



RAPPORT DE Mme SALOMON, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 2099 du 29 novembre 2023 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-15.794

Décision attaquée : 3 mars 2022 de la cour d'appel de Paris

Mme [Y] [X]

C/

la société Comparadise groupe

1 - Rappel des faits et de la procédure

Suivant contrat à effet au 7 octobre 2013, la société Compamut devenue la société Compassu, aux droits de laquelle vient la société Comparadise groupe, a engagé Mme [X] en qualité de chef de projet internet. La salariée exerçait en dernier lieu les fonctions de responsable marketing.

Du 8 septembre au 28 décembre 2017, son contrat de travail a été suspendu en raison de son congé maternité à la suite duquel la période de protection s'est étendue jusqu'au 24 janvier 2018, en raison de sa prise de congés et de ses journées de RTT. La date de reprise effective du travail était fixée au 25 janvier 2018 et la période de protection s'est achevée le 6 avril 2018.

Au début de l'année 2018, la société a informé les délégués du personnel d'un projet de réorganisation pour motif économique entraînant la suppression de deux postes de travail, dont celui de responsable marketing occupé par la salariée. A l'issue de la

réunion qui s'est tenue le 12 janvier 2018, les délégués du personnel ont rendu un avis favorable au projet.

Par lettre recommandée avec accusé de réception adressée le 16 janvier 2018, la salariée a été convoquée à un entretien préalable à son éventuel licenciement, fixé au 10 avril 2018, puis elle s'est vu notifier les motifs économiques du licenciement par lettre du 20 avril. Elle a accepté le contrat de sécurisation professionnelle le 1^{er} mai et le contrat de travail a été rompu le 10 mai 2018.

Soutenant que le licenciement serait nul pour être intervenu en violation de son statut protecteur, la salariée a saisi la juridiction prud'homale le 29 octobre 2018.

Par jugement du 2 mars 2020, le conseil de prud'hommes de Paris l'a déboutée de l'ensemble de ses demandes, l'a condamnée aux dépens et a rejeté la demande de la société au titre de ses frais irrépétibles.

Le 3 mars 2022, la cour d'appel a confirmé le jugement sauf en ce qui concerne la demande de rappel de rémunération variable de la salariée et, statuant à nouveau de ce chef et y ajoutant, a condamné l'employeur au paiement d'un rappel de rémunération variable, a rejeté le surplus de ses demandes et a condamné l'employeur au paiement d'une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Déclaration de pourvoi de la salariée du 3 mai 2022

MA du 25 août 2022 (4 000 euros réclamés au titre de l'art. 700 du CPC)

MD du 13 septembre 2022 (3 000 euros réclamés sur le même fondement)

La procédure apparaît régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

Le 1^{er} moyen fait grief à l'arrêt de débouter la salariée de sa demande de nullité du licenciement pour motif économique, de sa demande de réintégration et de ses demandes indemnitaires afférentes, alors « qu'il est interdit non seulement de notifier une décision de licenciement pendant la période de protection visée à L. 1225-4 du code du travail, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision ; qu'au cas présent, la cour d'appel, après avoir relevé que la période de protection prenait fin le 6 avril 2018, a constaté qu'une convocation à entretien préalable au licenciement avait été adressée à Madame [X] le 10 janvier 2018 et que les délégués du personnel avaient été consulté le 12 janvier 2018 sur un projet de licenciement pour motif économique concernant le poste de responsable marketing attaché à l'établissement parisien de la société ; que pour débouter la salariée de ses demandes au titre de la nullité de son licenciement, la cour d'appel a cru pouvoir retenir que la SAS Comparadise n'avait accompli aucun acte préparatoire au licenciement pendant la période de protection ; qu'en statuant ainsi quand la matérialité des actes préparatoires était établie, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé l'article L. 1225-4 susvisé ensemble l'article 10 de la directive 92 / 85 du 19 octobre 1992 et de l'article 15 de la directive 2006 / 54 du Parlement Européen et du Conseil du 5 juillet 2006. »

Le second moyen fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement pour motif économique de la salariée repose sur une cause réelle et sérieuse, alors :

