

L'effectivité du droit au congé parental assurée par le principe d'interdiction des discriminations indirectement fondées sur le sexe

(À propos de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 mars 2020)

Par Sandrine MAILLARD-PINON, Maître de conférences en droit privé, Faculté Jean-Monnet, Université Paris-Saclay

PLAN

- I. Le versement d'indemnités minorées à une salariée en congé parental constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe
- II. Le versement d'indemnités minorées à un salarié en congé parental est contraire à la directive sur le droit au congé parental

C'est sous le prisme du principe d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes que les juges nationaux et européens garantissent l'effectivité du droit au congé parental d'éducation (1).

En l'espèce, une salariée engagée en qualité d'assistante commerciale par contrat de travail à durée indéterminée à temps complet est passée temporairement à temps partiel à l'occasion de la naissance de chacun de ses deux enfants. Elle a en effet pris, à deux reprises, un congé parental d'éducation, afin de concilier sa vie familiale avec une activité professionnelle réduite. Mais la salariée a été licenciée pour motif économique avant que son second congé ne prenne fin. Elle a perçu une indemnité de licenciement et une allocation de reclassement dont les montants respectifs ont été calculés en prenant en compte sa rémunération réduite perçue pendant son congé. Ce qu'elle contestait en justice.

Il n'existe, dans le Code du travail, aucune disposition spécifique sur les modalités de calcul des indemnités de rupture versées au salarié qui, embauché à temps plein, est licencié au cours d'un congé parental à temps partiel. Selon le droit commun (2), 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 accomplies selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis leur entrée dans l'entreprise ». En application de cette règle de proportionnalité, les juges du fond ont confirmé que la salariée ayant travaillé temporairement à temps partiel pendant son congé parental devait percevoir une indemnité minorée, à due proportion de la durée de la période de travail à temps partiel. À défaut de disposition spécifique, la même solution a été retenue pour l'allocation de reclassement.

L'application de la règle de proportionnalité pour le calcul de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de reclassement versées à la salariée en congé parental à temps partiel est-elle contraire au droit de l'Union européenne ? Telle est, en substance, la question soulevée par le pourvoi et renvoyée par la Cour de cassation (3) à la Cour de justice (4).

Dit autrement, le droit de l'Union européenne impose-t-il de calculer le montant de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de congé de reclassement d'un salarié passé en congé parental à temps partiel uniquement sur la base de sa rémunération à temps plein ?

(1) V. C. Mathieu, « L'obligation de réemploi de la salariée en congé parental à l'épreuve de la discrimination », *Dr. ouv.*, mars 2020, p. 117.

(2) Ancien art. L. 3123-13, devenu l'article L. 3123-5 du Code du travail.

(3) Soc., 11 juillet 2018, n° 16-27825 : n° 16-27.825, *D.*, 2018, p. 1557 ; *RTDCiv.*, 2019, p. 67, obs. P. Deumier ; *RTDEur.*, 2019, p. 416, obs. A. Jeauneau ; *JCP S.*, 2018, p. 1275, note J.-P. Lhernould.

(4) CJUE, 8 mai 2019, aff. C-486/18, *Praxair.*

Il ressort du dialogue entre les juges nationaux et de l'Union européenne, et plus particulièrement de cet arrêt du 18 mars 2020, que le versement d'indemnités minorées à une salariée en congé parental à temps partiel constitue une discrimi-

nation indirecte fondée sur le sexe, prohibée par l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) (I), ce qui nous questionne sur la place de la directive sur le congé parental (II).

I. Le versement d'indemnités minorées à une salariée en congé parental constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe

Retour aux sources primaires : application de l'article 157 du TFUE – « *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* (5). »

Ce principe d'égalité de rémunération entre hommes et femme était déjà présent dans le traité de Rome (6). Il poursuit une double finalité : un objectif économique d'une part, en évitant que les entreprises qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans un État qui n'a pas encore éliminé la discrimination salariale. Et un objectif social, d'autre part, en assurant le progrès social et poursuivant l'amélioration constante des conditions de travail et de vie des travailleurs. C'est pourquoi la Cour de justice de l'Union européenne joue toujours un rôle moteur dans la promotion de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, encore aujourd'hui à travers cette affaire Praxair.

