Eservglobal à lui payer notamment à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail et non-respect de l'obligation de sécurité, à titre principal la somme de 47 303,85 euros et à titre subsidiaire la somme de 35 634,40 euros » et que « le fait qu'une demande en paiement de la somme de 40 000 euros au titre de la rémunération variable de l'année 2019 figure en page 48 des conclusions de l'appelante ne permet pas à la cour de statuer dès lors que cette prétention n'est pas reprise dans le dispositif des conclusions » (cf. arrêt attaqué p. 6) cependant qu'il résultait de la lecture du dispositif des conclusions d'appel de Mme [T], signifiées le 24 mai 2022, qu'elle avait demandé « à titre principal, la somme de 40 000 euros et 4 000 euros de congés payés afférents, à titre d'indemnité de rappels de salaire correspondant à la part variable de la rémunération » (cf. conclusions d'appel n° 1 de l'exposante signifiées le 24 mai 2022, p. 53), la cour d'appel a violé les dispositions des articles 4, 910-4, alinéa 1er et 954 du code de procédure civile. »**

Deuxième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de juger qu'elle avait renoncé en cause d'appel à sa demande autonome de dommages et intérêts au titre du harcèlement moral, « **alors qu'il résulte des dispositions de l'article 954 du code de procédure civile que la cour d'appel n'est saisie que des prétentions énoncées au dispositif des conclusions d'appel des parties, peu important que le ou les moyens qui en sont le fondement n'aient pas été précisés dans le dispositif de leurs conclusions d'appel ; qu'en jugeant que Mme [T] avait renoncé en cause d'appel à sa demande autonome de dommages et intérêts au titre du harcèlement moral au motif que « dans ses premières conclusions d'appel signifiées le 24 mai 2022, elle expose en page 49 que son employeur a manqué à son obligation de sécurité lorsqu'elle a été victime de harcèlement moral. Elle demande en conséquence une indemnisation unique au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et de l'exécution déloyale et fautive du contrat de travail, soit la somme de 47 303,85 euros à titre principal et de 35 634,40 euros à titre subsidiaire, en reprenant ces demandes dans le dispositif de ses conclusions », cependant qu'il ressortait des écritures d'appel de l'exposante qu'elle avait fait le choix de regrouper les demandes de dommages intérêts pour harcèlement moral, manquement à l'obligation de sécurité et exécution fautive du contrat de travail (cf. conclusions d'appel n° 1 de l'exposante p. 49) et demandé, dans le dispositif de ses conclusions, la condamnation de l'employeur au paiement d'un montant de 47 303,85 euros à titre principal et**

de 35 634,40 euros à titre subsidiaire (cf. conclusions d'appel n° 1 de l'exposante p. 53), la cour d'appel a violé les dispositions des articles 4 et 954 du code de procédure civile. »

Troisième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable sa demande nouvelle formée en cause d'appel au titre de l'irrégularité de la procédure de licenciement, alors « que le juge ne peut écarter une demande au motif qu'elle est nouvelle sans avoir recherché, au besoin d'office, si elle n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la prétention originelle ; qu'en l'espèce, en énonçant, pour déclarer irrecevable la demande de Mme [T] tendant au paiement d'une indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement, fondée sur l'article L.1235-2 du code du travail, qu'« il ne s'agit pas d'une demande tendant aux mêmes fins que l'indemnisation du préjudice lié à la nullité du licenciement ni d'une demande accessoire aux prétentions soumises aux premiers juges mais d'une prétention nouvelle formée en cause d'appel, tendant à voir indemniser un nouveau préjudice, sur un fondement juridique différent » (arrêt p. 7), sans rechercher, comme elle y était tenue, si cette demande ne constituait pas le complément des prétentions originelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 564 à 567 du code de procédure civile. »

Quatrième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de dire que le contrat de travail avait été exécuté sans harcèlement et par conséquent de la débouter de ses demandes tendant à déclarer nul son licenciement, à lui allouer des dommages-intérêts pour licenciement nul et à obtenir des dommages-intérêts pour inexécution déloyale du contrat de travail, alors :

« 1° que saisis par le salarié de demandes tendant à la reconnaissance d'un harcèlement moral, il appartient aux juges du fond de se prononcer sur chaque fait allégué par le salarié, pris isolément, et de rechercher si ces faits, pris dans leur ensemble, ne permettent pas de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, si l'employeur prouve que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en l'espèce, Mme [T] faisait valoir qu'après le rachat de la société, elle « n'apparaissait plus dans l'organigramme de la société et que son poste de directrice des ressources humaines avait disparu, au profit de Mme [A] [I], qui se voyait confier la Direction des Finances et des Ressources Humaines (Finance & HR) » (cf. conclusions d'appel p. 19) ; qu'en ne recherchant pas si l'employeur justifiait par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement la mise à l'écart de la salariée, quand elle avait elle-même relevé que « quand bien même l'organigramme produit en pièce 9 par l'appelante n'est pas daté, il s'agit de toute évidence de l'organisation postérieure à l'acquisition de la société Eservglobal par la société Seamless et Mme [I] y figure en qualité de responsable du service "Finance & HR" alors qu'auparavant Mme [T] était responsable des RH », la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1, L. 1152-3 et L. 1154-1 du code du travail ;

2° que saisis par le salarié de demandes tendant à la reconnaissance d'un harcèlement moral, il appartient aux juges du fond de se prononcer sur chaque fait allégué par le salarié, pris isolément, et de rechercher si ces faits, pris dans leur ensemble, ne permettent pas de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, si l'employeur prouve que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en l'espèce, Mme [T] faisait valoir qu'elle avait subi une véritable modification unilatérale de son contrat de travail s'apparentant à une rétrogradation dans la mesure où la réorganisation avait vidé de sa substance le poste qu'elle occupait (cf. conclusions d'appel p. 19 et p. 21) ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce fait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 1152-1, L. 1152-3 et L. 1154-1 du code du travail ;

3°/ qu'encourt la nullité, le licenciement d'un salarié qui intervient peu de temps après que ce dernier ait dénoncé à l'employeur le harcèlement moral dont il faisait l'objet ; qu'en l'espèce, Mme [T] précisait que la rupture de son contrat de travail pour faute grave était intervenue peu de temps après l'envoi d'un courriel du 9 septembre 2019 dénonçant le harcèlement dont elle était victime (cf. conclusions d'appel p. 24) ; qu'en considérant qu'il n'était pas prouvé que c'était la dénonciation de faits supposés de harcèlement moral qui avait motivé le licenciement de Mme [T] sans rechercher, comme elle y était invitée, si la concomitance de la dénonciation des faits de harcèlement moral avec l'envoi de la lettre de convocation à un entretien préalable ne caractérisait pas le lien de causalité entre la dénonciation des faits de harcèlement et le licenciement prononcé pour faute grave par l'employeur, la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1, L. 1152-3 et L. 1154-1 du code du travail. »

Cinquième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de dommages-intérêts au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, alors :

« 1°/ que l'obligation de prévention des risques professionnels et du harcèlement moral est distincte de la prohibition des agissements de harcèlement moral instituée par l'article L. 1152-1 du code du travail et ne se confond pas avec elle ; qu'en l'espèce, en relevant, pour conclure que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de sécurité, qu'« en l'espèce, il n'a pas été retenu que Mme [T] a été victime de pressions, brimades injustifiées et comportements humiliants de la part de Mme [I] s'apparentant à du harcèlement moral » (arrêt p. 11), la cour d'appel a violé les articles L. 1152-4, L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail ;

2°/ que manque à son obligation de sécurité, l'employeur qui ne prend aucune mesure et n'ordonne aucune enquête interne après dénonciation par un salarié d'agissements constitutifs d'un harcèlement moral, peu important que ces agissements soient établis ou non ; qu'en l'espèce, Mme [T] soutenait que « l'employeur n'a pris aucune mesure de nature à préserver la santé et la sécurité de Mme [T]. Il n'a pas non plus déclenché d'enquête afin de déterminer si les faits invoqués par l'appelante permettaient de caractériser une situation de harcèlement moral » (cf. conclusions d'appel p. 24) ; qu'en déboutant Mme [T] de ses demandes au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité au motif que « Lorsque Mme [T] a fait appel à M. [J] au sujet des différends qui l'opposaient à Mme [I], ce dernier a pris position sur le sujet. Lorsqu'elle a demandé des éclaircissements sur son positionnement dans la nouvelle organisation le 16 août 2019, elle a obtenu une réponse de M. [O] le 19 août » (cf. arrêt attaqué p. 11 § 6), quand il appartenait à l'employeur d'ordonner une enquête interne après dénonciation par la salariée d'agissements constitutifs d'un harcèlement moral, la cour d'appel a violé les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail. »

Sixième moyen :

La salariée fait grief à l'arrêt de fixer le montant du salaire de référence à la somme de 7 170,53 euros et par conséquent de limiter le montant des condamnations prononcées aux sommes de 42 576 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 4 257,60 euros à titre de congés payés afférents au préavis, 43 023,18 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement et 71 700 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, alors :

« 1°/ que le mi-temps thérapeutique étant un temps partiel imposé par le médecin du travail au regard de l'état de santé du salarié, le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul des indemnités de rupture est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant le mi-

temps thérapeutique, sauf à discriminer le salarié en raison de son état de santé ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a jugé qu'« avant la suspension de son contrat de travail pour maladie en septembre 2019, le contrat de travail de Mme [T] n'était (...) pas suspendu et elle exerçait depuis une longue durée ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique, qui n'avait pas été imposé par son employeur, sans lien avec sa condition de femme » et qu'« il convient en conséquence de retenir comme salaire de référence la moyenne des trois ou douze derniers mois ayant précédé son arrêt de travail, soit la somme de 7 170,53 euros bruts mensuels au regard des fiches de paye produites concernant la période de septembre 2018 à août 2019 » (arrêt p. 20) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 du code du travail dans sa rédaction applicable en la cause ;

2°/ que sont prohibées les discriminations en raison du sexe, qu'elles soient directes ou indirectes ; qu'en l'espèce, Mme [T] avait fait valoir que dès lors que « la très nette surreprésentation des femmes parmi les bénéficiaires des mi-temps thérapeutiques ne fait pas de doute, ce dispositif étant notamment utilisé pour les salariées revenant d'un congé de maternité » et que « par conséquent, la prise en compte dans le calcul de l'indemnité de licenciement de la base d'une rémunération réduite perçue par le salarié qui bénéficie d'un mi-temps thérapeutique reviendrait à instaurer indirectement une différence de traitement entre les salariés féminins et masculins pour le calcul de ces droits à prestation résultant du licenciement, dans la mesure où les bénéficiaires de ce dispositif sont très majoritairement des femmes » (conclusions d'appel, p. 47) ; qu'en jugeant qu'« avant la suspension de son contrat de travail pour maladie en septembre 2019, le contrat de travail de Mme [T] n'était donc pas suspendu et elle exerçait depuis une longue durée ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique, qui n'avait pas été imposé par son employeur, sans lien avec sa condition de femme », de sorte qu'« il convient en conséquence de retenir comme salaire de référence la moyenne des trois ou douze derniers mois ayant précédé son arrêt de travail, soit la somme de 7 170,53 euros bruts mensuels au regard des fiches de paye produites concernant la période de septembre 2018 à août 2019 » (cf. arrêt attaqué p. 20), la cour d'appel, qui n'a pas recherché si le calcul du salaire de référence au regard de celui perçu pendant le mi-temps thérapeutique, ne créait pas une discrimination indirecte en raison du sexe, s'étant contentée de vérifier si la salariée n'avait pas subi une discrimination directe en raison du sexe, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 3123-5, alinéa 5, du code du travail et 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

3°/ que suivant l'article L. 3123-5 du code du travail, lorsqu'un salarié a été occupé successivement à temps plein puis à temps partiel dans l'entreprise, l'indemnité de licenciement se calcule proportionnellement aux périodes d'emploi à temps plein et à temps partiel ; qu'en décidant qu'il convenait de retenir comme salaire de référence la moyenne des trois ou douze derniers mois ayant précédé son arrêt de travail, soit la somme de 7 170,53 euros bruts mensuels au regard des fiches de paye produites concernant la période de septembre 2018 à août 2019, par confirmation de la décision de première instance, quand elle avait constaté que Mme [T] salariée avait été occupée successivement à temps plein puis à temps partiel dans l'entreprise (cf. arrêt attaqué p. 2), la cour d'appel a violé l'article L. 3123-5 du code du travail. »

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

Recevabilité en appel d'une demande nouvelle : accessoire ou complément nécessaire des prétentions soumises aux premiers juges (art. 566 code de procédure civile) : 3^e moyen

Obligation de sécurité/ prévention du harcèlement moral : l'employeur a-t-il l'obligation de procéder à une enquête interne en cas de plainte d'un salarié pour harcèlement moral ? : 5^e moyen

Détermination du salaire de référence d'un salarié travaillant en mi-temps thérapeutique; discrimination en raison de l'état de santé (1^{ère} branche) : 6^e moyen

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Propositions de rejet non spécialement motivé des 1^{er}, 2^e et 4^e moyens

4-1-1 Renonciation à certains chef de demande à hauteur d'appel : 1^{er} et 2^e moyens

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 910-4 du code de procédure civile¹, dans sa rédaction issue du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019, à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond. L'irrecevabilité peut également être invoquée par la partie contre laquelle sont formées des prétentions ultérieures.