« 1) que la lettre de licenciement fixe les limites du litige ; qu'au cas présent, la suppression du poste de Madame [X] était justifiée, dans la lettre de licenciement, par une réorganisation destinée à dégager à nouveau de la marge et à sauvegarder l'activité de la société Comparadise ; que pour dire le licenciement pour motif économique fondé la cour d'appel a relevé que l'employeur « verse aux débats les comptes annuels 2016 et 2017 et le rapport d'activité 2017 pour chacune des sociétés du groupe démontrant la réalité des difficultés économiques au sein de celui-ci caractérisées par une baisse des résultats nets » (arrêt p. 6 § 3) ; qu'en statuant ainsi, quand le licenciement de Madame [X] était motivé par une sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, la cour d'appel a violé l'article L. 1233-3 du code du travail ;

2) que l'employeur doit apporter la preuve qu'il a effectué des recherches loyales en justifiant avoir recherché toutes possibilités de reclassement dans les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel au sein du Groupe ; que l'employeur est tenu d'adresser à chacun des salariés dont le licenciement est envisagé des offres de reclassement précises, concrètes et personnalisées ; qu'à défaut de recherche loyale et sérieuse de reclassement le licenciement pour motif économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse ; qu'au cas présent, Madame [X] faisait valoir que la société Comparadise n'avait jamais cherché à la reclasser sur un autre poste de travail (conclusions p. 9) ; qu'en retenant néanmoins à l'appui de sa décision que la société Comparadise avait régulièrement exécuté son obligation de reclassement au motif que le note d'information remise aux délégués du personnel faisait état de recherches de reclassement, sans rechercher si la société Comparadise avait fait à Madame [X] des propositions précises et personnalisées de reclassement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-4 du code du travail. »

3 - Identification du point de droit faisant difficulté à juger

Notion d'actes préparatoires à un licenciement et protection de la maternité

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Sur le premier moyen

L'article L.1225-4 du code du travail prévoit qu'aucun employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, et au titre des congés payés pris immédiatement après le congé de maternité ainsi que pendant les dix semaines suivant l'expiration de ces périodes.

Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce

contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension du contrat de travail mentionnées au premier alinéa.

Cet article institue donc deux catégories de protection :

- une protection relative qui s'applique dès le constat de grossesse jusqu'au départ en congé de maternité, puis pendant les dix semaines suivant la reprise du travail, périodes au cours desquelles le licenciement peut intervenir dans les cas limités prévus par la loi,
- une protection absolue couvrant le congé de maternité et les congés payés pris immédiatement après, au cours desquels le contrat de travail est suspendu et un licenciement ne peut prendre effet ou être notifié.

Initialement, la chambre permettait à l'employeur d'engager la procédure de licenciement pendant cette période de suspension, dès lors que le licenciement était notifié ou prenait effet postérieurement à la période de suspension (Soc. 29 mai 1990, n°88-45.500).

Toutefois, l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992 relative à l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail dispose :

« En vue de garantir aux travailleuses [enceintes, accouchées ou allaitant] au sens de l'article 2, l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé reconnus dans le présent article, il est prévu que :

- 1) les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses, au sens de l'article 2, pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité visé à l'article 8 paragraphe 1, sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et, le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord ;
- 2) lorsqu'une travailleuse, au sens de l'article 2, est licenciée pendant la période visée au point 1, l'employeur doit donner des motifs justifiés de licenciement par écrit ;
- 3) les États membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleuses, au sens de l'article 2, contre les conséquences d'un licenciement qui serait illégal en vertu du point 1 ».

Interprétant cet article, la Cour de justice des communautés européennes a décidé qu'il prohibe non seulement le licenciement d'une salariée pendant son congé de maternité, mais interdit également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l'échéance de cette période (CJCE 11 octobre 2007 aff. Paquay, C-460/06).