Définition large de la « rémunération » – L'application de l'article 157 du TFUE au cas d'espèce supposait au préalable de retenir la qualification de rémunération pour l'indemnité de licenciement et l'allocation de reclassement. Il s'agit du « *salaire ou [du] traitement ordinaire de base ou minimal, 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* (7) ». La Cour de justice opère une lecture extensive de cette définition pour faire entrer de nombreux éléments dans ces « *autres avantages* ». Peu important qu'elles soient versées après la cessation de la relation de travail, les indemnités octroyées par l'employeur au travailleur à l'occasion de son licenciement constituent une forme de rémunération différée, à laquelle le travailleur a droit en raison de son emploi, mais qui lui est versée au moment de la cessation de la relation de travail, dans le but de faciliter son adaptation aux circons-

tances nouvelles résultant de celle-ci (8). L'indemnité de licenciement et l'allocation de congé de reclassement sont donc qualifiées de « *rémunérations* », au sens de l'article 157 du TFUE (9).

L'usage de l'outil statistique, preuve de l'effet discriminant d'un critère apparemment neutre – Pour donner son plein effet au principe d'égalité de rémunération, la Cour de justice n'a pas limité son action aux discriminations directement fondées sur le sexe. Même si elle est « *cachée* » derrière un critère apparemment neutre, la discrimination indirecte est dévoilée au regard de l'effet discriminatoire produit par l'utilisation de ce critère qui désavantage particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe. Autrement dit, une sanction est justifiée parce que c'est, *in fine*, comme si la différence de traitement reposait sur le critère du sexe.

En l'espèce, la législation nationale autorise à minorer le montant des indemnités de rupture lorsque le salarié est temporairement passé à temps partiel dans l'entreprise. Le critère de la durée du travail ne fait pas partie des motifs discriminatoires interdits et, en ce sens, il est « *neutre* », mais produit-il un effet discriminatoire ? La question n'est pas sans rappeler le célèbre arrêt Jenkins de la Cour de justice (10). Dans cette affaire, les salariés à temps partiel avaient une rémunération horaire inférieure à celle des travailleurs à temps plein. La différence de traitement n'était donc pas fondée sur le critère du sexe mais, en raison d'un pourcentage très élevé de femmes à temps partiel dans l'entreprise, elle défavorisait très majoritairement les femmes. Ce qui produisait donc (presque) les mêmes effets qu'une discrimination fondée sur le sexe. Les données statistiques font ainsi apparaître une présomption de discrimination, à charge ensuite pour l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. Mais encore faut-il vérifier si ces statistiques « *portent sur un nombre suffisant d'indi-*

(5) Art. 157, al. 1^{er} du TFUE.

(6) Art. 119, repris à l'article 141 du TCE.

(7) Art. 157, al. 2.

(8) CJCE, 17 mai 1990, C-262/88, Barber, p. 13.

(9) Arrêt précité, Praxair, p. 72.

(10) CJCE, 31 mars 1981, aff. C-96/80, Jenkins.

vidus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives (11) ».

Non sans avoir pris son temps, la Cour de cassation s'est approprié cette méthode d'identification des discriminations indirectes pour juger que le fait de conditionner le bénéfice d'une allocation de retraite supplémentaire à un nombre minimum d'heures de travail constituait une discrimination indirecte, dès lors qu'au sein de cette structure, la part des travailleurs féminins à temps partiel par rapport au total des travailleurs féminins (81,45 %) était plus élevée que celle des hommes à temps partiel par rapport au total des travailleurs masculins (40 %), ce dont il résultait qu'un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins était affecté par la disposition prévue dans les statuts de l'organisme de retraite, alors déclarée inopposable à la salariée (12). Cette jurisprudence reste d'autant plus d'actualité qu'en France, 76 % des emplois à temps partiel sont occupés par des femmes. Faut-il en déduire que toute modalité spécifique (prime, taux horaire inférieur...) défavorable aux salariés à temps partiel constitue une discrimination indirectement fondée sur le sexe ?

Dans le présent arrêt, les juges ne répondent pas à cette question. Ils se sont attachés à la proportion de femmes présentes dans le groupe constitué par les salariés en congé parental, et non dans le groupe des salariés à temps partiel. Selon les données statistiques élaborées au niveau national, retenus par les juges nationaux et européens, en France, 96 % des travailleurs prenant un congé parental sont des femmes. Ce chiffre est suffisamment éloquent pour établir que la minoration des indemnités de rupture affecte de manière défavorable un groupe constitué très majoritairement de femmes. Autrement dit, l'application de la règle de proportionnalité aux salariés en congé parental à temps partiel désavantage particulièrement les femmes par rapport aux hommes, sans que cette atteinte au principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes ne puisse être objectivement justifiée.