Ces dispositions, applicables à compter du 1^{er} janvier 2020 aux instances en cours à cette date, qui consacrent le principe de concentration des prétentions, s'appliquent au cas d'espèce, la cour d'appel ayant été saisie par déclaration d'appel du 13 avril 2022.

Par ailleurs, selon l'article 954 du code de procédure civile, 3^e alinéa, dans sa rédaction issue du décret n°2017-891 du 6 mai 2017, la cour d'appel ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion.

En application de ces dispositions combinées, la 2^e chambre civile juge que le respect des diligences imparties par l'article 910-4 du code de procédure civile s'apprécie en considération des prescriptions de l'article 954 du même code (2e Civ., 2 février 2023, pourvoi n° 21-18.382, publié).

Il convient donc, au cas présent, de se référer aux premières conclusions de la salariée prises dans le délai de l'article 910-4, soit ses conclusions signifiées le 24 mai 2022 ainsi que le rappelle l'arrêt (p.6) après avoir énoncé que « *la déclaration d'appel de Mme [T] contient une demande d'infirmité de la décision de première instance notamment en ce qu'elle l'a déboutée du solde de ses demandes, comprenant entre autres une demande de condamnation de la société EServGlobal à lui payer les sommes de 50 000 euros en réparation du préjudice subi du fait du harcèlement moral, de 30 000 euros à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail et non-respect de l'obligation de sécurité et de 40 000 euros au titre de la part variable 2019.* »

¹ Ce texte est désormais abrogé par décret n°2023-1391 du 29 décembre 2023

4-1-1-1 la demande au titre de la rémunération variable : 1^{er} moyen et propositions de rejet non spécialement motivé

Pour dire que la salariée a renoncé en cause d'appel à sa demande de rémunération variable au titre de l'année 2019, l'arrêt énonce (p.5) que « *(la salariée) a signifié des conclusions n°1 le 24 mai 2022, dans les délais requis, demandant à la cour d'infirmier le jugement du conseil de prud'hommes en ce qu'il l'a déboutée du solde de ses demandes et, statuant à nouveau, de condamner la société EservGlobal à lui payer notamment à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail et non-respect de l'obligation de sécurité, à titre principal la somme de 47 303,85 euros et à titre subsidiaire la somme de 35 634,40 euros. **Le fait qu'une demande en paiement de la somme de 40 000 euros au titre de la rémunération variable de l'année 2019 figure en page 48 des conclusions de l'appelante ne permet pas à la cour de statuer dès lors que cette prétention n'est pas reprise dans le dispositif des conclusions. Il convient en conséquence de juger que (la salariée) a renoncé en cause d'appel à sa demande de rémunération variable pour l'année 2019.** »*

Or force est de constater que les conclusions n°1 de la salarié, produites par la demanderesse au pourvoi (production n°5 du mémoire ampliatif) ne correspondent pas à celles produites en annexe du mémoire en défense de l'employeur.

Si les conclusions de 58 pages en production n°5 du mémoire ampliatif comportent bien au dispositif (p.52 à 54) le passage suivant (bas p.53 et haut p.54) :

« EN TOUT ETAT DE CAUSE,

- JUGER que l'employeur n'avait pas défini les objectifs individuels de (la salariée) pour l'année 2019 ;
- CONDAMNER la société ESERVGLOBAL à payer à (la salariée) :
 - A titre principal, la somme de 40.000 € et 4.000 € de congés payés afférents, à titre d'indemnité de rappels de salaire correspondant à la part variable de la rémunération ;
 - A titre subsidiaire, la somme de 36.666,70 € et 3.667 € de congés payés afférents. 71.268,72 € (soit 6 mois), à titre d'indemnité de rappels de salaire correspondant à la part variable de la rémunération ; »,

les conclusions n°1 de 56 pages figurant en production n°1 du mémoire en défense, accompagnées en production n°2 du message RPVA d'accompagnement, ne comportent pas au dispositif (p.51 à 53) ce même passage et il n'y est présentée aucune demande au titre de la rémunération variable, et ce même s'il est annoncé dans le plan indiqué en page 2 une partie intitulée « 3.4.2 Sur le rappel de salaire au titre de la rémunération variable 46 » et traitée ensuite dans le corps des conclusions en page 46 à 48. Les conclusions n°1 de la salariée, présentées comme rectificatives, en production n°3 du mémoire en défense, si elles comportent cette fois 58 pages, ne comportent pas davantage au dispositif (p.52 à 54) de chef de prétentions quant à la rémunération variable.

A cet égard, le mémoire en défense observe que le document produit en annexe du mémoire ampliatif « est parfaitement exempt de toute mentions et de toute preuve permettant d'établir qu'il a bien été produit, transmis à la cour d'appel et figurant matériellement à son dossier. Rien ne prouve que le document produit à l'appui du pourvoi a été matériellement remis à la cour d'appel et qu'il s'agit bien de celui qui l'a saisi. Au contraire, (la société) n'a reçu communication que d'un premier jeu de conclusions n°1 et d'un jeu de conclusions n°1 rectificatif (V. prod.), dont les dispositifs ne comportent aucune mention du chef de dispositif litigieux et ne traitent de la rémunération variable que dans leurs motifs (V. prod.). Mais elle n'a jamais été destinataire d'un exemplaire de conclusions conforme à celui produit aujourd'hui devant la Cour de cassation...Il est tout de même très troublant de constater que l'exposante, qui a soulevé le moyen de renonciation, et la cour d'appel qui l'a accueilli se soient aussi lourdement trompé à la lecture d'un simple dispositif. »

Il convient donc de retenir les conclusions n°1 de la salariée, produites en annexe du mémoire en défense, qui seules sont accompagnées d'une justification de leur notification dans le délai d'un mois rappelé par la cour d'appel. Dès lors, en se référant à ces conclusions signifiées le 24 mai 2022 dans le délai de l'article 910-4 du code de procédure civile, la cour d'appel, qui a constaté que le dispositif de celles-ci ne comportait aucun chef de prétention au titre de la rémunération variable, en a exactement déduit l'irrecevabilité en décidant que la salariée avait renoncé en cause d'appel à sa demande au titre de la rémunération variable de l'année 2019.

Le 1^{er} moyen n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation peut faire l'objet d'une proposition de rejet non spécialement motivé.

4-1-1-2 la demande au titre de la demande autonome de dommages-intérêts pour harcèlement moral : 2^e moyen et propositions de rejet non spécialement motivé

Pour dire que la salariée a renoncé en cause d'appel à sa demande **autonome** de dommages-intérêts au titre d'un harcèlement moral, l'arrêt énonce (p. 6 et 7) que « *(la salariée) avait demandé en première instance des dommages et intérêts pour harcèlement moral distincts de sa demande de dommages et intérêts pour exécution fautive du contrat et manquement de la société à son obligation de loyauté. Dans ses premières conclusions d'appel signifiées le 24 mai 2022, elle expose en page 49 que son employeur a manqué à son obligation de sécurité lorsqu'elle a été victime de harcèlement moral. Elle demande en conséquence **une indemnisation unique au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et de l'exécution déloyale** et fautive du contrat de travail, soit la somme de 47 303,85 euros à titre principal et de 35 634,40 euros à titre subsidiaire, en reprenant ces demandes dans le dispositif de ses conclusions. **Il convient en conséquence de juger que Mme [T] a renoncé en cause d'appel à sa demande autonome de dommages et intérêts au titre d'un harcèlement moral.** »*

Quel que soit ici l'exemplaire des conclusions d'appel pris des productions, leur dispositif comporte le chef de prétentions suivant :

« *CONDAMNER la société ESERVGLOBAL à payer à (la salariée) :*

- *A titre principal, de 47.303,85 € à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail et non-respect de l'obligation de sécurité ;*

- *A titre subsidiaire, de 35.634,40 € à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail et non-respect de l'obligation de sécurité ; ».*

En revanche, le dispositif ne comporte pas de chef de prétentions distinctes formulant une demande distincte, ou autonome comme dit par la cour d'appel, en dommages-intérêts au titre seulement du harcèlement moral qui se trouve englobé dans l'exécution déloyale et fautive du contrat de travail sur laquelle la cour d'appel a par ailleurs statué, déboutant la salariée de ce chef de demande.

Dès lors, la cour d'appel, qui a constaté que, dans le délai de l'article 910-4 du code de procédure civile, les conclusions d'appel de la salariée ne formulaient dans leur dispositif aucun chef de prétention distinct en dommages-intérêts pour harcèlement moral, en a exactement déduit l'irrecevabilité en décidant que la salariée avait renoncé en cause d'appel à sa demande autonome de dommages-intérêts au titre d'un harcèlement moral.

Le 2^e moyen n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation peut faire l'objet d'une proposition de rejet non spécialement motivé.

4-1-2 le harcèlement moral : 4^e moyen et propositions de rejet non spécialement motivé

4-1-2-1_Les 1^{ère} et 2^e branches ne sont pas fondées : elles ne tendent qu'à remettre en cause devant notre chambre l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments justificatifs opposés par l'employeur.

L'article L.1154-1 du code du travail pose des règles probatoires spécifiques en matière de harcèlement moral, le salarié dans un premier temps présentant des faits, pris dans leur ensemble, laissant supposer l'existence d'un harcèlement et l'employeur devant ensuite prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Par l'arrêt P+B+R+I du 8 juin 2016 (Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 14-13.418, Bull.2016, V, n° 128), notre Cour reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain pour apprécier les éléments constitutifs d'un harcèlement moral, sous réserve de respecter le mécanisme probatoire résultant de l'article L.1154-1 du code du travail. Elle a ainsi fixé la nature et l'étendue de son contrôle par une jurisprudence depuis reprise et confirmée.

Les juges du fond sont souverains pour apprécier si le salarié présente des faits, qui pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'un harcèlement moral et également pour apprécier les éléments produits par l'employeur au titre de la justification objective de la situation dénoncée, sous réserve de motifs inopérants ou impropres (par ex: Soc., 24 novembre 2021, pourvoi n° 19-25.145). Pour ce faire, ils ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'ils écartent.

Ainsi, la chambre sociale rejette les pourvois qui ne tendent qu'à remettre en cause ce pouvoir souverain dévolu aux juges du fond (voir par exemple Soc., 15 janvier 2020, pourvoi n° 18-19.083 ; Soc., 26 février 2020, pourvoi n° 18-17.804, 19-10.172 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-20.098 ; Soc., 10 février 2021, pourvoi n° 19-13.454 ; Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-24.541 ; Soc., 18 janvier 2023, pourvoi n° 21-22.141; Soc., 1 juin 2023, pourvoi n° 22-11.679).

Au cas présent, la cour d'appel a examiné les faits invoqués par la salariée au titre du harcèlement moral (arrêt, p.8 à 10) et, appréciant souverainement les éléments produits, a estimé que seul le refus de communiquer à la salariée le mot de passe permettant d'accéder au logiciel de paie n'était pas établi, précisant (p.10) que « *Sont ainsi matériellement établis des faits qui, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral.* » Elle a ensuite examiné les éléments justificatifs opposés par l'employeur (arrêt p.10) et, au terme de son appréciation souveraine de ceux-ci, elle a estimé qu'il y n'y avait pas de harcèlement moral de sorte qu'elle a « *confirmé en ce qu'il a dit que le contrat de travail a été exécuté sans harcèlement* »(p.11).