A la suite de cet arrêt, la chambre sociale a harmonisé sa jurisprudence avec celle de la CJUE. Interprétant désormais l'article L.1225-4 du code du travail à la lumière de la directive précitée, elle juge nul le licenciement préparé pendant le congé de maternité d'une salariée:

- « *N'a pas donné de base légale à sa décision, la cour d'appel qui a débouté une salariée de sa demande en nullité du licenciement, sans vérifier comme elle y était*

invitée, si l'engagement d'un salarié pour la remplacer durant son congé de maternité n'avait pas eu pour objet de pourvoir à son remplacement définitif, de sorte qu'il caractérisait une mesure préparatoire à son licenciement interdite pendant la période de protection prévue par l'article L. 1225-4 du code du travail, interprété à la lumière de l'article 10 de la Directive 92/85 du 19 octobre 1992. » (Soc. 15 septembre 2010, n°08-43.299, Bull. V n°182, arrêt commenté au Rapport annuel de la Cour).

- « Mais attendu, d'abord, qu'il résulte de l'article L. 1225-4 du code du travail, alors applicable, interprété à la lumière de l'article 10 de la Directive 92/85 du 19 octobre 1992, qu'il est interdit à un employeur, non seulement de notifier un licenciement, quel qu'en soit le motif, pendant la période de protection visée à ce texte, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision ; Attendu, ensuite, qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve produits devant elle, la cour d'appel a constaté l'existence, pendant le congé de maternité, d'actes préparatoires au licenciement de la salariée » (Soc. 1^{er} février 2017, n°15-26.250).

Elle a en revanche refusé d'étendre cette protection au père (Soc. 30 septembre 2020 n°19-12.036), l'article L 1225-4-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, ne mettant pas en oeuvre l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992 précitée.

Le débat s'est alors porté sur la notion d'actes préparatoires à un licenciement, définis par la chambre comme étant ceux destinés à pourvoir au remplacement définitif de la salariée, et la chambre opère une distinction entre ces actes, prohibés, et les mesures relatives au reclassement, qu'elle autorise :

- « Mais attendu qu'appréciant souverainement la portée des éléments de fait et de preuve, la cour d'appel, qui a relevé, d'une part que la réorganisation intervenue au sein de la société avait été portée à la connaissance de la salariée avant son départ en congé de maternité, d'autre part que l'employeur lui avait fait de nouvelles propositions de postes au cours des mois de septembre et novembre 2010 à la suite de son premier refus, le 1^{er} septembre 2010, d'une mission nationale, a pu déduire de ses constatations l'absence de mesures préparatoires au licenciement de l'intéressée pendant la période de protection prévue à l'article L. 1225-4 du code du travail ; que sans être tenue de procéder à une recherche que ses énonciations rendaient inopérante, ni modifier l'objet du litige, elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision » (Soc. 10 février 2016, n°14-17.576, également Soc. 14 septembre 2016, n°15-15.943, Bull. V n°163 où la chambre a répondu par la négative à la question de savoir si des discussions, convocations et entretiens de recrutement relatifs à un éventuel reclassement dans le cadre d'un PSE intervenus pendant la période de congé de maternité, constituent des actes préparatoires au licenciement prononcé à l'expiration de cette période, rendant ce licenciement nul).

Le commentaire FRS de notre arrêt du 1^{er} février 2017 est ainsi rédigé :

« Qu'est-ce qu'une mesure préparatoire au licenciement prohibée pendant le congé de maternité ? La Cour de cassation apporte de nouvelles précisions sur cette notion, dont l'appréciation peut être délicate en présence d'un licenciement économique.

L'ÉVICTION DE LA SALARIÉE DÉCIDÉE PENDANT SON CONGÉ, MÊME POUR MOTIF ÉCONOMIQUE, EST PROHIBÉE

En l'espèce, la salariée a été avertie pendant son congé de maternité par un entretien téléphonique avec le DRH de l'entreprise qu'elle allait faire l'objet d'un licenciement économique. L'intéressée a été reçue en entretien, au cours duquel le DRH l'a informée qu'il était inutile de reprendre le travail à l'issue de son congé de maternité. Il lui a demandé de rédiger deux courriers antidatés : l'un pour annuler sa demande de congé parental d'éducation à temps partiel, l'autre pour demander à bénéficier d'une autorisation d'absence rémunérée immédiatement après son congé. La salariée s'est exécutée. Elle a reçu une proposition de reclassement, qu'elle a refusée, puis a été licenciée pour motif économique après expiration de sa période de protection liée à la maternité.

La salariée, soutenant que son licenciement était nul pour avoir été préparé pendant le congé de maternité, a saisi le conseil de prud'hommes. Les juges du fond lui ont donné raison et ont annulé le licenciement.

La Cour de cassation approuve leur raisonnement. Elle rappelle que l'article L 1225-4 du Code du travail, interprété à la lumière de l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992, interdit à un employeur non seulement de notifier un licenciement, quel qu'en soit le motif, pendant le congé de maternité, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision (voir déjà en ce sens Cass. soc. 15-9-2010 n° 08-43.299 FS-PBR : RJS 11/10 n° 841).

Or, en l'espèce, de telles mesures ont été constatées par les juges. En particulier, ces derniers ont relevé que la décision de rompre le contrat de travail de la salariée avait été prise pendant le congé, ce qui lui avait été annoncé par son DRH.

TENTER DE RECLASSER LA SALARIÉE, CE N'EST PAS PRÉPARER SON LICENCIEMENT

L'employeur soutenait, au moyen de son pourvoi, que l'interdiction des mesures préparatoires au licenciement pendant la période de protection liée à la maternité ne s'applique pas en cas de licenciement collectif pour motif économique. C'était confondre la décision de licencier la salariée et la recherche des mesures visant à éviter ce licenciement, notamment les tentatives de reclassement.

La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur ce point. Elle a en effet jugé que les propositions de reclassement préalable à un licenciement économique adressées à la salariée pendant son congé de maternité ne caractérisent pas des mesures préparatoires à la rupture illicites (Cass. soc. 10-2-2016 n° 14-17.576 F-D : RJS 4/16 n° 238 ; Cass. soc. 14-9-2016 n° 15-15.943 FS-PB : FRS 21/16 inf. 2).

Mais, en l'espèce, l'employeur pouvait difficilement soutenir qu'il avait cherché à maintenir la salariée dans les effectifs de l'entreprise. C'est ce qui justifie l'annulation de la rupture. »

Par la suite, la chambre a précisé la notion d'actes préparatoires :

- « Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la salariée faisant valoir que la société avait mis en oeuvre avant le terme de la protection légale les mesures aboutissant à son licenciement, notamment la suppression de son poste, l'absence de visite de reprise, la dispense d'activité, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé » (Soc. 26 avril 2017, pourvoi n° 16-10.254).

- « Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes en nullité de son licenciement et en paiement de dommages-intérêts de ce chef, alors, selon le moyen, qu'il résulte de l'article L. 1225-4 du code du travail interprété à la

lumière de l'article 10 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, qu'il est interdit non seulement de notifier une décision de licenciement à une salariée enceinte pendant la période de protection de l'emploi, mais également de prendre des mesures préparatoires à une telle décision avant l'échéance de cette période ; que constituent des mesures préparatoires au licenciement le rassemblement des éléments de preuve et la collecte d'attestations en vue d'étayer le licenciement d'une salariée notifiée à l'expiration de son congé de maternité ; qu'en décidant le contraire et en écartant de ce fait la nullité du licenciement, la cour d'appel a violé l'article L. 1225-4 du code du travail ;

Mais attendu qu'appréciant souverainement la portée des éléments de fait et de preuve, la cour d'appel a relevé que la simple réunion par l'employeur, au fur et à mesure de leur signalement, d'éléments relatifs aux dysfonctionnements qui étaient portés à sa connaissance ne pouvait pas être considérée comme une mesure préparatoire à un licenciement ; que le moyen n'est pas fondé » (Soc. 6 novembre 2019, n°18-20.909).

Enfin, nous jugeons que « l'existence ou l'absence d'actes préparatoires à un licenciement est souverainement appréciée par les juges du fond » (Soc. 14 septembre 2016, n°15-15.943, *Bull.* V n°163, également Soc. 1^{er} février 2017 précité).