L'effet direct de l'article 157 du TFUE : les indemnités de rupture de la salariée en congé parental à temps partiel doivent être calculées sur la base de sa rémunération à temps complet.

Pour assurer l'effectivité du principe d'égalité de rémunération, la Cour de justice a vite reconnu

l'effet direct de l'article 119 du traité de Rome que la salariée peut invoquer en justice à l'encontre de son employeur (13). Lorsqu'il constate l'incompatibilité d'une disposition nationale avec le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, le juge national est tenu de l'écarter du litige. Concrètement, il « *doit immédiatement, de sa propre autorité, accorder cette prestation ou cet avantage au groupe ainsi défavorisé, sans attendre l'élimination de la contrariété par la voie législative (14) »*. L'employeur est alors tenu de respecter le principe d'égalité de rémunération, sans qu'il puisse se retrancher derrière la bonne application qu'il a cru pouvoir faire de la loi nationale.

En l'espèce, c'est l'application de l'article L. 3123-13 du Code du travail aux salariés en congé parental à temps partiel qui crée une rupture d'égalité en défaveur des femmes. La mise à l'écart de cette règle de droit commun conduit à l'application d'une règle spécifique avantageuse pour la salariée en congé parental à temps partiel, puisque le montant de son indemnité de licenciement et celui de son allocation de reclassement de rupture seront calculés en totalité sur la base d'un temps plein sans prendre en compte sa période de travail à temps partiel. Ce qui s'apparente à la création d'une sorte de discrimination positive (ou mesure d'action positive, selon le vocabulaire propre au droit de l'Union européenne), justifiée par la situation de fait (15). Et, à l'image d'une discrimination positive, un tel traitement préférentiel est temporaire ; il n'aura plus de fondement juridique, une fois que l'égalité de fait (16) sera atteinte. C'est une situation temporaire qui peut durer fort longtemps... Mais que se passe-t-il lorsque les statistiques s'équilibrent ? La minoration des indemnités redevient-elle possible, au risque de décourager la prise d'un congé parental ? Espérons que le législateur intervienne avant, pour inscrire dans le Code du travail une règle spécifique applicable aux titulaires d'un congé parental à temps partiel.

Si la protection de la salariée en congé parental sur le fondement de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe est incontestablement efficace tant que le congé parental reste très majoritairement pris par les femmes, n'est-ce pas, par nature, l'objet de la directive sur le congé parental, de protéger tous les salariés en congé parental, quel que soit leur sexe ?

(11) CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Enderby, p. 17 ; voir aussi sur la méthode d'utilisation des statistiques : CJUE, 8 mai 2019, aff. C-161/18, Villar Laiz, p. 39 à 45.

(12) Soc., 3 juillet 2012, n° 10-23.013.

(13) CJCE, 25 mai 1971, aff. C-80/70, Defrenne.

(14) Point 15 de l'arrêt commenté.

(15) *I.e.* les femmes sont très majoritairement lésées par la prise de leur congé à temps partiel.

(16) *I.e.* les hommes et les femmes prennent, à proportion égale, un congé parental.

II. Le versement d'indemnités minorées à une salariée en congé parental est contraire à la directive sur le droit au congé parental

L'effet utile de la directive sur le congé parental

– Alors que le litige est porté par une salariée qui s'estime désavantagée par la prise de son congé parental à temps partiel, l'arrêt commenté ne cite pas la directive sur le congé parental. Pourtant, ce texte condamne également la minoration des indemnités de rupture versées à cette salariée.

Le 14 décembre 1995, les partenaires sociaux européens ont signé un accord-cadre sur le congé parental, consacré par la directive 96/34/CE du 3 juin 1996 et révisé, depuis, par l'accord du 18 juin 2009, repris par une directive 2010/18/UE du 8 mars 2010. Ce texte garantit « un droit individuel à un congé parental [...] aux travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins trois mois jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans ». Au-delà, la directive ne se borne pas à proclamer l'existence de ce droit au congé parental, elle prévoit aussi les mesures nécessaires pour que le salarié puisse prendre son congé sans que cela nuise à sa carrière professionnelle. Ce qui suppose *a minima* que les travailleurs ne risquent pas de perdre leur emploi (17), ni leur poste (18).

