

## Jurisprudence Sociale Lamy, N° 463, 12 novembre 2018

**- Congé parental à temps partiel : les règles nationales relatives au calcul de l'indemnité de licenciement et à l'allocation de congé de reclassement entraînent la saisine de la CJUE**

Philippe Pacotte

Avocat associé, Delsol Avocats

Raphaëlle Leroy

Avocat, Delsol Avocats

[Cass. soc., 11 juil. 2018, pourvoi n° 16-27.825, arrêt n° 1290 FS-P+B]

#### Les faits

Une salariée a été engagée le 22 novembre 1999 à temps complet. Elle a bénéficié d'un premier congé maternité du 4 février 2001 au 19 août 2011 suivi d'un congé parental d'éducation du 6 septembre 2001 au 6 septembre 2003, puis d'un second congé maternité du 6 novembre 2007 au 6 juin 2008 suivi d'un congé parental prenant la forme d'un temps partiel du 6 novembre 2007 au 6 juin 2008.

La salariée a été licenciée pour motif économique le 6 décembre 2010. Elle a accepté un congé de reclassement d'une durée de neuf mois et a quitté définitivement la société le 7 septembre 2011.

La salariée a saisi la juridiction prud'homale aux fins de contester son licenciement. Plus particulièrement, elle formulait une demande de rappel d'indemnité de licenciement et une demande de rappel de l'allocation de congé de reclassement.

#### Les demandes et argumentations

La demande de rappel d'indemnité de licenciement ainsi que celle de rappel de l'allocation congé de reclassement ont été rejetées par le conseil de prud'hommes puis par la cour d'appel.

Concernant la demande de rappel d'indemnité de licenciement, la salariée faisait valoir que, selon une jurisprudence communautaire, quand un salarié en congé parental à temps partiel est licencié, l'indemnité de licenciement qui lui est due ne doit pas être déterminée sur la base d'un temps partiel. La Cour d'appel de Toulouse a rejeté la demande de la salariée aux motifs qu'en droit français, aucun autre texte légal, ni aucun arrêt de la Cour de cassation ne fixe des règles différentes de celle issue de l'article L. 3123-5 (anciennement L. 3123-13) du Code du travail envisageant la prise en compte proportionnelle des périodes d'emploi à temps plein et à temps partiel.

Concernant la demande de rappel de l'allocation de congé de reclassement, la salariée s'appuyait également sur la jurisprudence communautaire pour faire valoir l'argument selon lequel la société aurait dû retenir sa rémunération habituelle sur la base d'un temps complet pour le calcul de l'allocation. La Cour d'appel de Toulouse a considéré qu'il n'y a pas de texte légal ou de principe jurisprudentiel français fixant des règles autorisant un tel calcul.

La demanderesse a formé un pourvoi en cassation en soutenant notamment que cette décision serait contraire à l'accord-cadre sur le congé parental conclu le 14 décembre 1995 et mis en œuvre par la Directive 96/34 Ce du 3 juin 1996 prévoyant 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'appui de son pourvoi, la salariée invoquait également des jurisprudences européennes dont elle précise qu'elles devraient être interprétées comme s'opposant à ce que l'indemnité de licenciement soit déterminée sur la base d'une rémunération réduite en raison de la période de congé parental à temps partiel (CJUE, 22 oct. 2009, aff. C-116-08 ; CJUE, 27 févr. 2014, aff. C-588/12).

La salariée avançait également que ces modalités de calculs seraient susceptibles de constituer une discrimination indirecte sur le fondement de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Plus concrètement, la Cour de cassation devait trancher la question suivante : (i) le calcul de l'indemnité de licenciement fondé sur la prise en compte proportionnelle des périodes d'emploi à temps plein et à temps partiel (C. trav., art. L. 3123-5) et (ii) le calcul de l'allocation congé de reclassement fondée sur la rémunération du salarié perçue au titre des douze derniers mois précédant la notification du licenciement (C. trav., art. R. 1233-32) sont-ils conformes au droit européen dès lors que ces règles conduisent le salarié en congé parental à percevoir une indemnité de licenciement et une allocation réduite ?

#### La décision, son analyse et sa portée

La Haute Cour a décidé de surseoir à statuer afin de solliciter l'avis de la CJUE sur ces questions sous la forme de trois questions préjudicielles. Le renvoi préjudiciel est la procédure qui permet à la Cour de cassation d'interroger la CJUE sur l'interprétation ou la validité du droit national à celui issu du droit de l'Union européenne dans le cadre d'un litige dont elle est saisie.