Alors que parmi les éléments laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral elle avait retenu notamment « *l'annulation de toutes les délégations de pouvoir dont (la salariée) disposait, la privant de toute responsabilité* » (p.8) et « *la disparition du poste (de la salariée) dans l'organigramme au profit de Mme H. qui se voyait confier la direction des finances et des ressources humaines* » (p.9), la cour d'appel a retenu (arrêt, p.10) que :

« - suite à la modification de la situation juridique de l'employeur due au rachat, la nouvelle direction a mis fin aux délégations de pouvoirs en place et a prévu une délégation unique au profit du directeur général, M. [J]. **Il est justifié qu'à la suite du rachat de la société EServGlobal par le groupe Seamless, une délégation de signature et de pouvoirs a été accordée à M. D.** le 26

juin 2019 (pièce 44 de la société EServGlobal) et il ressort du courrier susvisé adressé le 25 juillet 2019 à (la salariée) que **toutes les délégations de pouvoirs ont été annulées à partir du 25 juillet 2019 et non pas seulement celles dont bénéficiait (la salariée).**

- *l'organigramme sur lequel s'appuie (la salariée), d'origine inconnue, n'est pas daté et quoi qu'il en soit, il ne fait que matérialiser le rapprochement des missions RH d'autres services de la société eu égard au désintéressement total de (la salariée) pour ses fonctions et responsabilités et leur transfert de sa propre initiative vers d'autres de ses collègues de travail. Quand bien même l'organigramme produit en pièce 9 par l'appelante n'est pas daté, il s'agit de toute évidence de l'organisation postérieure à l'acquisition de la société EServGlobal par la société Seamless et Mme H. y figure en qualité de responsable du service "Finance & HR" alors qu'auparavant (la salariée) était responsable des RH.* L'employeur produit des échanges de courriels montrant qu'à la suite du départ de la société de Mme Q. "international HR manager", afin d'éviter un recrutement et une formation, Mme H. a accepté de reprendre avec son équipe les tâches administratives des RH et un apprenti, (courriels de la salariée du 11 juin 2019 pièces 7, 7 bis, 9 et 9 bis de l'intimée). C'est en application du tableau de répartition des tâches par zone géographique, Mme H. s'occupant de l'administration des RH et du CSE pour les zones France et Inde (pièce 9 bis de l'intimée) que Mme H. était légitime à signer le certificat de travail d'une salariée et à dialoguer directement avec les membres du CSE. Il ressort des courriels versés au débat que le 14 août 2019 (la salariée) a exprimé à Mme H. le malaise grandissant que lui causait le comportement de cette dernière, estimant qu'elle prenait des initiatives sans son accord alors qu'elle travaillait auparavant en concertation avec Mme Q.. Mme H. lui a répondu qu'elle agissait dans le cadre de la délégation présentée dans le tableau (pièces 14 et 15 de l'appelante). M. D. a confirmé par courriel du 16 août 2019 que les pouvoirs de la compagnie avaient changé et que Mme H. lui rapportait directement (pièce 16 bis de l'appelante), ce que M. E. a validé le 19 août 2019 en précisant que (la salariée) conservait toutefois son rôle (pièce 18 bis de l'appelante). **Les interventions professionnelles de Mme H. s'inscrivent donc dans le cadre de la nouvelle organisation mise en place par la société.** »

Il ressort de ces motifs que la cour d'appel, dans son appréciation souveraine des éléments de preuve et de fait, exerçant les pouvoirs les pouvoirs tenus de l'article L.1154-1 du code du travail, a déduit tant l'existence de faits précis laissant supposer l'existence d'un harcèlement que l'absence de justification par l'employeur d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement moral.

Sous le couvert des griefs de violation de la loi (1^{ère} branche), en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'employeur justifiait par des éléments objectifs à tout harcèlement la mise à l'écart de la salariée, et de manque de base légale (2^e branche), en reprochant à la cour d'appel de ne pas s'être expliquée sur la modification unilatérale du contrat de travail, invoquée par la salariée, s'apparentant à une rétrogradation dans la mesure où la réorganisation vidait son poste de sa substance, les 1^{ère} et 2^e branches du 4^e moyen ne font que remettre en discussion devant notre Cour cette appréciation souveraine.

4-1-2-2 **La 3^e branche**, qui critique le rejet de la demande en nullité du licenciement, **manque par le fait qui lui sert de base, la cour d'appel ayant procédé à la recherche prétendument omise, et en outre ne fait que critiquer l'appréciation des juges du fond qui ont estimé qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la dénonciation de faits de harcèlement moral et le licenciement.**

Selon l'article L.1152-2 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés, sous peine de nullité de la mesure prise (article L. 1152-3). Il en résulte que le licenciement d'un salarié victime de harcèlement moral est nul dès lors que ce licenciement présente un lien de causalité avec des faits de harcèlement.

Ainsi, selon la jurisprudence constante de la chambre, « *Il résulte des articles L. 1152-2 et L.1152-3 du code du travail que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis et n'est constituée que lorsqu'il est établi que l'intéressé savait que les faits dénoncés étaient faux.* » : notamment, Soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-18.035, Bull. 2012, V, n° 55 ; Soc., 10 juin 2015, pourvoi n° 13-25.554, Bull. 2015, V, n° 115.

Au cas présent, il est cependant constant que la lettre de licenciement du 4 novembre 2019 pour faute grave n'impute pas à la salariée la dénonciation d'un harcèlement moral comme grief de licenciement et il n'est argué d'aucune dénaturation de cette lettre.

La salariée se prévalait de la nullité du licenciement, en raison non pas de l'effet contaminant de l'énonciation dans la lettre de licenciement d'une dénonciation par la salariée de ce qu'elle subissait d'un harcèlement moral, mais en raison du lien, notamment chronologique, entre le harcèlement moral dont elle se plaignait et l'engagement de la procédure de licenciement disciplinaire et ce en mettant en avant la concomitance entre un courriel du 9 septembre 2019 dénonçant un harcèlement et sa convocation à l'entretien préalable au licenciement.

En effet, dans ses dernières conclusions (conclusions d'appelant n°3 en prod. n°3 du mémoire ampliatif, p.24), la salariée soutenait la nullité de son licenciement en faisant valoir que « *Quelques jours à peine après avoir dénoncé une situation de harcèlement moral, Madame [T] recevait une convocation à un entretien préalable au licenciement. Contrairement à ce qu'a jugé le Conseil de prud'hommes, la chronologie des événements est édifiante : la procédure de licenciement engagée par la société ESERVGLOBAL fait suite aux multiples alertes émises par Madame [T] quant à la modification unilatérale de son contrat de travail, à sa mise à l'écart, à la dégradation consécutive de ses conditions de travail et au harcèlement moral subi.* » et invoquait notamment un incident du 9 septembre 2019 au titre du harcèlement moral qu'elle dénonçait, étant rappelé qu'elle a été convoquée le 18 octobre 2019 à un entretien préalable en vue d'un licenciement.

Pour rejeter la demande en nullité du licenciement, après les motifs précédemment rappelés ayant conduit la cour d'appel à écarter l'existence de tout harcèlement moral, celle-ci a énoncé (arrêt, p.10) que « *Il n'est pas davantage prouvé que c'est la dénonciation de faits supposés de harcèlement moral qui a motivé le licenciement de (la salariée).* » Elle a par ailleurs, au terme de son examen des différents griefs imputés à la salariée comme motifs du licenciement pour faute grave, retenu (arrêt, p. 19) que « *les griefs contenus dans la lettre de licenciement étant soit prescrits soit non établis, le licenciement de (la salariée) ne peut valablement être fondé sur une faute grave et il convient de confirmer la décision de*

première instance en ce qu'elle a dit que le licenciement de (la salariée) est sans cause réelle et sérieuse. »

Or, selon la jurisprudence de notre chambre, la nullité du licenciement n'étant encourue que si un lien est établi entre le harcèlement moral subi et le licenciement, il appartient aux juges de procéder à cette recherche dès lors que le grief de la dénonciation d'un harcèlement moral ne ressort pas directement de la lettre de licenciement.

C'est ainsi que par exemple, notre chambre juge :

Soc., 24 juin 2020, pourvoi n° 19-12.403 :

6. La cour d'appel, après avoir constaté que la lettre de licenciement était motivée par les absences de la salariée, prolongées à plusieurs reprises, et nécessitant son remplacement définitif par un salarié en contrat à durée indéterminée, **a estimé**, sans inverser la charge de la preuve, qu'il n'y avait pas de lien entre la dénonciation par la salariée d'agissement de harcèlement moral et son licenciement.

Voir également, Soc., 22 mars 2023, pourvoi n° 22-10.556.

Il résulte des motifs précédemment cités de l'arrêt que c'est parce qu'elle a recherché s'il y avait un lien de causalité entre la dénonciation de faits de harcèlement moral et la procédure de licenciement au regard notamment de la chronologie et de la concomitance invoquées par la salariée que la cour d'appel a conclu à l'absence d'un tel lien de causalité, de sorte que c'est sans encourir le grief de la 3^e branche qu'elle a rejeté la demande en nullité du licenciement.

Le 4e moyen n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation peut faire l'objet d'une proposition de rejet non spécialement motivé.

4-2 Recevabilité des demandes nouvelles en appel : le 3^e moyen

4-2-1 Depuis le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 ayant modifié l'article R1461-2 du code du travail, l'appel, porté devant la chambre sociale de la cour d'appel, est formé, instruit et jugé suivant la procédure avec représentation obligatoire, ces dispositions étant applicables aux appels formés postérieurement au 1^{er} août 2016.

Par ce même décret, la règle de l'unicité d'instance, résultant de l'article R-1452-7 du code du travail selon lequel les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail étaient recevables même en appel, a été abrogée.

Sont donc applicables désormais en appel devant la chambre sociale d'une cour d'appel les dispositions du code de procédure civile selon lesquelles les demandes nouvelles ne sont recevables que dans certains cas précisés par les articles 564 à 567, par exception à un principe d'irrecevabilité des demandes nouvelles. L'irrecevabilité concerne les prétentions nouvelles et non les moyens nouveaux invoqués en appel au soutien des prétentions qui avaient déjà été soumises aux premiers juges.

article 564 :

A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.

article 565 :

Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent.

article 566 :

Les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire.

Cette rédaction résulte du décret n°2017-891 du 6 mai 2017, qui a complété la formulation antérieure en ajoutant « nécessaire » après « le complément » et a supprimé la référence aux « prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge » lesquelles pouvaient être explicitées en appel par les parties dans la rédaction antérieure.²

article 567 :

Les demandes reconventionnelles sont également recevables en appel.

Soulignant que la modification rédactionnelle de l'article 566 par le décret du 6 mai 2017 avec l'ajout du terme « nécessaire » « pourrait être l'occasion d'entendre plus strictement la recevabilité des demandes nouvelles », Nicolas Gerbay au Jurisclasseur procédure civile, Fasc. 900-95 (point 62) écrit :

« "§ 70 Il est, en revanche, plus délicat d'apprécier la réalité du lien suffisant qui doit unir la demande qui est présentée comme " complément " des demandes ou des défenses soumises au premier juge.

§ 71 La " complémentarité ", à l'inverse de la connexité, n'est pas une notion connue du droit processuel ; une demande simplement complémentaire peut donc ne présenter qu'un rapport assez distendu avec la demande principale à laquelle elle s'ajoute. C'est la raison pour laquelle le critère de la recevabilité d'une telle demande doit être dégagé en partant de la considération, déjà faite, et selon laquelle l'unité du litige ne doit pas être compromise (V. n° 31 et 34). De la sorte, on peut dire qu'une demande complémentaire est finalement une demande qui tend aux mêmes fins que la demande originaire, qui se trouvait déjà " en germe " dans cette demande et y était donc virtuellement comprise.

§ 72 On constate donc, en définitive, une remarquable convergence des différentes notions de " complémentarité " et de " fins de la demande " auxquelles se réfèrent les articles 565 et 566 du Code de procédure civile . Il en résulte cette conséquence que ces textes sont, en général, simultanément invoqués dans les conclusions d'appel à l'effet de justifier la recevabilité des prétentions " nouvelles " soumises à la cour, pratique qui entraîne évidemment une altération de chacune des notions ci-dessus évoquées au bénéfice d'une conception que l'on peut qualifier " d'impressionniste " de la notion de prétention nouvelle. »

4-2-2 Au cas présent, la cour d'appel a déclaré irrecevable la demande nouvelle formée en appel par la salariée au titre de l'irrégularité de la procédure de licenciement.

Pour ce faire, elle a énoncé les motifs suivants (arrêt, p.7) : *« en première instance, (la salariée) a demandé qu'il soit dit à titre principal que son licenciement est nul dès lors qu'elle a subi des faits de harcèlement moral, en sollicitant paiement de la somme de 189 235 euros correspondant à 12 mois de salaire à titre de dommages et intérêts. En cause d'appel, elle réévalue sa demande de réparation du préjudice subi du fait de la nullité de son licenciement à la somme de 567 464,20 euros correspondant à 36 mois de salaire et ajoute une demande d'indemnité d'un montant de 15 767,95 euros correspondant à un mois de salaire au titre de*

²Les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément.

*l'irrégularité de la procédure de licenciement, fondée sur l'article L. 1235-2 du code du travail, dès lors que l'entretien préalable au licenciement n'a pas été mené par un salarié de la société EservGlobal. Il ne s'agit pas d'une demande tendant aux mêmes fins que l'indemnisation du préjudice lié à la nullité du licenciement ni d'une demande **accessoire aux prétentions soumises aux premiers juges** mais d'une prétention nouvelle formée en cause d'appel, tendant à voir indemniser un nouveau préjudice, sur un fondement juridique différent.* »

Le 3^e moyen critique l'irrecevabilité de ce chef nouveau de demande (la nouveauté ne fait l'objet d'aucune discussion) et les motifs ci-dessus reproduits : il est invoqué un manque de base légale au regard des articles 564 à 567 du code de procédure civile et il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, alors qu'elle y était tenue, si la demande ne constituait pas le complément des prétentions originelles, en somme de s'être contentée au regard des conditions posées par l'article 566 précédemment rappelé de retenir que le chef nouveau de demande n'était pas l'accessoire des prétentions originelles.

Selon la jurisprudence de la 2^e chambre civile, « *La cour d'appel est tenue d'examiner d'office, au regard de chacune des exceptions prévues aux articles 564 à 567 du code de procédure civile, si une demande est nouvelle.* » : 2^e Civ., 17 septembre 2020, pourvoi n° 19-17.449, publié ; 2^e Civ., 14 janvier 2021, pourvoi n° 19-23.137 ; 2^e Civ., 30 juin 2022, pourvoi n° 21-15.049 ; 2^e Civ., 13 avril 2023, pourvoi n° 21-20.580 ; 2^e Civ., 17 mai 2023, pourvoi n° 20-23.138 ; 2^e Civ., 12 octobre 2023, pourvoi n° 21-19.580, publié ; 2^e Civ., 9 novembre 2023, pourvoi n° 22-17.388, publié. Cette solution est également adoptée par d'autres chambres : voir ainsi, 3^e Civ., 8 juin 2023, pourvoi n° 22-11.657.