Plus particulièrement, la clause 2 point 6 prévoit que « les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin du congé parental. À l'issue du congé parental, ces droits [...] s'appliquent ». Ce principe de maintien (ou, peut-être plus, de continuité) des droits exprime un principe de droit social communautaire qui revêt une importance particulière (19). C'est pourquoi la notion de « droits acquis ou en cours d'acquisition » est définie largement pour recouvrir l'ensemble des droits et des avantages, en espèces ou en nature, dérivés directement ou indirectement de la relation de travail, auxquels le travailleur peut prétendre à l'égard de l'employeur à la date du début du congé parental (20). Eu égard à leurs conditions d'attribution, sont concernées l'indemnité de licenciement (21), et l'allocation de reclassement (22).

Ce principe exige de faire comme si le salarié n'avait jamais pris son congé à temps partiel. En ce sens, « la résiliation unilatérale par l'employeur » survenue pendant un congé parental à temps partiel « doit être regardée comme portant sur le contrat de travail à temps plein (23) ». En d'autres termes, engagé à temps plein, le travailleur en congé parental à temps partiel n'est pas juridiquement un travailleur à temps partiel. Il reste un travailleur à temps plein. En toute logique, la règle de proportionnalité prévue par le Code du travail est donc inapplicable aux salariés engagés à temps complet et passés temporairement à temps partiel en raison d'un congé parental. Les montants de leur indemnité de licenciement et de l'allocation de reclassement doivent alors être calculés « entièrement sur la base de la rémunération afférente aux prestations de travail effectuées à temps plein » par le travailleur, comme s'il n'avait jamais été à temps partiel. Les effets du passage à temps partiel sont ainsi neutralisés pour le salarié en congé parental.

Selon la Cour de justice, la directive sur le congé parental s'oppose donc aussi à la minoration des indemnités de rupture versées au salarié engagé à temps plein et ayant choisi de prendre un congé parental à temps partiel (24). Une solution contraire générerait une perte financière pour le salarié qui serait d'autant plus dissuadé de prendre son congé parental à temps partiel que l'employeur pourrait être incité à licencier prioritairement ces salariés à moindre coût. Ce qui priverait la directive de son effet utile.

L'inutilité de la directive, privée d'effet direct ?

Si la jurisprudence de la Cour de justice assure ainsi l'effet utile de la directive sur le congé parental, ce texte n'en reste pas moins, par nature, privé d'effet direct.

Comme toute directive, celle sur le congé parental est dépourvue d'effet direct horizontal. La raison en est simple : une directive ne crée d'obligations qu'à l'égard des États membres tenus de transposer le texte dans leur législation nationale. Elle ne peut donc pas être invoquée par un salarié à l'encontre de son

(17) Clause 2.4 : protection contre le licenciement en raison de la demande ou de la prise de congé parental.

(18) Clause 2.5 : droit à réintégration à son poste ou, à défaut, à un travail équivalent ou similaire.

(19) Pour cette qualification retenue pour le droit aux congés payés annuels : par ex. CJUE, 26 juin 2001, aff. C-173/9, Bectu.

(20) CJUE, 22 octobre 2009, aff. C-116/08, Meerts, p. 4.

(21) Arrêt Praxair, précité, p. 55.

(22) Arrêt Praxair, précité, p. 61.

(23) CJUE, 22 octobre 2009, C-116/08, Meerts, p. 55 et arrêt précité, Praxair, p. 53.

(24) Arrêt Praxair, précité ; lire aussi, pour l'indemnité de licenciement : arrêt Meerts, précité.

employeur devant le juge national. Une disposition nationale jugée contraire à une directive reste donc applicable au litige tant que le législateur n'intervient pas pour une mise en conformité (25). Tout au plus, le juge peut pallier la défaillance du législateur en opérant une interprétation du texte conforme au droit de l'Union, à la condition de ne pas juger *contra legem* (26). Le salarié lésé par la non-conformité du droit national, quant à lui, peut seulement agir en responsabilité contre l'État défaillant (27).

C'est pourquoi la Cour de justice, suivie par la Cour de cassation, a contourné cette absence d'effet direct de la directive et assuré l'effectivité du droit au congé parental, en se fondant sur le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes (28). Ce rapprochement entre égalité et congé parental est conforté par la finalité de la directive sur le congé parental qui vise à promouvoir l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes en leur offrant une possibilité de concilier leurs responsabilités professionnelles et leurs obligations familiales (préambule de l'accord-cadre).