La Cour de cassation a renvoyé les trois questions préjudicielles suivantes à la CJUE :

la Directive 96/34/CE du 3 juin 1996 (1) s'oppose-t-elle à ce que « *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 soient calculées proportionnellement aux périodes d'emploi accomplies selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis leur entrée dans l'entreprise* ? » ;

la Directive 96/34/CE du 3 juin 1996 (2) s'oppose-t-elle à ce qu'un salarié en congé parental à temps partiel au moment de son licenciement perçoive, pendant la période de congé de reclassement, une rémunération mensuelle dont le montant est au moins égal à 65 % de sa rémunération mensuelle brute moyenne au titre des douze derniers mois précédant la notification de son licenciement ? ;

dans l'hypothèse où une réponse affirmative serait apportée à l'une ou l'autre des deux questions précédentes : les règles issues de notre droit national (3) sont-elles susceptibles de constituer une discrimination indirecte contraire à l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et non justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination dans la mesure où un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel ?

• Des dispositions internes manifestement peu compatibles avec la jurisprudence européenne

Les salariés ayant un enfant âgé de moins de trois ans, ou ayant adopté un enfant de moins de seize ans, peuvent interrompre leur activité professionnelle ou réduire leur temps de travail hebdomadaire, afin de se consacrer à l'éducation de cet enfant (C. trav., art. L. 1225-47).

Le congé parental à temps partiel revêt une durée initiale d'un an au plus. Cette durée peut être prolongée deux fois pour prendre fin au plus tard au troisième anniversaire de l'enfant ou, en cas d'adoption d'un enfant de moins de trois ans, au troisième anniversaire de l'arrivée de l'enfant au foyer (C. trav., art. L. 1225-48).

Ce choix du congé parental à temps partiel est traité par le Code du travail de la même manière que toute autre période de travail à temps partiel pour le calcul de l'indemnité de licenciement ou de départ à la retraite. Ainsi, en application de l'article L. 3123-5 du Code du travail, 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. Cette méthode de calcul est confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. soc., 16 avr. 2015, n° 13-27.905).

Plus concrètement, cette prise en compte proportionnelle vient réduire le montant de l'indemnité que le salarié aurait perçue s'il avait poursuivi son activité à temps plein.

Le même constat s'impose concernant l'allocation congé de reclassement dont le calcul est basé sur la rémunération perçue au cours des douze derniers mois (C. trav., art. R. 1233-32).

Dans son arrêt du 11 juillet 2018, la Cour de cassation s'interroge sur la compatibilité de la pratique issue de notre droit national avec la jurisprudence de la CJUE.

Deux arrêts de la CJUE se sont prononcés sur la question de la base de calcul de l'indemnité de licenciement d'un salarié en congé parental. Les deux affaires étaient afférentes au droit belge. Elles ont été rendues sur le fondement de l'accord-cadre sur le congé parental conclu le 14 décembre 1995 et mis en œuvre par la Directive 96/34 Ce du Conseil du 3 juin 1996 prévoyant le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition du salarié en congé parental.

Dans l'arrêt dit « Meerts » du 22 octobre 2009, la CJUE a considéré que l'accord-cadre s'oppose « à ce que, en cas de résiliation unilatérale par l'employeur, sans motif grave ou sans respecter le délai légal de préavis, du contrat de travail d'un travailleur engagé à durée indéterminée et à temps plein alors que ce dernier bénéficie d'un congé parental à temps partiel, l'indemnité à verser à ce travailleur soit déterminée sur la base de la rémunération réduite qu'il perçoit lorsque le licenciement intervient » (CJCE, 22 oct. 2009, aff. C-116/08). La même position a été adoptée par la CJUE dans une décision dite « Lyreco » du 27 février 2014 concernant une indemnité de protection qui avait été versée sur la base de la rémunération à temps partiel du salarié en congé parental (CJUE, 27 févr. 2014, aff. C-588/12).

Dans l'arrêt « Lyreco », la CJUE considère qu'adopter une position différente conduirait à « accroître la précarité de l'emploi des travailleurs ayant opté pour la prise d'un congé parental à temps partiel, en vidant d'une partie de sa substance le régime de protection institué par la clause 2, point 4, de l'accord-cadre ».