On pourra comme illustration récente d'une censure par notre chambre d'une décision d'irrecevabilité, Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 22-12.994 :

Vu les articles 4, 564 et 566 du code de procédure civile :

11. Selon le premier de ces textes, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

12. Aux termes du dernier, les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire.

13. Pour déclarer irrecevable la demande d'indemnité spécifique pour inaptitude d'origine professionnelle, l'arrêt retient que devant le premier juge, la salariée avait sollicité la résiliation judiciaire de son contrat de travail et la condamnation de son employeur à lui verser, au titre de la nullité de son licenciement ou subsidiairement de son absence de cause réelle et sérieuse, diverses indemnités mais n'avait pas formulé de prétention au titre de l'indemnité spécifique prévue par l'article L. 1226-14 du code du travail. Il conclut qu'une telle demande, qui ne constitue pas l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire des prétentions formées devant le premier juge, est une prétention nouvelle en cause d'appel.

14. En statuant ainsi, **alors que devant le premier juge, la demande d'indemnité spécifique constituait l'accessoire des prétentions de la salariée au titre de la nullité de son licenciement fondée sur l'existence de faits de harcèlement moral à l'origine de son inaptitude**, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Dans un article commentant l'arrêt publié du 17 septembre 2020 rendu par la 2^e chambre civile, Romain Laffly³ écrit : « *Par un effet de balancier, la Cour de cassation vient rééquilibrer les choses entre un article 564 qui, expressis verbis, permet aux cours d'appel de relever d'office l'irrecevabilité d'une demande nouvelle en cause d'appel et des articles 565 et*

³Dalloz Actualité⁹ octobre 2020

566 qui posent des exceptions mais sans en dire plus sur le pouvoir de la cour d'appel. Le pouvoir donné à la cour d'appel d'un côté engendre ainsi certaines obligations de l'autre. Cet arrêt pose en tous cas un postulat dénué d'équivoque : la cour d'appel est tenue d'examiner au regard de chacune des exceptions prévues aux textes susvisés si la demande est nouvelle. Aussi, de la même manière que si l'une des parties au procès ne soulève pas l'irrecevabilité de la demande nouvelle la cour d'appel pourra la relever d'office, celle-ci devra, quand bien même une discussion au fond ne se serait pas instaurée sur l'ensemble des exceptions visées par le code de procédure civile, les balayer toutes pour s'interroger à chaque fois si la demande ne tend pas aux mêmes fins, ne constituent pas l'accessoire, la conséquence ou le complément des demandes présentées en première instance. Et ce n'est finalement pas illogique non plus au regard de l'article 12 du code de procédure civile. »

Pour Nicolas Gerbay, dans un article « De l'office du juge en matière de demandes nouvelles à hauteur d'appel »⁴ commentant ce même arrêt, l'impact de cette décision est d'être « protectrice pour les parties en ce que le juge est amené à rechercher, même d'office, si une demande ne pourrait pas être considérée comme recevable par un examen détaillé des textes du code. », en dressant une « méthodologie d'ensemble que doivent respecter les juges d'appel en vérifiant si les demandes des parties ne pourraient pas être recevables au titre d'une quelconque exception au principe de la prohibition des demandes nouvelles. L'office du juge d'appel s'en trouve exacerbé, il lui revient d'analyser et au besoin de requalifier d'office la demande présentée à hauteur d'appel pour essayer de la sauver et ce alors même que les textes ne sont pas toujours d'une grande clarté. »

Le mémoire ampliatif se fonde sur cette jurisprudence, citant notamment les arrêts 2e Civ., 3 février 2022, pourvoi n° 20-11.753 ; 1re Civ., 1 juin 2022, pourvoi n° 20-17.451. Il fait observer que la motivation de la cour d'appel au cas d'espèce montre qu'elle n'a pas recherché, y étant pourtant tenue, si la demande d'indemnité pour irrégularité de procédure ne constituait pas le complément des prétentions originelles de la salariée et notamment des indemnités de rupture.

Le mémoire en défense critique la jurisprudence précitée et la vision protectrice des parties évoquée plus haut en doctrine, considérant que « Cette solution est **d'un libéralisme contestable**, dès lors que l'intimé est en mesure d'apprécier et doit être capable de montrer seul de la recevabilité de ses prétentions, sans qu'il puisse être justifié que le juge d'appel assure d'office la défense de ses intérêts et cherche systématiquement à assurer la recevabilité des demandes. Elle conduit à une rupture de l'égalité des armes que ne peut que condamner l'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Autant dire qu'un revirement de jurisprudence devrait être opéré. »

Le mémoire en défense ajoute que le moyen manque en fait, en rappelant que le texte de l'article 566 précise qu'il ne suffit pas qu'une demande soit le « complément » d'une prétention de première instance mais exige, comme condition de recevabilité, qu'elle en soit le complément **nécessaire**, ce terme ayant été expressément ajouté à la rédaction par le décret du 6 mai 2017. Elle soutient ainsi que le fait que les deux demandes se rapportent à un même licenciement ne suffit pas à en faire des demandes complémentaires d'une complémentarité nécessaire. Ainsi en va-t-il d'une demande tendant à la réparation d'un préjudice distinct de celui allégué en première instance, citant ici les arrêts : 2e Civ., 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.961 ; 1re Civ., 20 mars 2019, pourvoi n° 17-26.851.

L'employeur se réfère également à des arrêts de notre chambre :

⁴ La Semaine Juridique Édition Générale n° 48, 23 novembre 2020, 1307

* Soc., 25 mai 2022, pourvoi n° 21-11.478, publié, par lequel la formation plénière de notre chambre a jugé que « *Les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire. Est irrecevable en appel la demande au titre du paiement des heures supplémentaires dès lors que cette demande n'est pas l'accessoire, la conséquence, ou le complément nécessaire des demandes de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour exécution déloyale du contrat de travail formées par le salarié devant les premiers juges.* » (sommaire)

*Soc., 7 juin 2023, pourvoi n° 22-11.147 :

8. La cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait présenté des demandes en paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires, en contestation du licenciement et en paiement d'indemnités compensatrice de préavis, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour exécution irrégulière du contrat, dissimulation d'emploi et pour préjudice moral, a exactement décidé que la demande au titre de la clause de non-concurrence n'était ni l'accessoire, ni la conséquence ni le complément nécessaire des prétentions originaires.

9. Le moyen n'est donc pas fondé.

Le mémoire soutient ainsi que la cour d'appel a suffisamment démontré l'irrecevabilité de la demande nouvelle au regard de l'ensemble des cas possibles de recevabilité, une demande au titre d'un préjudice non évoqué en première instance, en l'occurrence pour irrégularité de la procédure, n'étant à l'évidence pas le complément nécessaire des prétentions originelles relatives à d'autres préjudices, distincts, jugés sans considération de l'assiette de la demande nouvelle.

Enfin **le mémoire en défense suggère à notre chambre de rejeter le moyen par substitution d'un motif de pur droit** en constatant le bien-fondé de l'irrecevabilité au regard de la dernière exception visée par l'article 566 du code de procédure civile, soit le « complément nécessaire ».

Il reviendra, au vu de l'ensemble de ces éléments, à notre chambre d'apprécier si la cour d'appel a légalement justifié sa décision déclarant irrecevable la demande au titre de l'indemnité pour irrégularité de la procédure ou si elle encourt la censure notamment au regard de l'office attendu du juge d'appel dans l'application des dispositions des articles 564 à 567 du code de procédure civile.

4-3 l'obligation de sécurité : le 5^e moyen

4-3-1 Proposition de rejet non spécialement motivé de la 1^{ère} branche

Certes, la chambre sociale juge effectivement, par une jurisprudence constante, que « *Les obligations résultant des articles L. 1152-4 et L. 1152-1 du code du travail sont distinctes en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, peut ouvrir droit à des réparations spécifiques.* » : Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.694, Bull. 2012, V, n° 169 ; Soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-17.729, Bull. 2014, V, n° 267 ; Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-23.521, Bull. 2015, V, n° 32 ; Soc., 17 mai 2017, pourvoi n° 15-19.300, Bull. 2017, V, n° 84.

Cependant au cas présent, la salariée demandait, dans ses conclusions d'appel, le paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts « pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail et non-respect de l'obligation de sécurité », demandant ainsi le paiement d'une somme globale. Si elle ne formulait plus devant la cour d'appel

de demande distincte en réparation du préjudice résultant du harcèlement moral invoqué (cf supra, point 4-1-1-2), au titre de cette somme globale désormais sollicitée à hauteur d'appel, elle faisait valoir dans ses conclusions que : « (elle) a, durant plusieurs mois, subi les agissements répétés de sa Direction, dans le but non dissimulé de lui faire quitter l'entreprise afin de permettre à la nouvelle Direction de procéder à la réorganisation interne envisagée. C'est ainsi qu' (elle) a notamment été victime de pressions, brimades injustifiées et comportements humiliants de la part de Mme H. Malgré les alertes émises auprès de la Direction, aucune mesure n'a été prise et Mme H. n'a pas été inquiétée. Il en résulte que la Société ESERVGLOBAL a sciemment manqué à son obligation de sécurité de résultat, ce qui a contribué à la grave dégradation de l'état de santé de (la salariée). »

Dès lors, pour rejeter ce chef de demande d'une somme globale de dommages-intérêts, en énonçant (arrêt,p.11) que « En l'espèce, il n'a pas été retenu que Mme [T] a été victime de pressions, brimades injustifiées et comportements humiliants de la part de Mme [I] s'apparentant à du harcèlement moral. », soit les motifs spécialement critiqués par la 1^{ère} branche, la cour d'appel n'a fait que répondre à l'argumentation de la salariée qui invoquait à la fois un harcèlement moral et un manquement à l'obligation de sécurité. **La 1^{ère} branche du 5^e moyen est donc inopérante**, étant précisé que la cour d'appel, pour justifier sa décision, a ensuite ajouté les motifs qui donnent lieu à la critique de la seconde branche.

Il peut en conséquence être proposé le rejet par décision non spécialement motivée du 5^e moyen, pris en sa 1^{ère} branche.

4-3-2 l'enquête interne : une nécessité pour l'employeur ?

4-3-2-1 Aux termes de l'article L. 4121-1 du code du travail, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés, ces mesures comprenant des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation et la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

L'article L. 4121-2 du même code prévoit que l'employeur met en oeuvre ces mesures sur le fondement de principes généraux de prévention énumérés par le même texte.

En application de ces dispositions, l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité vis à vis de ses salariés et, en cas de litige, il lui incombe de justifier qu'il a pris des mesures nécessaires pour s'acquitter de cette obligation (Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, Bull. V, n° 234 ; Soc., 1 juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, Bull. 2016, V, n° 123 ; Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.985, P+B).

Le contrôle opéré par notre chambre porte sur l'adéquation des conséquences tirées par les juges du fond de leurs constatations matérielles souveraines (par ex. : Soc., 6 juillet 2022, pourvoi n° 21-13.631).

La chambre vérifie que les juges du fond ont recherché si l'employeur justifie avoir mis en oeuvre toutes les mesures nécessaires de prévention, à peine de censure pour manque de base légale (Soc., 27 mars 2019, pourvoi n° 17-27.225).

L'existence ou non d'une enquête menée par l'employeur peut être pour les juges du fond un élément d'appréciation. Voir notamment : Soc., 7 avril 2016, pourvoi n° 14-23.705 :

Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation des parties ni à

s'expliquer sur les pièces qu'elle décidait d'écarter, a constaté que l'employeur n'avait pris aucune mesure telle que la décision d'ordonner une enquête interne à la suite des correspondances adressées par le salarié les 23 septembre et 14 octobre 2011 évoquant des agissements inadaptés de la part d'un collègue avec lequel deux incidents étaient intervenus ; qu'elle **a pu** en déduire l'existence d'un manquement de la part de l'employeur à son obligation de résultat en matière de santé et de sécurité des salariés ; que le moyen n'est pas fondé ;

On peut rappeler ici que selon l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement moral et la violence au travail, exhortant les entreprises à mettre en place une "procédure appropriée" en cas de harcèlement, il est recommandé notamment que « les plaintes doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard ».

4-3-2-2 Au cas présent, pour rejeter la demande de la salariée, l'arrêt énonce, après les motifs reproduits au point précédent, les motifs suivants : « *Lorsque (la salariée) a fait appel à M. D. au sujet des différents qui l'opposaient à Mme H., ce dernier a pris position sur le sujet. Lorsqu'elle a demandé des éclaircissements sur son positionnement dans la nouvelle organisation le 16 août 2019, elle a obtenu une réponse de M. E. le 19 août. L'employeur n'a pas ainsi manqué à son obligation de sécurité.* »⁵. Ce sont les motifs critiqués par la seconde branche, étant précisé que la cour d'appel a ensuite ajouté des motifs spécifiques à l'exécution déloyale du contrat de travail qui était également invoquée par la salariée, lesquels ne sont pas critiqués par le pourvoi.