Au cas d'espèce, la solution est pleinement satisfaisante pour la salariée dont les indemnités seront réévaluées, à la hausse, sur la base de sa rémunération à taux plein. Elle s'impose ainsi à l'employeur, sans avoir à attendre une intervention du législateur. Mais au-delà, qu'en est-il pour la faible minorité d'hommes en congé parental à temps partiel qui perçoivent des indemnités minorées et ne

peuvent pas utiliser les données statistiques à leur avantage ? Le principe d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ne peut être utilement mobilisé par ces derniers, alors même que la directive s'oppose à cette perte financière liée à la prise du congé parental... Et à défaut d'effet direct, la disposition du Code du travail restera applicable, tant que le législateur n'interviendra pas (29). La nouvelle directive du 20 juin 2019 (CE/2019/1158) concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive sur le congé parental ne résoudra pas cette difficulté, alors même qu'elle vise à encourager les pères à prendre ce congé.

La prise d'un congé parental à temps partiel ne saurait entraîner un désavantage, que ce soit pour un père ou une mère, sous peine de vider le droit au congé parental de sa substance. Aussi, est-il regrettable que la Cour de justice ne soit pas allée encore plus loin en s'adossant au droit fondamental au congé parental consacré par l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux, pour contourner l'absence d'effet direct de la directive. Et ce d'autant plus qu'en matière de congés payés, elle a récemment reconnu l'effet direct horizontal de l'article 31 de ladite Charte pour pallier l'absence d'effet direct de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (30).

Sandrine Maillard-Pinon

(25) Par ex. à propos du droit aux congés payés : Soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285.

(26) Maribel Dominguez : aff. C-282/10, p. 25.

(27) CJUE, 19 novembre 1991, aff. 6/90 et C-9/90, Francovich.

(28) Dans le même sens, l'employeur qui ne remplit pas l'obligation de réintégrer la salariée en congé parental dans son précédent

emploi est condamné pour discrimination fondée sur le sexe : Soc., 14 nov. 2019, n° 18-15.682.

(29) Par ex. à propos du droit aux congés payés : Soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285.

(30) CJUE, 6 novembre 2018, C-569/16, Bauer.

DROIT SOCIAL EUROPÉEN Discrimination indirecte fondée sur le sexe – Effet direct de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – Directive sur le congé parental – Licenciement – Salariée engagée à durée indéterminée et à temps plein licenciée au moment où elle bénéficie d'un congé parental à temps partiel – Modalités de calcul de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de congé de reclassement déterminées sur la base de la rémunération réduite perçue par la salariée lorsque le licenciement intervient – Différence de traitement non justifiée par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 18 mars 2020

Mme J... contre Société Praxair (p. n° 16-27825)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 14 octobre 2016), Mme J... a été engagée le 22 novembre 1999 par la société Material Research, devenue Praxair MRC, en qualité d'assistante commerciale à temps

complet. En dernier lieu, elle exerçait en qualité de responsable CSD (« *customer service department* ») et avait réduit son temps de travail dans le cadre d'un congé parental d'éducation devant se terminer le 29 janvier 2011.

2. Elle a été licenciée pour motif économique le 6 décembre 2010 dans le cadre d'un licenciement collectif et a accepté un congé de reclassement de neuf mois. Elle a renoncé à compter du 1^{er} janvier 2011 à la réduction de sa durée du travail et a quitté définitivement l'entreprise le 7 septembre 2011.

3. Contestant son licenciement, elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes.

4. Par arrêt du 11 juillet 2018, la Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle.

Examen des moyens

Sur le premier moyen ci-après annexé

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le deuxième moyen

Énoncé du moyen

6. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de sa demande accessoire de remboursement de ses allocations chômage, alors :

« 1° / que l'article 28 de l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987 prévoit que l'entreprise, qui envisage un licenciement collectif d'ordre économique, doit rechercher les possibilités de reclassement à l'extérieur de l'entreprise, en particulier dans le cadre des industries de métaux, en faisant appel à la commission territoriale de l'emploi ; qu'en se bornant, pour juger que la société Praxair avait respecté son obligation conventionnelle de reclassement externe, à énoncer qu'elle justifiait avoir le 9 février 2010, lendemain de la première réunion du comité d'entreprise sur le plan de sauvegarde de l'emploi, saisi ladite commission en joignant à sa saisine un exemplaire du document fourni au comité d'entreprise et que, par lettre du 12 février suivant, l'UIMM Midi-Pyrénées l'avait informée des outils d'accompagnement dont elle disposait, sans vérifier, ainsi qu'elle y était invitée, si eu égard à ce dernier courrier, la société Praxair avait loyalement recherché les possibilités de reclassement externe en informant la salariée de la possibilité de consulter les postes disponibles sur les deux sites Internet nationaux de la métallurgie et d'y déposer son curriculum vitae, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 28 de l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987 ;