Toutefois, et comme le relève l'avocate générale A-M. Grivel dans son avis rendu dans notre arrêt du 30 septembre 2020, « si les éléments de fait et de preuve relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, leur qualification d'acte juridique emportant des conséquences juridiques est contrôlée devant toutes les juridictions civiles de la Cour. »

A la connaissance du rapporteur, la chambre ne s'est pas encore prononcée sur la nature d'une convocation à entretien préalable.

Prévue aux articles L.1232-2 pour le licenciement pour motif personnel et L.1233-11 pour le licenciement pour motif économique individuel ou inclus dans un licenciement collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours, la convocation à l'entretien préalable constitue l'engagement de la procédure de licenciement et révèle l'intention - mais non la décision - de l'employeur de rompre le contrat. C'est d'ailleurs à la date d'envoi de la lettre de convocation que s'apprécie la qualité de salarié protégé, selon la jurisprudence constante de la chambre.

En l'occurrence, la cour d'appel a retenu :

« Mme [X] ne peut valablement se prévaloir de sa convocation à entretien préalable notifiée pendant sa période de protection ni de la réunion des délégués du personnel le 12 janvier 2018 pour soutenir que la décision de la licencier était prise en l'absence de tout élément objectif venant caractériser cette volonté de l'employeur alors que la réunion des délégués du personnel s'inscrivait dans le cadre d'un licenciement collectif pour motif économique, que les recherches de reclassement se sont poursuivies ainsi que cela ressort de la note d'information, qu'il n'est produit aucun élément d'information sur la teneur précise de la communication téléphonique du 3 janvier 2018 par laquelle l'employeur a verbalement informé la salariée de la réorganisation de l'entreprise entraînant la suppression de son poste et qu'il ne peut

non plus être tiré argument de l'absence d'organisation de visite médicale de reprise dans les huit jours suivant la fin du congé maternité qui ressort du non-respect de l'obligation de sécurité et non de la volonté d'évincer la salariée.

La cour considère en conséquence de ce qui précède que l'employeur n'a pas commis d'acte préparatoire au licenciement pendant la période de protection dont bénéficiait Mme [X] et la déboute de sa demande de nullité du licenciement, de sa demande d'indemnité pour licenciement nul et de dommages-intérêts pour violation du statut protecteur. »

Il reviendra à la formation de dire si la cour d'appel pouvait statuer comme elle l'a fait.

Sur le second moyen :

Aux termes de l'article L.1233-3 du code du travail, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment:

1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à:

- a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés;
- b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés;
- c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés;
- d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus;

2° A des mutations technologiques;

3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité;

4° A la cessation d'activité de l'entreprise.

La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau de cette entreprise si elle n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise et aux » entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude.

Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce.

Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la

clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées au présent article, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants et de la rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif visée aux articles L. 1237-17 et suivants.

Le mémoire en défense soulève l'irrecevabilité de la 1^{ère} branche du moyen, comme étant contraire aux conclusions de la salariée.

Au cas d'espèce, la lettre de licenciement visait une réorganisation motivée tant par des difficultés économiques que par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

Dans ses conclusions (p.12 à 13), la salariée se bornait à contester l'existence de difficultés économiques et reprochait au conseil de prud'hommes de ne pas avoir procédé à l'analyse des difficultés économiques invoquées par l'employeur.

Dès lors, la 1^{ère} branche du moyen apparaît contraire aux conclusions devant les juges du fond et partant irrecevable.

S'agissant de la 2^{ème} branche, la salariée indiquait dans ses développements consacrés à la nullité de son licenciement (p.9) : « *Dans le même esprit, la société n'a jamais cherché à reclasser Madame [X] sur un autre poste de travail, preuve que la décision était prise depuis le mois de janvier 2018.* » Dans la partie consacrée à la contestation du bien-fondé de son licenciement, elle contestait uniquement l'existence des difficultés économiques.

Il reviendra éventuellement à la formation de dire si, en constatant l'existence de recherches de reclassement qui se sont poursuivies et en renvoyant à la note d'information, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.