La seconde branche invoque une violation des articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail et repose sur la prémisse selon laquelle manque à son obligation de sécurité l'employeur qui ne prend aucune mesure et n'ordonne aucune enquête interne après dénonciation de possibles faits de harcèlement moral. Le moyen tend ainsi à dire qu'en cas de dénonciation de possibles faits de harcèlement moral, que ceux-ci soient ou non établis, l'employeur doit faire procéder à une enquête, celle-ci devenant en somme obligatoire de sorte que l'employeur manquerait « nécessairement » à son obligation de sécurité s'il ne faisait pas procéder à une enquête dans une telle hypothèse.

Le mémoire ampliatif soutient que la réponse de l'employeur à la dénonciation de faits de harcèlement moral par un salarié doit être l'enquête conduite par un DRH ou un CHSCT et souligne que l'absence d'enquête constitue une abstention fautive de l'employeur en se référant à l'arrêt Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-70.902, Bull. 2011, V, n° 172, qui, pour rejeter le moyen critiquant la décision qui avait déclaré sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour faute grave d'un salarié à l'encontre duquel un autre salarié s'était plaint d'un harcèlement moral et sexuel, a jugé :

Mais attendu que l'arrêt relève que l'employeur avait eu connaissance de l'existence éventuelle de faits de harcèlement moral et sexuel reprochés au salarié dès sa convocation le 18 juin 2004 devant le bureau de conciliation et qu'il s'était borné à en dénier la réalité dans le cadre de l'instance prud'homale, en omettant d'effectuer les enquête et investigations qui lui auraient permis d'avoir, sans attendre l'issue de la procédure prud'homale l'opposant à la victime, la connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés à M. [X] et de prendre les mesures appropriées ; qu'en l'état de ces motifs caractérisant l'abstention fautive de l'employeur et en l'absence de faits fautifs nouveaux, la cour d'appel a exactement décidé que la

⁵ Il ressort des motifs du jugement de première instance, adoptés par la cour d'appel, que dans la nouvelle organisation de l'entreprise, la salariée est hiérarchiquement rattachée au directeur général (M. D.) tout comme sa collègue Mme H. et que M. E. est le président de la société nouvellement devenue actionnaire majoritaire de la société Eservglobal.

procédure de licenciement avait été engagée tardivement; qu'elle a ainsi, par ce seul motif, justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
La situation de cette espèce est donc très différente de celle du cas présent.

Si le mémoire ampliatif présente l'enquête interne comme participant des mesures immédiates propres à faire cesser le harcèlement, selon la jurisprudence de la chambre, en se référant à l'arrêt Soc., 1 juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, Bull. 2016, V, n° 123, notre chambre n'a pas pour autant consacré le principe d'une obligation d'un employeur, alerté d'un possible harcèlement moral, de diligenter en interne une enquête.

Le mémoire en défense oppose l'appréciation souveraine des juges du fond en se référant notamment à l'arrêt Soc., 20 juin 2018, pourvoi n° 16-27.915. Il fait valoir que le seul fait que l'employeur n'ait pas diligencé d'enquête interne après la dénonciation par la salariée d'agissements constitutifs selon elle de harcèlement moral à son égard ne saurait caractériser le manquement par l'employeur à son obligation de sécurité dès lors que les juges du fond ont retenu que ce dernier n'était pas resté inactif et qu'au contraire il était intervenu à plusieurs reprises pour remédier aux difficultés mises en avant par la salariée, d'autant que la salariée avait été placée en arrêt maladie au mois de septembre 2019 rendant ainsi impossible la mise en place d'une enquête interne.

Il reviendra à notre chambre, au vu de ces éléments, d'apprécier les mérites de la seconde branche du 5^e moyen.

4-4 salaire de référence et mi-temps thérapeutique : le 6^e moyen

Le salaire à prendre en compte pour déterminer l'indemnité légale de licenciement due au salarié est déterminé par l'article R.1234-4 du code du travail, lequel dispose que:

Le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

1° Soit la moyenne mensuelle des douze derniers mois précédant le licenciement, ou lorsque la durée de service du salarié est inférieure à douze mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement ;

2° Soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

Au cas présent, le conseil de prud'hommes avait fixé le salaire de référence à la somme de 7 170,53 €.

La salariée en appel contestait cette fixation et demandait « *à titre principal que son salaire de référence soit fixé à la moyenne des trois ou douze derniers mois ayant précédé la période où elle a effectué un mi-temps thérapeutique (15 767,95 euros), à titre subsidiaire qu'il soit fixé en fonction de la reconstitution de la rémunération qu'elle aurait perçue si elle avait continué à travailler à temps plein (14 096,03 euros) et à titre très subsidiaire sur le fondement de l'article L. 3123-5 du code du travail (11 878,12 euros), faisant valoir qu'elle subit à défaut une discrimination puisque les femmes sont surreprésentées dans les mi-temps thérapeutiques et les emplois à temps partiel.* » (cf arrêt, p.19).

4-4-1 Discrimination en raison de l'état de santé : la 1^{ère} branche

4-4-1-1 C'est notamment au visa de l'article L.1132-1 du code du travail que notre chambre a jugé, par l'arrêt P+B+R+ I du 23 mai 2017, publié au rapport annuel, (Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-22.223, Bull. 2017, V, n° 90) que « *Le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant l'arrêt de travail pour maladie. Violent les articles L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail, ensemble **l'article L. 1132-1 du code du travail** dans sa rédaction applicable en la cause, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande du salarié tendant à obtenir le paiement d'une somme à titre de reliquat d'indemnité de licenciement, retient qu'en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective, le salarié ne peut prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'il aurait perçus si son contrat n'avait pas été suspendu pour cause de maladie.* » (sommaire).

Le commentaire de cet arrêt au rapport annuel indique : « *Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation apporte une clarification dans le calcul de l'indemnité de licenciement, qu'il s'agisse de l'indemnité légale ou de l'indemnité conventionnelle, afin d'éviter que le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour cause de maladie ne fasse l'objet d'une discrimination tenant à la base de calcul prise en considération de son arrêt maladie.* ». Rappelant que « *s'agissant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et du système légal de l'article L. 1235-3 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation, renouant avec la jurisprudence la plus ancienne, vient de juger que « le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail était celui des six derniers mois précédant l'arrêt de travail » (Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 14-29.435) », le commentaire ajoute que « *La Cour de cassation retient désormais une solution valant à la fois pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, étant observé que les conventions collectives ne peuvent de toute façon pas, en tout cas dans cette matière, déroger dans un sens moins favorable aux dispositions légales et que, dans les espèces ayant donné lieu aux arrêts cités des 9 juin 2008 ou du 16 décembre 1992, la convention collective était muette sur la question. Ainsi a-t-il été décidé d'unifier les régimes quelles que soient les indemnités visées, conventionnelle ou légale de licenciement, et celles dues en réparation du caractère sans cause réelle et sérieuse du licenciement. Le salaire de référence à prendre en considération est donc celui précédant l'arrêt de travail pour maladie.* »*

Un parallèle peut être fait avec l'arrêt publié du 1^{er} juin 2023 dans lequel notre chambre a mobilisé les dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail et l'interdiction d'une discrimination en raison de l'état de santé pour statuer sur l'indemnité pour violation du statut protecteur due à un salarié protégé, licencié sans autorisation administrative de sorte que son licenciement était nul, qui se trouvait en arrêt de travail pour maladie pendant la période d'éviction.

Soc., 1 juin 2023, pourvoi n° 21-21.191, publié :

« *En application des articles **L. 1132-1**, L. 2411-1 et L. 2411-2 du code du travail, dans leur rédaction applicable, lorsque le salarié protégé licencié sans autorisation administrative de licenciement a été en arrêt de travail pour maladie pendant la période d'éviction, la rémunération à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité due au titre de la violation du statut protecteur est le salaire moyen des douze derniers mois perçu avant l'arrêt de travail.* » (sommaire).

C'est encore en mobilisant ces mêmes dispositions et l'interdiction d'une discrimination en raison de l'état de santé que notre chambre, en sa formation plénière, a statué par un arrêt publié du 13 septembre 2023 (Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 22-17.340, 22-17.341, 22-17.342, publié) en matière d'acquisition de droits à congés payés dans

le cas de salariés en arrêt de travail pour maladie non professionnelle, pour écarter partiellement les dispositions de droit interne contraires à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et approuver la cour d'appel qui avait décidé que les salariés avaient acquis des droits à congé payé pendant la suspension de leur contrat de travail pour cause de maladie non professionnelle.(cf le point 6 de cet arrêt).

4-4-1-2 Le temps partiel thérapeutique n'est pas traité par le code du travail et résulte de dispositions du code de la sécurité sociale prévoyant des règles d'indemnisation au bénéfice de l'assuré social.. Il est ainsi défini par le code de la Sécurité sociale comme la « reprise d'un travail léger autorisé par le médecin traitant » qui est « de nature à favoriser la guérison ou la consolidation de la blessure » et implique normalement la fin de la suspension du contrat de travail résultant de l'arrêt de travail pour maladie.

En effet, l'article L.433-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue de la loi n°2011-1906 du 21 décembre 2011, en vigueur jusqu'au 28 décembre 2019, précise que :

L'indemnité journalière est servie en tout ou partie en cas de **reprise d'un travail léger autorisé par le médecin traitant, si cette reprise est reconnue par le médecin-conseil de la caisse primaire comme de nature à favoriser la guérison ou la consolidation de la blessure**. La reprise d'un travail à temps complet ne fait pas obstacle au versement ultérieur de cette indemnité en cas de travail léger autorisé postérieurement par le médecin traitant, dans les mêmes conditions. Le montant total de l'indemnité servie et du salaire ne peut dépasser le salaire normal des travailleurs de la même catégorie professionnelle ou, s'il est plus élevé, le salaire sur lequel a été calculée l'indemnité journalière. En cas de dépassement, l'indemnité est réduite en conséquence.

Dans sa version actuelle issue la loi n°2023-1250 du 26 décembre 2023, ce texte précise désormais que :

Une indemnité journalière est servie **en cas de délivrance par le médecin traitant d'un certificat autorisant un travail aménagé ou à temps partiel, si ce travail est reconnu par le médecin-conseil de la caisse primaire comme de nature à favoriser la guérison ou la consolidation de la blessure**.

Même si la problématique était différente, notre chambre pourra dans son délibéré se reporter à son arrêt publié du 20 septembre 2023 concernant la question de l'assiette à prendre en compte pour le calcul de la participation due à une salariée qui, sur l'année de référence, avait travaillé plusieurs mois en mi-temps thérapeutique. Par cet arrêt Soc., 20 septembre 2023, pourvoi n° 22-12.293, nous avons jugé que *« Il résulte de la combinaison de l'article L. 1132-1 du code du travail et des articles L. 3322-1 et L. 3324-5 du même code, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, que la période pendant laquelle un salarié, en raison de son état de santé, travaille selon un mi-temps thérapeutique doit être assimilée à une période de présence dans l'entreprise, de sorte que le salaire à prendre en compte pour le calcul de l'assiette de la participation due à ce salarié est le salaire perçu avant le mi-temps thérapeutique et l'arrêt de travail pour maladie l'ayant, le cas échéant, précédé. »* (sommaire)

Faits et procédure

1. Selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Paris, 16 décembre 2021), Mme [Y], engagée le 2 mai 2001 par la société Rail restauration province par un contrat de travail qui a été transféré en dernier lieu à la société Newrest wagons-lits France (la société), exerce les fonctions de commerciale de bord.

2. Victime le 4 mai 2015 d'un accident du travail, elle a été placée en arrêt de travail du 4 mai au 6 décembre 2015. Elle a repris le travail en mi-temps thérapeutique du 6 décembre 2015 au 8 août 2016.

3. Le 5 juin 2019, la salariée a saisi la juridiction prud'homale en demandant le paiement d'un rappel de prime de participation au titre de sa période de travail à mi-temps thérapeutique en exécution de l'accord de participation de la société du 2 février 2015.

(...)

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

6. La société fait grief au jugement de la condamner à payer à la salariée des sommes à titre de rappel sur prime « d'intéressement » 2015-2106 et de condamner à payer au syndicat une somme à titre de dommages-intérêts, alors « qu'aux termes de l'article 5.2 de l'accord de participation du 2 février 2015, seules les heures de travail effectif et/ou assimilées du salarié" sont prises en compte pour le calcul du droit individuel de chaque salarié ; que cet article ne mentionne pas, parmi les heures devant être assimilées, au sens de l'accord de participation , à des heures de travail effectif, les heures non travaillées dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique ; qu'en décidant pourtant qu'il y avait lieu de tenir compte de ces heures pour le calcul de la prime de participation , les juges du fond ont violé l'article L. 3322-2 du code du travail, ensemble l'article 5 de l'accord de participation du 2 février 2015. »

Réponse de la Cour

7. En application de l'article L.1132-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014, aucune personne ne peut 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 en raison notamment de son état de santé.

8. Selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement notamment de son état de santé , une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable et constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un de ces motifs, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

9. Selon l'article L. 3322-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise.

10. Aux termes de l'article L. 3324-5 du code du travail, dans sa version antérieure à la même loi, la répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires est calculée proportionnellement au salaire perçu dans la limite de plafonds déterminés par décret. Pour les bénéficiaires visés au deuxième alinéa de l'article L. 3323-6 et au troisième alinéa de l'article L. 3324-2, la répartition est calculée proportionnellement à la rémunération annuelle ou au revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente, plafonnés au niveau du salaire le plus élevé versé dans l'entreprise, et dans les limites de plafonds de répartition individuelle déterminés par le même décret. Toutefois, l'accord de participation peut décider que cette répartition entre les bénéficiaires est uniforme, proportionnelle à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, ou retenir conjointement plusieurs de ces critères. L'accord peut fixer un salaire plancher servant de base de calcul à la part individuelle. Le plafond de répartition individuelle déterminé par le décret prévu au premier alinéa ne peut faire l'objet d'aucun aménagement, à la hausse ou à la baisse, y compris par un accord mentionné à l'article L. 3323-1.

11. Il résulte de la combinaison de ces textes que la période pendant laquelle un salarié, en raison de son état de santé , travaille selon un mi-temps thérapeutique doit être assimilée à

une période de présence dans l'entreprise, de sorte que le salaire à prendre en compte pour le calcul de l'assiette de la participation due à ce salarié est le salaire perçu avant le mi-temps thérapeutique et l'arrêt de travail pour maladie l'ayant, le cas échéant, précédé.

12. Le conseil de prud'hommes a constaté que la salariée, victime le 4 mai 2015 d'un accident du travail, après un arrêt de travail du 4 mai au 6 décembre 2015, a travaillé du 6 décembre 2015 au 8 août 2016 en mi-temps thérapeutique.

13. **Par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, dans les conditions prévues par les articles 620, alinéa 1er, et 1015 du code de procédure civile**, la décision, qui a condamné l'employeur à payer à la salariée un rappel de prime de participation 2015-2016 au titre de la période de travail en mi-temps thérapeutique, se trouve légalement justifiée.

4-4-1-3 Au cas présent, après avoir rappelé les dispositions précédemment citées de l'article R.1234-4 du code du travail et la jurisprudence de la chambre résultant de son arrêt du 23 mai 2017 (cf supra), pour confirmer la fixation du salaire de référence à la somme de 7 150,53 € brut mensuels, la cour d'appel a énoncé les motifs suivants (arrêt, p.20) :

« Lorsque le salarié reprend le travail à la suite d'une maladie dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique et qu'il est ensuite licencié pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement, le montant de l'indemnité de licenciement est calculé sur la base des salaires effectivement perçus et non pas sur celle des salaires qu'il aurait perçus s'il n'avait pas travaillé dans le cadre de ce mi-temps, sauf dispositions autres dans la convention collective (Cass. Soc., 25 janvier 2011, n°09-66.453).

En l'espèce, le licenciement a été prononcé alors que le contrat de travail de Mme [T] était suspendu depuis septembre 2019 pour cause de maladie. Il convient de prendre en compte les salaires qu'elle percevait avant la suspension de son contrat de travail. Embauchée à compter du 6 novembre 2008, (la salariée) a exercé ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique à compter du 4 avril 2014. Selon l'avenant au contrat de travail du 1er février 2018, à compter du 1er novembre 2017, (la salariée) a travaillé "suite à la mise en invalidité à mi-temps - 50 % de temps plein -" pour une rémunération mensuelle brute de 7 000 euros sur 12 mois, correspondant au prorata d'un salaire à temps plein de 14 000 euros (pièce 3 de l'appelante). Avant la suspension de son contrat de travail pour maladie en septembre 2019, le contrat de travail de (la salariée) n'était donc pas suspendu et elle exerçait depuis une longue durée ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique, qui n'avait pas été imposé par son employeur, sans lien avec sa condition de femme. Il convient en conséquence de retenir comme salaire de référence la moyenne des trois ou douze derniers mois ayant précédé son arrêt de travail, soit la somme de 7 170,53 euros bruts mensuels au regard des fiches de paye produites concernant la période de septembre 2018 à août 2019, par confirmation de la décision de première instance. »

L'arrêt de notre chambre, Soc., 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-66.453, auquel s'est référée la cour d'appel dans sa motivation ci-dessus, est le suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar ,12 mars 2009), que M. [X] a été engagé le 21 juin 1983 par la société Fischer Bioblock Scientific, appartenant au groupe Thermo Fisher Scientific, en qualité de conseiller technique ; que le salarié a été successivement nommé chef de produit, puis directeur export à compter de 1989, statut cadre ; qu'après avoir été en arrêt de travail pour divers problèmes de santé, le salarié a repris son travail le 17 juillet 2006 dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique ; que le salarié a saisi le 10 novembre 2006 la juridiction prud'homale aux fins de voir prononcer la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur ; qu'en cours de procédure et à l'issue de deux examens médicaux des 27 février et 13

mars 2007, le médecin du travail l'a déclaré «Inapte à tout poste disponible dans l'entreprise proposé à ce jour. Reste apte à un poste tenant compte des restrictions émises par le médecin du travail» ; qu'après avoir refusé plusieurs postes de reclassement, le salarié a été licencié le 9 mai 2007 pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement ;
(...)

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur à verser au salarié la seule somme de 3 784,54 euros à titre de solde d'indemnité de licenciement majorée des intérêts de retard au taux légal à compter du 14 décembre 2007, alors, selon le moyen, que l'article 4 de l'avenant de la convention collective nationale de commerce de gros dispose que pour les cadres ayant plus de cinq ans de présence dans l'entreprise au moment du licenciement, l'indemnité de licenciement est accordée dans les conditions suivantes : 5/10e de mois par année de présence dans la tranche à partir de 20 ans sans pouvoir dépasser un maximum de douze mois, le calcul étant effectué sur la base du salaire mensuel moyen des douze derniers mois ; que lorsque le cadre congédié est âgé de cinquante ans révolus, et compte au moins quinze ans d'ancienneté comme cadre dans l'entreprise, l'indemnité de licenciement est majorée de 15 % entre cinquante et cinquante cinq ans ; qu'aux termes de ces dispositions, le salaire moyen servant de base au calcul des indemnités de licenciement s'entend du salaire habituel perçu par le salarié en période d'activité professionnelle, c'est-à-dire du salaire perçu s'il n'avait pas été en arrêt maladie, ou en mi-temps thérapeutique ; que pour condamner l'employeur à verser au salarié la somme de 3 784,54 euros à titre de complément d'indemnité de licenciement, la cour d'appel s'est bornée à relever que lors des douze derniers mois de présence dans l'entreprise, le salarié avait perçu un salaire mensuel brut moyen de 4 306,15 euros ; qu'à supposer même que le licenciement du salarié pour inaptitude physique et impossibilité de reclassement du 9 mai 2007 soit justifié, la cour d'appel n'a pas recherché si, ainsi que le justifiait le salarié, ce dernier n'avait pas travaillé à mi-temps thérapeutique du 17 juillet 2006 au 22 janvier 2007, de sorte que le salaire retenu ne correspondait pas au salaire habituellement perçu par le salarié en période d'activité professionnelle ; que la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 4 de l'avenant de la convention collective nationale de commerce de gros ;

Mais attendu que selon les dispositions de l'article quatre de l'avenant de la convention collective nationale du commerce de gros applicable à l'entreprise, le salarié cadre qui est licencié a droit à une indemnité de licenciement variable selon son ancienneté avec un plafond de douze mois, le calcul étant effectué sur la base du salaire mensuel moyen des douze derniers mois, l'indemnité de licenciement étant majorée de 15 % lorsque le cadre est âgé de cinquante ans révolus et compte quinze années d'ancienneté comme cadre dans l'entreprise ; **qu'il s'ensuit que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a décidé, à bon droit, qu'en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective, le salarié ne pouvait prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'il aurait perçus s'il n'avait pas travaillé dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique** ; que le moyen n'est pas fondé ;

La 1^{ère} branche du 6^e moyen invoque une violation de l'article L.1132-1 du code du travail et repose sur la prémisse selon laquelle le mi-temps thérapeutique étant un temps partiel imposé par le médecin du travail au regard de l'état de santé du salarié, le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul des indemnités de rupture est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des 12 ou des 3 derniers mois précédant le mi-temps thérapeutique, sauf à discriminer le salarié en raison de son état de santé.

Le mémoire ampliatif souligne que l'arrêt de notre chambre du 23 mai 2017, imposant en cas de suspension du contrat de travail par un arrêt de travail pour maladie de prendre en considération selon la formule la plus avantageuse le salaire perçu lors des mois précédent cet arrêt de travail pour maladie, a précisément été rendu au visa de

l'article L.1132-1 du code du travail et a remis en cause l'arrêt du 26 janvier 2011 précité sur lequel s'est fondé la cour d'appel : il invite donc notre chambre à transposer ici cette solution dictée par l'interdiction de toute discrimination en raison de l'état de santé.

Il se fonde sur la réponse apportée à une question ministérielle (Rep. min. n°24830, JO Sénat Q., 14 février 1978, p.163) qui est la suivante :

« Salarié à mi-temps : calcul de l'indemnité de licenciement.

24830. — 30 novembre 1977. —

M. Henri Duffaut expose à M. le ministre du travail qu'un ouvrier a fait l'objet d'une mesure de licenciement collectif pour motif économique. Il a perçu, de ce fait, une indemnité calculée sur la base du salaire moyen des trois derniers mois. Or, le calcul fait par l'employeur paraît erroné. En effet, l'intéressé a été contraint par la médecine du travail à ne travailler qu'à mi-temps. Aussi, la caisse d'assurance maladie lui a versé, sous forme de prestations, des indemnités journalières compensatrices de salaire, de telle manière qu'il a bénéficié en fait d'un salaire mensuel complet. Il semble donc que l'indemnité de licenciement aurait dû être calculée par l'employeur sur la base d'un salaire à temps plein et non sur un salaire de travailleur à mi-temps. La même disposition aurait dû être retenue pour les congés payés. L'employeur refuse d'accepter ce point de vue parce qu'il estime : 1° que le contrat de travail liant le salarié à son employeur est un contrat à mi-temps ; 2° que les prestations compensatrices versées par la caisse d'assurance maladie doivent être considérées comme une participation de la collectivité. En conséquence, il lui demande quels sont, compte tenu de ces circonstances, les droits du salarié à l'égard de son employeur.

Réponse.

— Une application stricte de l'article R. 122-1 du code du travail conduit, en effet, à ne retenir, pour le calcul de l'indemnité de licenciement, que le salaire réel moyen des trois derniers mois pouvant correspondre à un travail à temps partiel. Dans une espèce similaire, la chambre sociale de la cour de cassation s'est, du reste, prononcée en ce sens par un arrêt rendu le 17 décembre 1976. L'indemnité de congé payé doit être calculée sur la base des salaires effectivement versés par l'employeur. Conformément à l'article L. 223-11 du code du travail, cette indemnité ne peut être inférieure ni au douzième de la rémunération totale ainsi perçue par le travailleur au cours de la période ouvrant droit au congé, ni au salaire qui aurait été gagné par l'intéressé pendant un temps de travail égal à celui des vacances. En l'espèce, pour l'application de ce deuxième mode de calcul, il y a lieu de tenir compte du taux de salaire et de l'horaire de travail pratiqués au moment où est intervenue la résiliation du contrat du travailleur en cause. Une telle solution, tant en ce qui concerne le mode de calcul de l'indemnité de licenciement que celui de l'indemnité compensatrice de congé payé, risque toutefois d'apparaître rigoureuse dans l'hypothèse notamment où, par rapport à l'ancienneté totale de ce salarié, son emploi à temps partiel ne représenterait qu'une période finale de courte durée. Il paraît donc souhaitable, par souci d'équité, de retenir comme salaire de référence la moyenne des trois derniers mois ayant précédé la période où il a effectué un travail mi-temps. C'est d'ailleurs en ce sens que le ministre du travail a toujours recommandé à ses services d'intervenir auprès des employeurs en pareil cas. »

Le mémoire en défense oppose que la convention collective des ingénieurs et cadres de la métallurgie, applicable en la cause, prévoit que « en cas de suspension du contrat de travail, pour quelque cause que ce soit, au cours des douze ou trois mois, il est retenu, au titre de chacune de ces périodes de suspension, la valeur de la rémunération que l'ingénieur ou cadre aurait gagnée s'il avait travaillé durant la période de suspension considérée, à l'exclusion de toutes les sommes destinées à se substituer aux salaires perdus, telles que les indemnités de maladie, éventuellement perçues par l'intéressé au titre de la période de suspension ».

Le mémoire ajoute que « Ces règles ne sont cependant pas applicables au salarié qui, après un arrêt de travail pour maladie, reprend ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation a écarté le pourvoi du salarié reprochant à la cour d'appel d'avoir calculé le montant de l'indemnité de licenciement du salarié licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement après avoir repris le travail dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique sur la base des salaires effectivement perçus par le salarié au cours des 12 derniers mois en retenant que : « la cour d'appel, (...), a décidé, à bon droit, qu'en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective, le salarié ne pouvait prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'il aurait perçus s'il n'avait pas travaillé dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique » (Soc. 26 janvier 2011, n°09-66.453) », ce qui est le cas dans le présent dossier selon l'employeur.