2° / que les mesures d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi conformément aux dispositions de l'article L. 1233-62 du code du travail,

sont indépendantes de l'obligation conventionnelle de reclassement externe qui pèse sur l'employeur en application de l'article 28 de l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987 ; qu'en déduisant le respect par la société Praxair de son obligation conventionnelle de reclassement externe, des seules dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi prévoyant des mesures d'accompagnement, comme la mise en place d'un point relais emploi permanent, un congé de reclassement de 9 mois et une prime au retour à l'emploi rapide, la cour d'appel a violé l'article 28 de l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987 ».

Réponse de la Cour

7. La cour d'appel, ayant constaté que la société avait saisi dès le 9 février 2010 la commission paritaire territoriale de l'emploi, conformément aux dispositions des articles 2 et 28 de l'accord national sur l'emploi dans la métallurgie du 12 juin 1987 étendu, dans sa rédaction alors applicable, pour l'informer de son projet de plan de réorganisation et que l'Union des industries et métiers de la métallurgie avait indiqué le 12 février 2010 qu'elle apporterait son concours pour faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement serait finalement envisagé, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision.

Mais sur le moyen soulevé d'office

8. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application de l'article 620, alinéa 2, du même code.

Vu l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'article L. 3123-13 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et l'article R. 1233-32 du même code :

9. Il résulte du premier de ces textes un principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins et la prohibition des discriminations directes ou indirectes fondées sur le sexe.

10. Aux termes du deuxième de ces textes, 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 leur entrée dans l'entreprise.

11. Selon le dernier, pendant la période du congé de reclassement excédant la durée du préavis, le salarié bénéficie d'une rémunération mensuelle à la charge de l'employeur, dont le montant est au moins égal à 65 % de sa rémunération mensuelle brute moyenne soumis aux contributions mentionnées à l'article L. 5422-9 au titre des douze derniers mois précédant la notification du licenciement.

12. Par arrêt du 8 mai 2019 (CJUE, Praxair MRC, C-486/18), la Cour de justice de l'Union européenne, saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle (Soc., 11 juillet 2018, n° 16-27.825), 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 sens de l'article 157 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.

13. Pour rejeter les demandes de la salariée en paiement de compléments d'indemnité de licenciement et d'allocation de congé reclassement calculés entièrement sur la base d'un travail à temps complet, la cour d'appel a retenu, par motifs adoptés, que l'article L. 3123-13 du code du travail prévoit que l'indemnité de licenciement du salarié ayant été occupé à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise est calculée proportionnellement aux périodes d'emploi accomplies selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis son entrée dans l'entreprise. Elle a ajouté qu'il n'existe pas de texte ou de jurisprudence autorisant le calcul de l'allocation de congé de reclassement due à la salariée sur la base de la rémunération afférente à un travail à temps complet.

14. Cependant, 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.

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

16. En application d'une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, arrêt du 8 avril 1976, Defrenne, C-43/75, points 10 à 15 ; arrêt du 28 septembre 1994, Avdel Système, C-408/92, points 15 à 17 ; CJUE, arrêt du 7 octobre 2019, Safeway, C-171/18, point 40), dès lors qu'une norme interne refusant l'octroi d'une prestation ou d'un avantage à un groupe de personnes est contraire au principe de l'égalité de traitement, le juge national doit immédiatement, de sa propre autorité, accorder cette prestation ou cet avantage au groupe ainsi défavorisé, sans attendre l'élimination de la contrariété par la voie législative.

17. En statuant comme elle l'a fait, sans calculer le montant de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de congé de reclassement de la salariée entièrement sur la base de sa rémunération à temps complet, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le troisième moyen du pourvoi, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme J... de sa demande de rappels d'indemnité de licenciement et d'allocation de congé de reclassement, l'arrêt rendu le 14 octobre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne la société Praxair MRC aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Praxair MRC et la condamne à payer à Mme J... la somme de 3 000 euros ;

(M. Cathala, prés. SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot, SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, av.)