Dans l'arrêt « Meerts », la CJUE précise « qu'une législation nationale qui aboutirait à une réduction des droits découlant de la relation de travail en cas de congé parental serait susceptible de dissuader le travailleur de prendre un tel congé et d'inciter l'employeur à licencier, parmi les travailleurs, plutôt ceux qui se trouvent en situation de congé parental. Cela irait directement à l'encontre de la finalité de l'accord-cadre sur le congé parental, dont l'un des objectifs est de mieux concilier la familiale et professionnelle ».

• Des dispositions internes susceptibles de constituer une discrimination indirecte entre les hommes et les femmes

À la lumière des dispositions de la Directive 96/34/CE du Conseil et de la jurisprudence de la CJUE rendu sur son fondement, il est probable que les dispositions issues de notre droit national soient incompatibles avec le droit de l'Union européenne.

Dans cette hypothèse, une nouvelle difficulté relative à l'applicabilité de cette solution en droit interne naîtra. En effet, la France n'a pas transposé dans son droit national les dispositions issues de la Directive 96/34/CE. Or, il est acquis qu'une directive ne bénéficie d'aucun effet direct dans les litiges entre particuliers. En outre, l'interprétation de la directive ne doit pas aboutir à une interprétation « *contra legem* » du droit français, ce qui serait le cas en l'espèce.

Une autre voie est proposée par la Cour de cassation. Cette dernière n'est pas fondée sur une directive mais sur l'article 157 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lequel est d'effet direct.

La Cour de cassation s'interroge sur la possible caractérisation d'une discrimination indirecte entre les hommes et les femmes. La base du raisonnement proposé est le suivant : « il résulte des statistiques nationales de mars 2016 qu'en France, 96 % des salariés prenant un congé parental sont des femmes ». Partant de ce postulat, « la perception d'une indemnité de licenciement et d'une allocation de congé de reclassement minorées par rapport aux salariés n'ayant pas pris un congé parental à temps partiel » pose la question d'une discrimination indirecte dans la mesure où « un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel. »

Cette question est en résonance avec l'actualité à l'heure où le Gouvernement a présenté un plan de quinze actions pour une égalité professionnelle réelle entre les femmes et les hommes. À cet effet, le Gouvernement soutiendra, au niveau européen, le projet de directive sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants. Celui-ci vise notamment à généraliser le congé paternité et un congé pour les aidants, mais aussi à renforcer le congé parental.

La position de la CJUE sur ces différentes questions mettra quelques mois à être connue. En effet, selon le rapport annuel de la CJUE relatif à l'année 2017, la moyenne des procédures devant la Cour de justice se situe aux alentours de 16,4 mois.

Compte tenu de l'importance affirmée de soutenir le droit de l'Union sur le thème de l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants, la décision rendue par la CJUE mettra certainement le législateur dans l'obligation de rendre le droit français compatible avec le droit de l'Union européenne en apportant notamment certaines dérogations aux modalités de calcul de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de départ à la retraite des salariés ayant bénéficié d'un congé parental.

TEXTE DE L'ARRÊT (EXTRAITS)

[...] 1o) la clause 2, § 4 et § 6 de l'accord-cadre sur le congé parental, qui figure en annexe de la directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'application à un salarié en congé parental à temps partiel au moment de son licenciement d'une disposition de droit interne telle que l'article L. 3123-13 du code du travail, alors applicable, selon lequel « 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" ?

2o) la clause 2, § 4 et § 6 de l'accord-cadre sur le congé parental, qui figure en annexe de la directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'application à un salarié en congé parental à temps partiel au moment de son licenciement d'une disposition de droit interne telle que l'article R. 1233-32 du code du travail selon lequel, 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 soumise aux contributions mentionnées à l'article L. 5422-9 au titre des douze derniers mois précédant la notification du licenciement ?

3o) dans l'hypothèse où une réponse affirmative serait apportée à l'une ou l'autre des deux questions précédentes, l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions de droit interne telles que celles des articles L. 3123-13 du code du travail, alors applicable, et R. 1233-32 du même code, dans la mesure où un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel et que la discrimination indirecte qui en résulte quant à la perception d'une indemnité de licenciement et d'une allocation de congé de reclassement minorées par rapport aux salariés n'ayant pas pris un congé parental à temps partiel n'est pas justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ? ;

SURSOIT à statuer sur le pourvoi jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée ; [...].