4-4-1-4 Si cette 1^{ère} branche est axée sur la discrimination en raison de l'état de santé en considération d'un mi-temps thérapeutique, on peut être surpris par la durée du mi-temps thérapeutique qui, d'après l'article L.433-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale précédemment cité, apparaît essentiellement conçu comme une solution transitoire « de nature à favoriser la guérison ou la consolidation de la blessure » qui n'apparaît donc pas appelée à s'installer sur la durée, la consolidation s'entendant d'une stabilisation de l'état de l'intéressé qui ne correspond pas nécessairement à un plein rétablissement dans ses capacités antérieures.

D'ailleurs la cour d'appel a noté que la salariée a exercé à mi-temps thérapeutique à compter du 4 avril 2014 mais qu'un avenant au contrat de travail avait été conclu à compter du 1^{er} février 2018, en relevant « **suite à la mise en invalidité à mi-temps - 50% de temps plein** ». Le jugement de première instance, dont les motifs sont adoptés par la cour d'appel qui a confirmé la fixation du salaire de référence, constate (p.4) que « (la salariée) à la suite d'un arrêt de travail à compter du 18 novembre 2013 bénéficie d'un mi-temps thérapeutique à compter du 4 avril 2014 jusqu'à la reconnaissance de son invalidité en catégorie 1. Par avenant elle exerce sa mission dans le cadre d'un mi-temps, à compter du 1^{er} novembre 2017, pour un salaire brut mensuel de 7 000 €. »

On pourrait en conséquence s'interroger sur le point de savoir si le mi-temps thérapeutique était toujours en cours lorsque la salariée a été placée en arrêt de travail pour maladie en septembre 2019, peu de temps avant son licenciement, et donc de savoir si le travail à temps partiel depuis l'avenant de 2017 répondait toujours à ce mi-temps thérapeutique ou s'il était la conséquence de la reconnaissance d'une invalidité marquant la « consolidation » de l'état de la salariée et mettant fin au mi-temps thérapeutique.

Mais si tel est le cas, ne faudrait-il pas envisager un autre aspect de la discrimination en raison de l'état de santé, celui du handicap ?

Le handicap est défini par l'article L.114 du code de l'action sociale et des familles, créé par la loi n°2005-102 du 11 février 2005, comme « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant. »

Selon le JurisClasseur, Protection sociale Traité⁶, le handicap se distingue de l'invalidité: « L'invalidité renvoie à l'insuffisance fonctionnelle d'un ou de plusieurs organes ayant des conséquences sur la capacité de travail. La notion est utilisée sur un plan technique

⁶- Fasc. 872 : AIDE SOCIALE. – Prestations versées aux personnes handicapées

comme une condition d'ouverture du droit à une pension servie au titre de l'assurance invalidité (M. Caron et P.-Y. Verkindt, Inaptitude, invalidité, handicap : l'image du "manque" en droit social, : RDSS 2011, p. 862). Le bénéfice de la pension suppose une « invalidité » réduisant au moins des deux tiers la capacité de travail ou de gain (CSS, art. L. 341-1). Le montant de la pension est conditionné par le classement de l'assuré dans l'une des trois catégories d'invalidité prévue les textes, déterminée en fonction de la capacité à exercer une activité rémunérée et de l'autonomie de la personne et pouvant être révisée (CSS, art. L. 341-4). »

Or on rappellera que la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, prévoit en son article 1^{er} que :

La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en oeuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

La CJUE a défini la notion de « handicap » et en fait application en matière de discrimination. Voir notamment arrêt CJUE(deuxième chambre) du 11 avril 2013, HK Danmark, agissant pour Jette Ring contre Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) et HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S (C-337/11), arrêt qui a notamment énoncé :

« 34 Par ses première et deuxième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la notion de «handicap» visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut l'état de santé d'une personne qui, en raison d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, ne peut accomplir son travail, ou ne peut l'accomplir que de façon limitée, pendant une période qui sera probablement longue ou de manière permanente. Elle demande, en outre, si cette notion doit être interprétée en ce sens qu'un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme incurable peut relever d'une telle notion, qu'un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable peut également relever de ladite notion et que la nature des mesures que doit prendre l'employeur est déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette même notion.

35 À titre liminaire, il convient de relever que, ainsi qu'il ressort de son article 1er, la directive 2000/78 a pour objet d'établir un cadre général pour lutter, en ce qui concerne l'emploi et le travail, contre les discriminations fondées sur l'un des motifs visés à cet article, au nombre desquels figure le handicap (voir arrêt Chacón Navas, précité, point 41). Conformément à son article 3, paragraphe 1, sous c), cette directive s'applique, dans les limites des compétences conférées à l'Union, à toutes les personnes, en ce qui concerne notamment les conditions de licenciement.

36 Il convient de rappeler que la notion de «handicap» n'est pas définie par la directive 2000/78 elle-même. C'est ainsi que la Cour, au point 43 de l'arrêt Chacón Navas, précité, a jugé que cette notion doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle.

37 Pour sa part, la convention de l'ONU, ratifiée par l'Union par décision du 26 novembre 2009, soit après le prononcé de l'arrêt Chacón Navas, précité, reconnaît à son considérant e) que «la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de

l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres». Ainsi, l'article 1er, second alinéa, de cette convention stipule que sont des personnes handicapées celles «qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres».

38 *Eu égard aux considérations mentionnées aux points 28 à 32 du présent arrêt, la notion de «handicap» doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs.*

39 *En outre, il ressort de l'article 1er, second alinéa, de la convention de l'ONU que les incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles doivent être «durables».*

40 *Il convient d'ajouter encore que, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 32 de ses conclusions, il n'apparaît pas que la directive 2000/78 vise à couvrir seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie. En effet, il irait à l'encontre de l'objectif même de cette directive, qui est de mettre en œuvre l'égalité de traitement, d'admettre que celle-ci puisse s'appliquer en fonction de l'origine du handicap.*

41 *Dès lors, il y a lieu de constater que, si une maladie curable ou incurable entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, une telle maladie peut relever de la notion de «handicap» au sens de la directive*

42 *En revanche, une maladie n'entraînant pas une telle limitation ne relève pas de la notion de «handicap» au sens de la directive 2000/78. En effet, la maladie en tant que telle ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive 2000/78 interdit toute discrimination (voir arrêt Chacón Navas, précité, point 57).*

43 *La circonstance que la personne concernée ne puisse accomplir son travail que de façon limitée ne constitue pas un obstacle à ce que l'état de santé de cette personne relève de la notion de «handicap». Contrairement à ce que font valoir DAB et Pro Display, un handicap n'implique pas nécessairement l'exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle.*

44 *À cet égard, il y a lieu de considérer que la notion de «handicap», telle qu'elle résulte du point 38 du présent arrêt, doit être entendue comme visant une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle et non, ainsi que le font valoir DAB et Pro Display, comme une impossibilité d'exercer une telle activité. L'état de santé d'une personne handicapée apte à travailler, serait-ce à temps partiel, est donc susceptible de relever de la notion de «handicap». Une interprétation telle que celle proposée par DAB et Pro Display serait d'ailleurs incompatible avec l'objectif de la*

directive 2000/78 qui vise notamment à ce qu'une personne handicapée puisse accéder à un emploi ou l'exercer.

45 En outre, le constat de l'existence d'un handicap ne dépend pas de la nature des mesures d'aménagement, telles que l'utilisation d'équipements spéciaux. Il y a lieu à cet égard de constater que la définition de la notion de «handicap» au sens de l'article 1er de la directive 2000/78 précède la détermination et l'appréciation des mesures d'aménagement appropriées envisagées à l'article 5 de celle-ci.

46 Conformément au considérant 16 de la directive 2000/78, de telles mesures visent à tenir compte des besoins des personnes handicapées. Elles sont donc la conséquence et non l'élément constitutif de la notion de handicap. De même, les mesures ou les aménagements envisagés au considérant 20 de cette directive permettent de respecter l'obligation qui découle de l'article 5 de ladite directive, mais ne sont applicables qu'à la condition d'être en présence d'un handicap.

47 Il découle des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux première et deuxième questions que la notion de «handicap» visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion. »

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments que notre chambre devra apprécier les mérites de la 1^{ère} branche du 6^e moyen.

4-4-2 Discrimination indirecte en raison du sexe : la 2^e branche. Propositions de rejet non spécialement motivé

On rappellera que l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail, définit la discrimination, directe et indirecte, de la façon suivante :

Constitue une **discrimination directe** la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une **discrimination indirecte** une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La 2^e branche critique les mêmes motifs de l'arrêt d'appel (cf le point 4-4-1-3) et invoque un manque de base légale au regard des articles L.1132-1 et L.3123-5, alinéa 5 du code du travail⁷ et de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁸. Il est reproché à la cour d'appel de s'être contentée de vérifier l'absence de discrimination directe en raison du sexe sans avoir recherché si le calcul du salaire de référence au regard de celui perçu pendant le mi-temps thérapeutique ne constituait pas une discrimination indirecte en raison du même motif.

La salariée faisait valoir dans ses dernières conclusions d'appel (prod. n°3, p.47) que « *En effet, la très nette surreprésentation des femmes parmi les bénéficiaires des mi-temps thérapeutiques ne fait pas de doute, ce dispositif étant notamment utilisé pour les salariées revenant d'un congé de maternité.*

De manière plus générale, les salariés à temps partiel sont dans leur immense majorité des femmes, soit 79,5% en 2019 (Emploi, chômage, revenus du travail, Edition 2020, Insee et Dares).

Ainsi, les femmes occupaient 8 emplois à temps partiel sur 10 en France, en 2021 (Vie publique.fr, travail à temps partiel : des disparités entre femmes et hommes).

Par conséquent, la prise en compte dans le calcul de l'indemnité de licenciement de la base d'une rémunération réduite perçue par le salarié qui bénéficie d'un mi-temps thérapeutique reviendrait à instaurer indirectement une différence de traitement entre les salariés féminins et masculins pour le calcul de ces droits à prestation résultant du licenciement, dans la mesure où les bénéficiaires de ce dispositif sont très majoritairement des femmes.

Ainsi, au regard de l'article 157 du TFUE, un salarié en temps partiel, dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique doit bénéficier d'une indemnité de licenciement calculée sur la base de son temps plein. »

Le mémoire ampliatif se prévaut, par analogie, de la jurisprudence de notre chambre énoncée, en matière de congé parental, par un arrêt publié du 18 mars 2020 rendu par la formation plénière de la chambre sociale à la suite de la décision de la CJUE du 8 mai 2019 (CJUE, 8 mai 2019, C-486/18, Praxair MRC SAS) qui avait été saisie dans ce même dossier d'une question préjudicielle posée par notre chambre.

Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 16-27.825 :

« *Saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne, par arrêt du 8 mai 2019 (CJUE, arrêt du 8 mai 2019, Praxair MRC, C-486/18) a d'abord relevé que des prestations telles que l'indemnité de licenciement et l'allocation de congé reclassement devaient être qualifiées de « rémunérations » au*

⁷ Article L.3123-5, alinéa 5 : L'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ à la retraite du salarié ayant été occupé à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise sont calculées proportionnellement aux périodes d'emploi accomplies selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis son entrée dans l'entreprise.

⁸ Article 157 TFUE :

1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle.

sens de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) . Elle a ensuite dit pour droit que cet article devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation telle que celle au principal qui prévoit que, lorsqu'un travailleur engagé à durée indéterminée et à temps plein est licencié au moment où il bénéficie d'un congé parental à temps partiel, ce travailleur reçoit une indemnité de licenciement et une allocation de congé de reclassement déterminées au moins en partie sur la base de la rémunération réduite qu'il perçoit quand le licenciement intervient, dans la situation où un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel et lorsque la différence de traitement qui en résulte ne peut pas s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Les articles L. 3123-13 et R. 1233-32 du code du travail prévoient une indemnité de licenciement et une allocation de congé de reclassement déterminées au moins en partie sur la base de la rémunération réduite perçue par le salarié, qui engagé par un contrat à durée indéterminée à temps complet, bénéficie d'un congé parental à temps partiel lorsque le licenciement intervient. Ces dispositions établissent une différence de traitement avec les salariés se trouvant en activité à temps complet au moment où ils sont licenciés. Dans la mesure où un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel, ces articles instaurent indirectement une différence de traitement entre les salariés féminins et masculins pour le calcul de ces droits à prestation résultant du licenciement qui n'est pas justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Il en résulte que l'application de ces articles, contrairement à l'article 157 du TFUE en ce qu'ils instaurent une discrimination indirecte fondée sur le sexe, doit être dans cette mesure écartée. »

Solution reprise par l'arrêt du 14 avril 2021, Soc., 14 avril 2021, pourvoi n° 19-21.508, que cite le mémoire ampliatif.

Le mémoire en défense réplique que le parallèle que tente de faire la salariée avec le congé parental à temps partiel est inopérant et que la jurisprudence européenne dont celle-ci se prévaut ne peut être transposée au cas d'espèce où le mi-temps thérapeutique de la salariée avait fait suite à un arrêt de travail sans lien avec la maternité, une maladie professionnelle ou un accident du travail.

L'employeur observe que le mi-temps thérapeutique ne faisait pas suite à un congé de maternité, comme présenté dans la 2^e branche par de simples allégations non démontrées. Il rappelle que dans ses conclusions d'appel (prod. n°4, p.52) il soulignait que la salariée évoque « des chiffres qui concernent le temps partiel mais pas la situation spécifique du temps partiel thérapeutique. En effet, (elle) se garde bien de préciser que selon l'Insee, parmi les salariés en temps partiel, les hommes sont plus majoritairement concernés par le temps partiel thérapeutique (10.1% contre 8.3 % pour les femmes). ».

Si dans son délibéré, notre chambre considérait que la salariée ne présentait aucune offre de preuve au soutien de ses allégations relatives à une surreprésentation des femmes parmi les bénéficiaires de mi-temps thérapeutique, de sorte que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche rendue inopérante puisque dénuée d'offre de preuves, notre chambre pourrait décider de rejeter par décision non spécialement motivée la 2^e branche du 6^e moyen.

4-4-3 l'alternance de périodes travaillées à temps plein et à temps partiel : la 3^e branche

Cette 3^e branche invoque une violation de l'article L.3123-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, qui dispose que :

Le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi, les conventions et les accords d'entreprise ou d'établissement sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif.

La période d'essai d'un salarié à temps partiel ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle du salarié à temps complet.

Compte tenu de la durée de son travail et de son ancienneté dans l'entreprise, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'établissement ou l'entreprise.

Pour la détermination des droits liés à l'ancienneté, la durée de celle-ci est décomptée pour le salarié à temps partiel comme s'il avait été occupé à temps complet, les périodes non travaillées étant prises en compte en totalité.

L'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ à la retraite du salarié ayant été occupé à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise sont calculées proportionnellement aux périodes d'emploi accomplies selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis son entrée dans l'entreprise.

Le mémoire ampliatif fait valoir que lorsqu'un salarié a été occupé successivement à temps partiel et à temps plein, l'indemnité de licenciement se calcule proportionnellement aux périodes d'emploi à temps partiel et à temps plein, se référant ici aux arrêts de notre chambre :

* Soc., 16 février 1994, pourvoi n° 90-40.362 :

Attendu, selon le jugement attaqué, que M. [X] a été embauché le 1er juin 1983 par la société Transports Nicolas frères en qualité de chauffeur routier, qu'il a travaillé dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel jusqu'au 31 décembre 1984 qui s'est transformé en contrat à plein temps à compter du 1er janvier 1985 ; que l'intéressé a été licencié le 28 mai 1985 ;

(...)

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 212-4-2 du Code du travail ;

Attendu que pour condamner la société Transports Nicolas frères à payer à son ancien salarié une somme à titre d'indemnité de licenciement, le conseil de prud'hommes énonce que M. [X] avait deux ans d'ancienneté, ce qui lui ouvre droit au paiement d'une indemnité de licenciement et qu'il lui est donc dû 1/10^e de sa rémunération mensuelle, soit 1079,12 francs ;

Qu'en statuant ainsi, alors que dans le cas où un salarié a été occupé successivement à temps partiel et à temps plein dans l'entreprise, l'indemnité qui lui est due se calcule proportionnellement aux périodes d'emploi à temps partiel et à temps plein ; que, dès lors, en allouant au salarié une indemnité de licenciement calculée sur la base d'un emploi à temps plein après avoir relevé qu'il avait été engagé pendant plus d'un an à temps partiel, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;

* Soc., 10 janvier 1995, pourvoi n° 92-43.222, Bulletin 1995 V N° 20, qui a jugé que « Des articles L. 122-9, L. 212-4-2, alinéa 10, et R. 122-2 du Code du travail, il résulte que l'indemnité de licenciement des salariés à temps partiel, devant être proportionnelle à celle d'un salarié occupé à temps complet, est calculée, par année de service dans l'entreprise, sur la base de 1/10 de mois de salaire par année d'ancienneté. » (sommaire)

* Soc., 4 janvier 2000, pourvoi n° 97-44.923, Bulletin civil 2000, V, n° 10 : « *Viole les dispositions d'un plan social stipulant que pour les salariés à temps partiel l'indemnité de licenciement doit être évaluée en fonction de la proportionnalité de leur horaire contractuel réel, la cour d'appel qui, pour fixer le montant de l'indemnité de licenciement d'un salarié à la moitié de la somme prévue par le plan social pour les salariés comptant au moins quinze années d'ancienneté à temps plein, énonce que ce salarié travaillait à mi-temps lors de la rupture du contrat de travail, alors qu'il résulte de la disposition précitée que le montant de l'indemnité de licenciement est fonction de la durée de service tant à temps complet qu'à temps partiel, les périodes de travail à temps partiel étant prises en compte au prorata du rapport entre l'horaire à temps partiel et l'horaire à temps complet.* » (sommaire)

* Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.102, Bull. 2018, V, n° 165 : « *Si le principe d'égalité entre travailleurs à temps complet et travailleurs à temps partiel, posé par l'article L. 3123-13 du code du travail dans sa rédaction applicable, impose de calculer l'indemnité conventionnelle de licenciement en tenant compte, à défaut de dispositions conventionnelles contraires, proportionnellement des périodes d'emploi effectuées à temps plein et à temps partiel, **la règle de proportionnalité ne trouve pas à s'appliquer, sauf dispositions contraires de la convention collective, au plafond qui a un caractère forfaitaire.*** »

Se fondant sur ces arrêts, la salariée dans son mémoire ampliatif critique la décision de la cour d'appel qui a fixé le salaire de référence à 7 170,53 € brut mensuels au regard des fiches de paie des mois de septembre 2018 à août 2019. Elle renvoie à ses conclusions d'appel (p.50) où elle soutenait que « *Et afin de neutraliser les variations de salaire de (la salariée), du fait de son placement en mi-temps thérapeutique, il convient de prendre en compte l'ensemble des salaires annuels bruts perçus par cette dernière, et d'opérer une moyenne sur cette base :*

Année	Salaires moyen sur l'année (salaire annuel brut /12)
2008	9 906,85 €
2009	11 096,75 €
2010	13 244,71 €
2011	14 065,50 €
2012	12 442,13 €
2013	15 780,39 €
2014	12 799,77 €
2015	10 543,57 €
2016	10 944,23 €
2017	9 831,58 €
2018	10 003,88 €

(Pièce n°97)

Il est demandé à la Cour d'appel de retenir un salaire de référence d'un montant de 11.878,12 € (moyenne des 11 ans). »

Le mémoire en défense réplique que « *Contrairement à ce qu'indique le pourvoi, (la salariée) n'a jamais exercé ses fonctions à temps partiel, mais a bénéficié d'un mi-temps thérapeutique destiné à favoriser le maintien de son activité professionnelle. Or, **contrairement au salarié à temps partiel qui perçoit les seuls revenus de son activité, le salarié à mi-temps thérapeutique perçoit non seulement son salaire d'activité correspondant aux heures effectuées, mais également les indemnités journalières versées par la sécurité sociale destinées à compenser la baisse d'activité. Les deux situations n'étaient donc nullement comparables.** Il n'y avait donc pas lieu, pour la détermination du salaire de référence servant de base pour le calcul de l'indemnité de licenciement, de chercher à compenser les périodes à temps complet et à mi-temps thérapeutique. La jurisprudence citée par le pourvoi à cet égard est inopérante. La cour d'appel, qui a écarté nécessairement cet argument, doit être approuvée.* »

On observera qu'après les motifs précédemment rappelés relatifs à la fixation du salaire de référence, la cour d'appel a statué sur l'indemnité conventionnelle de licenciement en faisant application de l'article 29 de la convention collective de la métallurgie du 13 mars 1972, mêmes convention collective et article qui étaient en cause dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de notre chambre, Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.102, Bull. 2018, V, n° 165⁹, cité par le mémoire ampliatif.

La cour d'appel a, au cas présent, retenu les motifs suivants (arrêt, p.21) :

« En application des articles L. 1234-9 et R. 1234-2 du code du travail, (la salariée) ayant une ancienneté d'au moins 8 mois ininterrompus au service du même employeur, elle a droit à une indemnité de licenciement correspondant à :

1° un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ;

2° un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans.

L'article 29 de la convention collective de la métallurgie prévoit des dispositions plus favorables:

- 1/5ème de mois par année d'ancienneté pour la tranche de 1 à 7 ans d'ancienneté,

- 3/5ème de mois par année d'ancienneté au delà de 7 ans d'ancienneté.

En outre, l'indemnité est majorée de 30 % pour les cadres âgés d'au moins 55 ans et de moins de 60 ans et ayant 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, sans que le montant total de l'indemnité ne puisse être inférieur à 6 mois ni supérieur à 18 mois de salaire.

Le conseil de prud'hommes a alloué la somme de 42 631,81 euros qui est inférieure à 6 mois du salaire mensuel retenu.

*Il convient en conséquence d'infirmier la décision de première instance en ce qu'elle a fixé l'indemnité conventionnelle de licenciement à cette somme et, statuant à nouveau, de **fixer l'indemnité conventionnelle de licenciement à la somme de 43 023,18 euros bruts (7 170,53 euros x 6 mois), somme proposée par l'employeur à titre subsidiaire.***¹⁰ ».

Notre chambre pourra également se reporter aux arrêts suivants :

* Soc., 1 avril 2003, pourvoi n° 00-41.428 :

Attendu que Mme [X] a été engagée en qualité d'employée de bureau par le cabinet d'assurances Peyre, à compter du 11 août 1964 ; qu'elle a travaillé à temps complet jusqu'au 31 août 1996 puis à temps partiel à compter de cette date ; que, le 5 juin 1997, elle a fait l'objet d'une rétrogradation disciplinaire ; qu'à la suite de son refus d'accepter la modification de son contrat de travail entraînée par cette sanction, elle a été licenciée le 7 juillet 1997 ; que, contestant cette mesure, elle a saisi le conseil de prud'hommes de diverses demandes ;

(...)

Et sur le second moyen :

Vu l'article L. 212-4-5 du Code du travail et l'article 36 de la Convention collective du personnel des agences générales d'assurances ;

Attendu que pour allouer à la salariée une indemnité de licenciement correspondant à sept mois de salaire brut, calculé sur la base du salaire mensuel moyen des trois derniers mois, la cour d'appel, après avoir rappelé que l'indemnité conventionnelle de licenciement ne pouvait dépasser sept mois de salaire, énonce que le salaire à prendre en considération est le salaire effectivement perçu à l'époque du licenciement et que la circonstance que la salariée se trouvait alors à temps

⁹ Et attendu qu'ayant constaté que l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 institue, pour la détermination du montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, un plafond égal à dix huit mois de traitement, la cour d'appel, qui a préalablement appliqué la règle de proportionnalité pour le calcul de l'indemnité théorique de licenciement, en a, à bon droit, limité le montant par application du plafond conventionnel, non proratisé ;

¹⁰ Conclusions de l'employeur, prod. n°4 du mémoire ampliatif, p.54-55

partiel et qu'elle ait auparavant travaillé un certain nombre d'années à temps plein est indifférente ;

Attendu, cependant, que, selon les dispositions de l'article L. 212-4-5 du Code du travail, 5° alinéa, l'indemnité de licenciement des salariés ayant été occupés à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise est calculée proportionnellement aux périodes d'emploi effectuées selon l'une et l'autre de ces modalités depuis leur entrée dans l'entreprise ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, **alors qu'il lui incombait, pour déterminer le montant de l'indemnité de licenciement dans la limite du plafond fixé par la Convention collective, de tenir compte de la période de travail à temps complet et de calculer cette indemnité proportionnellement aux périodes de travail à temps complet et à temps partiel**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

* Soc., 16 avril 2015, pourvoi n° 13-27.905 :

Mais sur le troisième moyen :

Vu les articles L. 3123-13 du code du travail et 4 de l'avenant I cadres à la convention collective nationale des commerces de gros du 23 juin 1970 ;

Attendu que pour allouer au salarié un solde d'indemnité conventionnelle de licenciement, la cour d'appel a fixé le montant de cette indemnité en prenant pour base de calcul un salaire correspondant à un temps de travail à temps partiel ;

Attendu, cependant, que selon les dispositions de l'article L. 3123-13 du code du travail, l'indemnité de licenciement des salariés ayant été occupés à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise est calculée proportionnellement aux périodes d'emploi effectuées selon l'une ou l'autre de ces modalités depuis leur entrée dans l'entreprise ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, **alors qu'il ressortait des énonciations de l'arrêt que le salarié avait travaillé à temps complet jusqu'au 30 avril 2006 et qu'il lui incombait, pour déterminer le montant de l'indemnité de licenciement, de tenir compte de la période de travail à temps complet et de calculer cette indemnité proportionnellement aux périodes de travail à temps complet et à temps partiel**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments qu'il reviendra à notre chambre d'apprécier les mérites de la 3^e branche du 6^e moyen, en s'interrogeant notamment sur son caractère opérant quant aux chefs de dispositif critiqués par le 6^e moyen, autres que la condamnation prononcée au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement.