



RAPPORT DE Mme PALLE, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 960 du 2 octobre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-11.582

Décision attaquée : Cour d'appel de Montpellier du 7 décembre 2022

Mme [Z] [T], divorcée [S]

C/

Fondation [6]

M. [L] [B], en qualité de mandataire judiciaire de la fondation [6]

SELARL Baronnie-Langlet, en qualité d'administrateur judiciaire de la fondation [6]

Unedic, délégation AGS CGEA d'Ile de France - Est

Proposition de rejet non spécialement motivé

du 1^{er} moyen, des 1^{ère} et 3^{ème} branches du 2^{ème} moyen et du 4^{ème} moyen, ce dernier relativement à l'administrateur judiciaire (avis 1014 cpc),

Avis 1015 cpc - motif substitué (2^{ème} branche du 2^{ème} moyen) ou moyen de pur droit relevé d'office (2^{ème} branche du 2^{ème} moyen)-

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [Z] a été engagée par la Fondation [6] (l'employeur), par contrat à durée indéterminée, à compter du 24 août 2009¹, en qualité de chargée de développement. Elle a exercé ensuite les fonctions de directrice régionale, au statut de cadre.

¹ La date du 20 janvier 1992, mentionnée dans l'arrêt est manifestement une erreur matérielle.

Victime d'un accident de la circulation, la salariée a été placée en arrêt de travail du 13 octobre au 7 novembre 2014 puis du 5 janvier au 24 février 2015, suivi d'un congé maternité du 25 février au 6 septembre 2015, puis en arrêt de travail pour maladie du 7 au 11 mars 2016 et du 29 août au 28 février 2017 ².

La salariée ayant accepté un contrat de sécurisation professionnelle dans le cadre d'un licenciement économique, le contrat de travail a été rompu le 20 octobre 2017.

Soutenant avoir été contrainte à travailler pendant ses arrêts de travail pour maladie et maternité, avoir été privée d'une augmentation de salaire accordée à l'ensemble des salariés en février 2015 et estimant que l'employeur avait méconnu son obligation de sécurité et d'exécution loyale du contrat de travail, la salariée a saisi le conseil de prud'hommes de Perpignan de demandes en paiement de rappels de salaire, d'une indemnité pour travail dissimulé et de dommages-intérêts.

L'employeur ayant été placé en redressement judiciaire par jugement du 1er octobre 2018 du tribunal de grande instance de Créteil, M. [B], mandataire judiciaire, la Selarl Baronnie-Langet, administrateur judiciaire, et l'Unedic, délégation AGS-CGEA Ile-de-France Est, ont été appelés dans la cause.

Par jugement du 12 décembre 2019, le conseil de prud'hommes a débouté la salariée de ses demandes, a rejeté les autres demandes et condamné la salariée aux dépens.

Le 26 mai 2020, un plan de redressement judiciaire a été arrêté pour une durée de 9 ans par le tribunal judiciaire de Créteil qui a désigné M. [B] en qualité de commissaire à l'exécution du plan et la Selarl Baronnie-Langet en qualité d'administrateur judiciaire³.

Par **arrêt du 7 décembre 2022**, la cour d'appel de Montpellier a :

- écarté des débats les conclusions n°3 de l'employeur du 4 octobre 2022 et les conclusions n° 4 de la salariée ;
 - confirmé le jugement en toutes ses dispositions, sauf celles ayant statué sur les dommages-intérêts pour violation du statut protecteur et sur les dépens ;
- Statuant à nouveau sur les points réformés ;
- condamné l'employeur à payer la salariée la somme de 2000 euros à titre de dommages-intérêts pour avoir fait travailler la salariée pendant ses arrêts de travail et congé maternité ;
 - dit que cette somme est opposable à l'AGS qui devra sa garantie sur cette somme, à l'exclusion de celles au titre de l'article 700 du code de procédure civile et des dépens, dans la limite du plafond légal ;
 - dit que la garantie de l'AGS sera toutefois suspendue pendant toute la période d'exécution du plan d'apurement et ne sera mise en oeuvre qu'en cas de révocation du plan d'apurement ;
 - dit que dans ce cas, l'AGS ne sera tenue d'en faire l'avance qu'en cas d'insuffisance ou d'indisponibilité des fonds.
 - mis hors de cause la Selarl Baronnie-Langet en sa qualité d'administrateur judiciaire et M. [B], en sa qualité de mandataire judiciaire,

² Ainsi que cela résulte des conclusions des parties (productions n°2 et 4 du MA)

³ Ainsi que cela résulte de la publication au BODACC (production n° 9 du MA) et du jugement du 26 mai 2020 produit à la demande du rapporteur (avis 981 cpc).

- condamné l'employeur à payer à la salariée la somme de 1000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- rejeté toute autre demande plus ample ou contraire ;
- laissé les dépens de première instance et d'appel à la charge de l'employeur.

C'est l'arrêt attaqué.

- Déclaration de pourvoi : 2 février 2023,
- Mémoire ampliatif : 2 juin 2023,
- Mémoire en défense de l'[6] centre culture ouvrière, de M. [B], ès-qualités de mandataire judiciaire et de la société Baronnie-Langet, ès-qualités d'administrateur judiciaire (observations banales - art. 700) : 31 juillet 2023,
- Mémoire complémentaire en défense : 28 novembre 2023.

L'UNEDIC, délégation AGS-CGEA Ile-de-France Est, à laquelle le mémoire ampliatif a été signifié le 9 juin 2023, n'a pas constitué avocat.

Demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile :

- par la salariée contre les défendeurs au pourvoi : 4 000 euros,
- par les parties constituées en défense : 3 500 euros.

La procédure paraît régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi comporte **cinq moyens**.

Le **premier moyen**, à **branche unique**, fait grief à l'arrêt d'écarter des débats les conclusions n°4 de la salariée, de rejeter les demandes de cette dernière, de mettre hors de cause la société Baronnie-Langet en sa qualité d'administrateur judiciaire et M. [B] en sa qualité de mandataire judiciaire, de dire que la garantie de l'Unedic délégation de l'AGS-CGEA Ile-de-France est suspendue pendant la période d'exécution du plan d'apurement et ne sera mise en œuvre qu'en cas de révocation du plan d'apurement et que, dans ce cas, celle-ci ne sera tenue d'en faire l'avance qu'en cas d'insuffisance de fonds, alors :

Que la cour d'appel ne peut statuer que sur les dernières conclusions régulièrement déposées et signifiées par les parties ; qu'en écartant des débats les conclusions n° 4 de Mme [S], « que celle-ci a glissées dans son dossier remis à la cour sans pour autant les avoir déposées ni signifiées par RPVA », quand il résulte des accusés de réception que l'avocate postulante de Mme [S] avait transmis par RPVA à la deuxième chambre sociale de la cour d'appel des conclusions n° 4 en pièce jointe d'un message adressé le 3 octobre 2022 à 8h43 et qu'elles avaient été reçues par les avocats des parties adverses, la cour d'appel a violé l'article 954, alinéa 4, du code de procédure civile.

Le **deuxième moyen**, présenté comme subsidiaire, articulé en **trois branches** fait grief à l'arrêt de rejeter les demandes de la salariée en paiement d'un rappel de salaire des heures de travail accomplies pendant ses congés maladie et maternité ainsi que de l'indemnité pour travail dissimulé, alors :

1°/ que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction et ne peut fonder sa décision sur les moyens qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en s'abstenant d'inviter les parties à présenter leurs observations sur le moyen, relevé d'office, tiré de ce que Mme [S] « avait perçu pendant les périodes travaillées, l'équivalent de son salaire ou un substitut de salaire soit au titre de son droit conventionnel à maintien du salaire pendant les périodes de suspension du contrat soit au titre des indemnités journalières de sécurité sociale en sorte qu'elle ne saurait prétendre à un double paiement » (arrêt p. 7, § 3), **la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile** ;

2°/ que l'équivalent ou le substitut du salaire versé en raison de la maladie ou de la maternité de la salariée tendent à compenser la perte de salaire qui résulte de la suspension du contrat de travail et ne sont pas la contrepartie de l'exécution d'un travail ; qu'en considérant, pour rejeter la demande de Mme [S] en paiement des heures de travail effectuées pendant ses congés maternité et maladie, que la salariée avait perçu l'équivalent de son salaire ou un substitut, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre à un double paiement, tout en constatant que Mme [S], qui fournissait un décompte des heures de travail dont elle demandait le paiement, avait été contrainte de travailler pendant ses arrêts de travail, **la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations dont il résultait qu'une rémunération lui était due indépendamment de l'équivalent ou du substitut de salaire qui lui avait été versé, a violé les articles L. 321-1 et suivants et L. 333-1 du code de la sécurité sociale, ensemble l'article L. 3171-4 du code du travail** ;

3°/ que caractérise une situation de travail dissimulé le fait pour l'employeur de s'abstenir intentionnellement de mentionner sur les bulletins de paie les heures de travail accomplies par le salarié, à la demande de l'employeur, pendant une période de suspension de son contrat de travail ; qu'en se bornant à retenir que Mme [S] ne pouvait prétendre à une indemnité de travail dissimulé au titre du travail accompli pendant ses arrêts de travail dès lors qu'elle avait été déclarée aux organismes sociaux, sans constater que les heures de travail accomplies par Mme [S] pendant ses congés maternité et maladie, dont elle a constaté l'existence de principe, avaient été mentionnées sur ses bulletins de paie, **la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8221-5 du code du travail**.

Le **troisième moyen**, présenté comme subsidiaire, articulé en **deux branches**, fait grief à l'arrêt de rejeter la demande de la salariée de voir ordonner avant-dire droit à l'employeur de communiquer certaines pièces et celles en paiement d'un rappel de salaire et des congés payés afférents au titre de l'égalité de traitement et de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant d'une discrimination, alors :

1°/ qu'il résulte de l'article L. 1134-1 du code du travail et du principe d'égalité de traitement que, compte tenu de la répartition aménagée de la charge de la preuve, il appartient seulement au salarié qui se prétend victime d'une discrimination ou lésé par une disparité de rémunération, d'apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement et qu'il incombe ensuite à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments justifiant sa décision ; qu'en considérant, pour rejeter les demandes de Mme [S] fondée sur la discrimination salariale subie à l'occasion de sa maternité, que, contrairement à ce que la salariée soutient, l'augmentation de 300 euros par mois promise par l'employeur lui avait été effectivement accordée à compter du 7 septembre 2015, ce qui contredit son allégation d'inégalité salariale ou de discrimination en raison de sa maternité, sans rechercher, ainsi qu'elle y était expressément invitée par les conclusions d'appel (p. 19, § 3), si Mme [S] ne s'était pas vu refuser, pendant son congé maternité, l'augmentation de 300 euros qui lui avait été promise tandis que l'ensemble des salariés avait bénéficié d'une

augmentation en février 2015, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 1142-1 du code du travail ;

2°/ qu'il résulte de l'article L. 1134-1 du code du travail et du principe d'égalité de traitement que, compte tenu de la répartition aménagée de la charge de la preuve, il appartient seulement au salarié qui se prétend victime d'une discrimination ou lésé par une disparité de rémunération, d'apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement et qu'il incombe ensuite à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments justifiant sa décision ; qu'en considérant, pour rejeter la mesure d'instruction sollicitée par Mme [S] qu'elle ne produisait strictement aucun élément matériel de comparaison, en termes de qualification, d'emploi ou d'ancienneté, avec les trois autres salariés dont elle cite les noms et que, ne présentant ainsi aucun fait laissant présumer une inégalité ou une discrimination, elle ne pouvait exiger, sous couvert d'une injonction de communiquer qu'elle demande à la cour de prononcer avant-dire droit, que l'employeur le fasse à sa place, quand Mme [S] alléguait précisément une différence de traitement à l'occasion d'une augmentation salariale intervenue au profit d'autres salariés dont elle avait été privée pendant son congé maternité, la cour d'appel, qui a ainsi fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 1142-1 du code du travail.

Le **quatrième moyen**, présenté comme subsidiaire, articulé en **deux branches**, fait grief à l'arrêt de mettre hors de cause l'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire, alors :

1°/ que le juge ne peut modifier l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions respectives des parties ; qu'en mettant hors de cause la société Baronnie-Langet en sa qualité d'administrateur judiciaire et maître [B] en sa qualité de mandataire judiciaire dès lors que la fondation [6] est au jour de sa condamnation sous le bénéfice d'un « plan d'apurement », quand aucune des parties n'avait formulé une telle prétention, **la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;**

2°/ que l'adoption d'un plan de redressement ne met pas nécessairement fin aux missions de l'administrateur, qui peut se voir charger par le tribunal d'effectuer les actes nécessaires à la mise en œuvre du plan, qu'il détermine, ni du mandataire judiciaire, dont la mission est prolongée par le commissaire à l'exécution du plan ; qu'en mettant hors de cause la société Baronnie-Langet en sa qualité d'administrateur judiciaire et maître [B] en sa qualité de mandataire judiciaire sans vérifier si la première n'avait été chargée d'une mission de mise en œuvre du plan et si le second n'avait pas été nommé commissaire à l'exécution du plan, **la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 626-24 et L. 626-25 du code de commerce.**

Le **cinquième moyen**, présenté comme subsidiaire, à **branche unique**, fait grief à l'arrêt dire que la garantie de l'Unedic délégation de l'AGS-CGEA IDF-Est est suspendue pendant la durée d'exécution du plan d'apurement et ne sera mise en œuvre qu'en cas de révocation du plan d'apurement et de dire que, dans ce cas, l'Unedic délégation de l'AGS-CGEA IDF-Est ne sera tenue d'en faire l'avance qu'en cas d'insuffisance ou d'indisponibilité des fonds, alors :

Qu'en application de l'article L. 3253-20, alinéa 1er, du code du travail, dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, l'AGS doit sa garantie et procéder à l'avance des fonds nécessaires sur présentation du relevé de créances salariales par le mandataire judiciaire sans que ce dernier ait à justifier de l'absence de fonds disponibles ; qu'en jugeant que, parce que la fondation [6] était à jour de sa condamnation sous le bénéfice d'un plan d'apurement, il y avait lieu de dire que la garantie de l'Unedic délégation de l'AGS- CGEA IDF-Est serait suspendue pendant

toute la période d'exécution du plan d'apurement et ne serait mise en œuvre qu'en cas de révocation du plan d'apurement et dit que, dans ce cas, l'Unedic délégation de l'AGS-CGEA IDF-Est ne serait tenue d'en faire l'avance qu'en cas d'insuffisance ou d'indisponibilité des fonds, **la cour d'appel qui a ajouté une condition à la mise en œuvre de la garantie de l'AGS dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire de la société, a violé l'article L. 3253-20, alinéa 1er, du code du travail.**

3- Proposition de rejet non spécialement motivé

3-1 Sur le premier moyen

Le moyen est irrecevable ou, à tout le moins, manque en fait.

Les dispositions de l'article 954, alinéa 4, du code de procédure civile, selon lesquelles la cour d'appel ne statue que sur les dernières conclusions déposées, s'apprécient à la mesure de la régularité de la remise des conclusions à la cour.

Et il résulte de la combinaison des articles 748-3 du code de procédure civile et 2, 4, 5 et 8 de l'arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, que la cour d'appel est régulièrement saisie des conclusions que la partie lui a transmises, par le réseau privé virtuel avocat (RPVA), en pièce jointe à un message électronique ayant fait l'objet d'un avis électronique de réception mentionnant ces conclusions au nombre des pièces jointes. (2^e Civ., 2 juillet 2020, pourvoi n°19-14.475, publié, dans le même sens : 2^e Civ., 7 janvier 2016, pourvoi n° 14-28.887, Bull. 2016, II, n° 2 ; 2^e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 14-20.212, Bull. 2015, II, n° 208).

Il résulte de l'article 979-1 du code de procédure civile que le demandeur au pourvoi doit joindre à son mémoire ampliatif les pièces invoquées à l'appui de son pourvoi (2^e Civ., 27 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.679, Bull. 2018, II, n° 190).

Il est jugé qu'à peine d'irrecevabilité du moyen, le mémoire ampliatif doit contenir l'offre de preuve propre à établir l'élément de fait sur lequel repose un moyen nouveau (2^e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 18-17.088)

Le demandeur au pourvoi, qui se prévaut, à l'appui d'un moyen de cassation, d'un message adressé via le RPVA, doit en établir la réception par la juridiction, par la production d'un avis électronique attestant de cette réception, conformément aux exigences de l'article 748-3 du code de procédure civile. (2^e Civ., 9 septembre 2021, pourvoi n° 20-22.080)

En l'occurrence, alors que pour écarter des débats les conclusions n°4 de l'appelante l'arrêt retient qu'elles ont été remises à la cour par l'appelante sans pour autant avoir été déposées ni signifiées par RPVA, la demanderesse au pourvoi se prévaut, à l'appui du moyen pris de l'application de l'article 954, alinéa 4, du code de procédure civile, de ce qu'il résulte des accusés de réception que l'avocate de l'appelante avait transmis par RPVA à la cour d'appel des conclusions n°4 en pièce jointe d'un message adressé le 3 octobre 2022 à 8h43 via le RPVA, sans toutefois produire aucun avis électronique de réception par le greffe de la cour d'appel des conclusions d'appelante n°4 transmises

depuis le réseau privé virtuel avocat, ni de document du greffe qui ferait la preuve de la réception de ce message⁴.

Le mémoire ampliatif étant ainsi dénué d'offre de preuve propre à établir cet élément de fait à l'appui du moyen qui se prévaut de la régularité de la notification des dernières conclusions écartées par la cour d'appel sur le constat que celles-ci n'avaient été ni déposées, ni signifiées au RPVA, le moyen n'est pas recevable.

En tout état de cause, le moyen manque en fait, en ce qu'il contient des énonciations contraires aux constatations de l'arrêt aux termes desquelles les conclusions en cause ont été remises à la cour par l'appelante sans pour autant avoir été déposées ni signifiées par RPVA.

Enfin, le moyen s'avère sans portée. En effet, les conclusions n°4 (production n°3 du MA) n'étaient assorties d'aucune nouvelle pièce et le seul ajout, en page 20, était relatif à la recevabilité de la demande avant-dire droit de communication de documents, ce alors même que l'arrêt n'a pas déclaré cette demande irrecevable mais qu'il l'a rejetée au fond.

3-2 Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche

Le moyen n'est pas fondé.

En effet, il ressort des conclusions de l'employeur (production n°4 du MA, p.23, § 7 à 9) que celui-ci y soutenait, d'une part, que si la salariée devait être indemnisée au titre d'un travail effectif pendant un arrêt de travail, elle ne pourrait l'être que sur la base de dommages-intérêts réparant son préjudice, d'autre part, que le règlement des heures de travail effectuées pendant un arrêt de travail reviendrait à lui assurer deux revenus, à la fois ses indemnités journalières et une rémunération, de sorte que le moyen tiré de ce que la salariée ne pouvait prétendre à un double paiement était dans le débat.

3-3 Sur le deuxième moyen, pris en sa troisième branche

L'article L. 8221-5 du code du travail, dans ses rédactions successivement applicables au litige, issues de la loi n°2011-672 du 16 juin 2011 et de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, **répute travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié** le fait pour tout employeur :

1°/ Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2°/ Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

⁴ En page 5 de la production n°7 du MA figure la notification par RPVA, le 3 octobre 2022 à 8 h 43, des conclusions d'appelant n°4 par Maître Céline Hernandez, avocate postulante de la salariée appelante, à la chambre sociale de la cour d'appel avec copies à Maître Cortey Lotz et Maître Clamens-Bianco, avocates constituées pour les parties en défense, et les deux pièces produites en page 6 de la production n°7 du MA sont les accusés de réception par Maître Cortey Lotz, d'une part, et Maître Clamens-Bianco, d'autre part, de cette notification.

3°/ Soit de ne pas accomplir auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales les déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci. (*Rédaction issue de loi n°2011-672 du 16 juin 2011*)

3°/ Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales. (*Rédaction issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016*)

Les dispositions de l'article L. 8221-5, 3°, du code du travail s'appliquent aussi bien au défaut de souscription de toute déclaration qu'au fait, lorsqu'une déclaration a été souscrite, d'y porter des informations tendant à minorer les obligations de l'employeur (Crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 16-87.585, Bull. crim. 2018, n° 55, cité par la MA).

Il appartient aux juges du fond de caractériser l'élément intentionnel (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n°04-40.758, Bull., V, n°222).

Au cas présent, la critique est essentiellement soutenue au regard du 2°/ de l'article L. 8221-5, sous l'angle de l'abstention intentionnelle de l'employeur à mentionner sur les bulletins de paie les heures de travail accomplies par la salariée pendant la période de suspension du contrat de travail.

En tout état de cause, en l'absence de rémunération due, il ne peut y avoir de travail dissimulé par dissimulation d'emploi, que ce soit sur le fondement du 2°, comme sur celui du 3°/ de l'article L. 8221-5.

Aussi, dans l'hypothèse d'un rejet de la première branche du deuxième moyen, en ce que celui-ci fait grief à l'arrêt de rejeter la demande de rappel de salaire, la critique de la troisième branche serait **inopérante**.

3-4 Sur le quatrième moyen (relativement à la *mise hors de cause de l'administrateur judiciaire*)

En ce qu'il fait grief à l'arrêt de prononcer la mise hors de cause de l'administrateur judiciaire, le moyen s'avère inopérant en ses deux branches.

Aux termes de l'article L. 626-24 du code de commerce, le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes, nécessaires à la mise en oeuvre du plan, qu'il détermine.

L'article R. 626-38 du même code précise que l'administrateur rend compte au juge-commissaire de l'exécution des actes permettant la mise en oeuvre du plan conformément à l'article L. 626-24.

Et aux termes de l'alinéa 2 de l'article L. 626-25 du même code, créé par la loi du 18 novembre 2016, à la demande du débiteur, le tribunal peut confier à l'administrateur ou au mandataire judiciaire qui n'ont pas été nommés en qualité de commissaire à l'exécution du plan une mission subséquente rémunérée, d'une durée maximale de vingt-quatre mois, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Le jugement arrêtant le plan de redressement (article L. 631-19 du code de commerce) dessaisit l'administrateur judiciaire qui n'a plus que la mission qui peut lui être confiée par le tribunal pour la mise en oeuvre du plan (article L. 626-24), laquelle ne peut

concerner que la passation d'un acte de cession (surveillance de la rédaction de l'acte, signature, perception du prix et reversement au débiteur - article L. 626-23 : en cas de cession partielle d'actifs, le prix est versé au débiteur sous réserve de l'application de l'article L. 626-22) et ne se confond pas avec la mission subséquente pouvant être confiée à l'administrateur judiciaire, à la demande du débiteur, afin de l'accompagner dans la mise en œuvre initiale du plan pour une durée maximale de vingt-quatre mois (article L. 626-25, alinéa 2).

Le plan de redressement ayant été arrêté, la mission générale d'assistance de l'administrateur judiciaire cesse et le débiteur retrouve la maîtrise de ses biens et la totalité de ses pouvoirs, sous réserve de ceux qui sont attribués à l'administrateur pour la mise en œuvre du plan (Soc., 20 janvier 1993, pourvoi n° 88-42.702, Bulletin 1993, V, N° 16).

Si l'instance prud'homale qui est en cours au moment de l'ouverture de la procédure collective ne peut être poursuivie qu'en présence du mandataire judiciaire et de l'administrateur lorsque ce dernier a une mission d'assistance (article L. 625-3 et, en particulier en cas de procédure de redressement judiciaire : art. L. 631-18, alinéa 4.), en revanche, une fois achevée sa mission d'assistance lors de la fin de la période d'observation, la mission de mettre en œuvre le plan de cession partielle ne justifie pas le maintien de l'administrateur judiciaire dans l'instance, étant observé qu'à la différence du mandataire judiciaire l'administrateur judiciaire n'a jamais eu en charge la défense de l'intérêt collectif des créanciers⁵. S'agissant des actions en justice, l'article L. 626-25 peut être interprété comme faisant de l'arrêté du plan l'événement entraînant l'éviction de l'administrateur judiciaire au profit du commissaire à l'exécution du plan.

Au cas présent, il ressort des énonciations de l'arrêt et des productions qu'au cours de l'instance prud'homale, l'employeur a été placé en redressement judiciaire avec désignation d'un mandataire judiciaire et d'un administrateur judiciaire, puis il a fait l'objet d'un plan de redressement arrêté par un jugement du 26 mai 2020 du tribunal judiciaire de Créteil, lequel a maintenu la désignation de l'administrateur judiciaire avec pour mission de « vérifier » la vente d'une parcelle.

Par ailleurs, si aucune des parties ne sollicitait la mise hors de cause de l'administrateur judiciaire, aucune des prétentions respectives des parties n'était dirigée contre celui-ci, ni ne supposait qu'il soit maintenu dans la cause.

Ayant constaté que l'employeur bénéficiait d'un plan d'apurement, c'est donc sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a pu prononcer la mise hors de cause de l'administrateur judiciaire.

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

Le pourvoi tend à faire juger qu'une salariée qui effectue des heures de travail pour le compte de son employeur pendant la période d'un arrêt de travail pour maladie et/ou pendant la période de son congé de maternité peut prétendre au paiement des heures de travail accomplies (2ème branche du 2ème moyen).

⁵ Jurisclasseur, Procédures collectives - Fasc. 2630 : sauvegarde et redressement judiciaire. – plan de redressement - Fasc. 2636 : sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire - Fasc. 2638 : sauvegarde et redressement judiciaire - Fasc. 2450 : sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – privilèges des salariés et garanties de paiement.

Le troisième moyen renvoie à la preuve de l'existence d'une discrimination salariale en raison de l'état de grossesse et de celle d'une inégalité de traitement salariale.

Le quatrième moyen interroge sur la possibilité d'une mise hors de cause du mandataire judiciaire dans l'instance, lorsque l'employeur fait l'objet d'un plan de redressement.

Le cinquième moyen renvoie à la question de la mise en oeuvre de la garantie de l'AGS pendant la durée d'exécution du plan de redressement de l'employeur.

5- Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5-1 Sur la deuxième branche du deuxième moyen

Les textes visés par le moyen

Selon l'**article L. 321-1 du code de la sécurité sociale**, dans sa rédaction modifiée par la loi n°2013-660 du 22 juillet 2013, l'assurance maladie comporte : 5°/ L'octroi d'indemnités journalières à l'assuré qui se trouve dans l'incapacité physique constatée par le médecin traitant, selon les règles définies par l'article L. 162-4-1, de continuer ou de reprendre le travail [...].

Aux termes de l'**article L. 333-1 du code de la sécurité sociale**, les salariées dont le contrat de travail est suspendu en application des articles L. 122-25-1-1 et L. 122-25-1-2 du code du travail (devenus L. 1225-7 et L. 1225-4 du même code) bénéficient, hors de la période ouvrant droit au congé légal de maternité, d'une allocation journalière selon les conditions de droit fixées à l'article L. 313-1 pour les prestations visées au 2° du I de cet article. Les dispositions de l'article L. 313-2 sont applicables pour l'appréciation des conditions d'ouverture du droit à l'allocation journalière. Cette allocation est calculée, liquidée et servie selon les dispositions des articles L. 323-4 et L. 323-5 par la caisse primaire d'assurance maladie dont relève la salariée⁶.

Et selon l'**article L. 3171-4 du code du travail**, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et [6]isifable.

De la suspension du contrat de travail pendant un arrêt de travail et/ ou pendant le congé de maternité

Selon un auteur⁷, la suspension du contrat a pour rôle de préserver la relation contractuelle lorsqu'un élément extérieur ou non aux parties rend son exécution momentanément impossible. La suspension du contrat est une situation de droit.

⁶ Le régime de l'allocation journalière ne trouve pas à s'appliquer au cas d'espèce qui ne concerne que le congé légal de maternité, lequel relève du régime des indemnités journalières de repos (art. L. 331-3, alinéa 1er, du code de la sécurité sociale).

⁷ Romain Marié, Jurisclasseur Travail traité, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat de travail - régime de droit commun -

La suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident du salarié, et ce, que l'événement soit ou non d'origine professionnelle, ou celle qui est inhérente au congé de maternité est expressément envisagée par la loi.

En effet, il résulte des articles L. 1226-1 et L. 1226-1-1 du code du travail, ce dernier dans sa rédaction antérieure à la loi n°2020-1576 du 14 décembre 2020⁸, que le contrat de travail est suspendu en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident constatée par certificat médical.

Selon l'article L. 1226-7, alinéa 1^{er}, du même code, le contrat de travail du salarié victime d'un accident du travail, autre qu'un accident de trajet, ou d'une maladie professionnelle est suspendu pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par l'accident ou la maladie

Et il résulte des articles L. 1225-4 et 1225-17 du code du travail que le contrat de travail est suspendu pendant le congé de maternité, période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci⁹.

L'article L. 1225-29 du même code précise qu'il est interdit d'employer la salariée pendant une période de huit semaines au total avant et après son accouchement et il est interdit d'employer la salariée dans les six semaines qui suivent son accouchement.

Pendant la période de suspension du contrat de travail, le salarié est dispensé d'exécuter sa prestation de travail (Soc., 15 juin 1999, pourvoi n°96-44.772, Bull. 1999, V, n°279¹⁰ ; Soc., 25 juin 2003, pourvoi n°01-43.155) et l'employeur n'est pas tenu de lui verser la rémunération, sauf à ce que s'applique la garantie de ressources instituée par la loi (article L. 1226-1 du code du travail) ou par accords collectifs, prévoyant le bénéfice d'un maintien de tout ou partie du salaire par l'employeur, ou par un organisme de prévoyance auquel a adhéré l'employeur, durant les périodes d'incapacité temporaire de travail (maladie, accident ou maternité), sous la forme d'indemnités complémentaires aux indemnités journalières versées par l'organisme de sécurité sociale (pour une illustration : Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-17.898).

L'inexécution régulière et temporaire de la prestation de travail légitime les retenues opérées sur le salaire.

La retenue de salaire liée à la suspension du contrat de travail doit correspondre au temps exact de la cessation de travail (censure d'un jugement qui, pour calculer la retenue de salaire en raison d'un samedi de repos et d'un dimanche non travaillé, se fonde sur le délai de carence prévu par la convention d'entreprise pour la garantie de

⁸ Article L. 1226-1-1 du code du travail : Le contrat de travail d'un salarié atteint d'une maladie ou victime d'un accident non professionnel demeure suspendu pendant les périodes au cours desquelles il suit les actions mentionnées à l'article L. 323-3-1 du code de la sécurité sociale dans les conditions prévues à ce même article.

⁹ La durée légale est portée à 26 semaines à partir du 3^{ème} enfant (art. L. 1225-19), à 34 semaines pour des jumeaux (art. L. 1225-18)

¹⁰Soc., 15 juin 1999, pourvoi n°96-44.772, Bull. 1999, V, n°279 : Si la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'employeur, la cour d'appel a exactement décidé que l'intéressée, dispensée de son obligation de fournir sa prestation de travail, ne saurait être tenue, durant cette période, de poursuivre une collaboration avec l'employeur.

complément de salaire en cas de maladie ou d'accident, alors que ce délai de carence était sans incidence sur les modalités de décompte de cette retenue Soc., 26 janvier 2011, pourvoi n° 08-45.204, Bull. 2011, V, n° 41)

Après un congé de maternité, une absence pour cause de maladie professionnelle, une absence d'au moins trente jours pour cause d'accident du travail, de maladie ou d'accident non professionnel, dès qu'il a connaissance de la date de la fin de l'arrêt de travail, l'employeur doit saisir le service de santé au travail qui organise l'examen de reprise le jour de la reprise effective du travail par le travailleur, au plus tard dans un délai de huit jours qui suivent cette reprise (art. R. 4624-31 du code du travail).

Il est jugé que seul l'examen pratiqué par le médecin du travail dont doit bénéficier le salarié à l'issue des périodes de suspension lors de la reprise du travail met fin à la période de suspension du contrat de travail.¹¹

Des indemnités journalières versées pendant un arrêt de travail et/ ou pendant le congé de maternité

Les indemnités journalières qui sont versées à raison d'une maladie (art. L. 321-1 du code de la sécurité sociale), du risque professionnel (art. L. 431-1, 2° et L. 433-1 du code de la sécurité sociale) ou du congé de maternité ¹² sont des prestations de sécurité sociale en espèces qui ont pour objet de compenser la perte de capacité de gain due à une incapacité physique médicalement constatée de continuer ou de reprendre le travail ou, pour le cas de la maternité, à une incitation à interrompre toute activité.

Sous condition de l'ouverture du droit¹³, le montant de l'indemnité journalière en maladie est égale à une fraction des revenus d'activité antérieurs soumis à cotisations à la date de l'interruption de travail, dans la limite d'un montant maximum et ramenés à une valeur journalière.¹⁴

Lorsqu'elle s'applique, la garantie légale ou conventionnelle de ressources est calculée sous déduction des indemnités journalières. Lorsque le salaire est maintenu en totalité,

¹¹ En l'absence de visite de reprise, le licenciement d'un salarié qui a repris son travail est intervenu au cours de la période de protection et se trouve de ce fait frappé de nullité (Soc., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-44.252) et le défaut d'organisation de la visite de reprise constitue un manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte par la salariée de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur (Soc., 6 octobre 2010, pourvoi n°09-66.140, Bull. 2010, V, n° 222).

¹² Selon l'article L. 331-3, alinéa 1er, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction modifiée par la loi n°2006-340 du 23 mars 2006, pendant une période qui débute six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après celui-ci, l'assurée reçoit une *indemnité journalière de repos* à condition de cesser tout travail salarié durant la période d'indemnisation et au moins pendant huit semaines.

¹³ Le droit aux indemnités journalières de l'assurance maladie est subordonné à une condition d'activité professionnelle préalable à l'interruption de travail, exprimée soit en nombre d'heures de travail, soit en montant de cotisations (articles L. 313-1, R. 313-1, 2°, R. 313-3, R.313-7, R. 313-8 et R. 313-9 du code de la sécurité sociale).

Les indemnités journalières de maternité sont servies sous réserve que soient remplies les trois conditions tenant à la durée minimale d'affiliation, la durée minimale d'activité professionnelle préalable et une interruption obligatoire de travail pendant au moins huit semaines (articles L. 313-1, R. 313-1 et R. 313-3 du code de la sécurité sociale).

¹⁴ Articles L. 323-4 et R. 323-4 du code de la sécurité sociale pour les indemnités journalières de l'assurance maladie ; articles L. 331-3 et R. 331-5 du même code pour les indemnités journalières de repos de l'assurance maternité.

l'employeur est alors subrogé de plein droit à l'assuré dans les droits aux indemnités journalières qui lui sont dues¹⁵.

Le service des indemnités journalières des assurances maladie, accident du travail et maladies professionnelles est subordonné au respect par le bénéficiaire de certaines obligations, énumérées à l'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale, au nombre desquelles figure celle de - s'abstenir de toute activité non expressément autorisée - par le médecin prescripteur, et ce, que cette activité soit ou non rémunérée¹⁶.

Par ailleurs, l'exercice d'une activité non expressément autorisée par le médecin prescripteur, que cette activité soit ou non rémunérée, rend indu le versement des indemnités journalières.

Ainsi, en application de l'article L. 323-6, dernier alinéa, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n°2010-1594 du 20 décembre 2010, la caisse primaire d'assurance maladie est fondée à réclamer au bénéficiaire qui a exercé une activité non autorisée pendant l'arrêt maladie, la restitution des indemnités journalières indûment perçues depuis la date du manquement. (2e Civ., 28 mai 2020, pourvoi n°19-12.962, publié).

Le fait d'avoir volontairement exercé, sans autorisation médicale, une activité rémunérée au cours de la période de prescription médicale de repos indemnisé au titre de la maladie ou au titre de l'accident du travail et des maladies professionnelles peut donner lieu à l'application d'une pénalité financière infligée à l'assuré par le directeur de l'organisme social (art. L. 323-6, alinéa 3, du code de la sécurité sociale). L'employeur est également susceptible de faire l'objet d'une pénalité financière, dans les conditions fixées par les articles L. 114-17-1 et R. 147-11 du code de la sécurité sociale.

S'agissant du service de l'indemnité journalière de repos par l'assurance maternité, l'article L. 331-3 du code de la sécurité sociale en subordonne le versement à la condition de cesser tout travail salarié durant la période d'indemnisation et au moins pendant huit semaines. En cas de non respect de cette obligation, la caisse primaire d'assurance maladie est fondée à réclamer à l'assurée le remboursement de l'intégralité des indemnités journalières de repos versées depuis le début du congé (2^e Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n°06-14.082).

Régime social des indemnités journalières et des allocations complémentaires aux indemnités journalières

Les indemnités journalières qui sont versées par les organismes de sécurité sociale, ou, pour leur compte, par les employeurs, n'entrent pas dans l'assiette des cotisations.

En revanche, sont soumises à cotisations en application des articles L. 242-1 et R. 242-1, alinéa 2, du code de la sécurité sociale, les allocations complémentaires aux indemnités journalières de sécurité sociale qui sont versées au titre des périodes d'incapacité temporaire de travail consécutive à une maladie, un accident ou une maternité, destinées à maintenir en tout ou en partie, pendant ces périodes, le salaire d'activité, en ce qu'elles constituent un avantage résultant du contrat de travail et non

¹⁵ Article R. 323-11, alinéa 3, du code de la sécurité sociale.

¹⁶ La jurisprudence fait une application rigoureuse de l'interdiction faite à l'assuré de se livrer à une activité non autorisée pendant son arrêt de travail, qu'il s'agisse d'activités domestiques, de loisirs ou d'activités rémunérées même pratiquées de manière limitée (ex: 2^{ème} Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n°09-13.000)

une prestation en relation avec l'action de prévoyance, de solidarité et d'entraide dévolue aux mutuelles (en ce sens : 2e civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-18.690)

Enfin, notons que pour l'ouverture du droit à retraite et l'appréciation de la durée d'assurance exigée, chaque trimestre civil au cours duquel l'assuré a bénéficié de 60 jours d'indemnisation au titre de l'assurance maladie est pris en compte comme période de cotisations (art. R. 351-12, 1° du code de la sécurité sociale). En revanche, à l'exception des indemnités journalières de maternité (art. L. 351-1, alinéa 4 du code de la sécurité sociale pour les congés de maternité débutant à compter du 1^{er} janvier 2012), les périodes pendant lesquelles l'assuré a perçu des indemnités journalières, qualifiées de trimestres assimilés, ne sont pas retenues pour la détermination du salaire annuel moyen (25 meilleures années) servant au calcul de la pension de vieillesse de base.

De l'exécution d'une prestation de travail pendant un arrêt de travail et/ ou pendant le congé de maternité

Par principe, la durée initialement attribuée au congé dont bénéficie le salarié doit être respectée. Informé des dates de début et de fin du congé, et au delà de la seule possibilité de lui demander de lui communiquer les informations qu'il détient et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise¹⁷, l'employeur n'est pas fondé à exiger du salarié qu'il accomplisse la prestation de travail ou qu'il collabore avec ses collègues¹⁸.

Par ailleurs, la méconnaissance par l'employeur de l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal est pénalement sanctionnée par l'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe¹⁹.

L'employeur qui méconnaît le droit au congé du salarié en le faisant travailler pendant la période de repos pour maladie ou maternité engage sa responsabilité.

C'est essentiellement sous cet angle que notre chambre a déjà été amenée à statuer.

- Soc., 7 janvier 1992, pourvoi n°87-44.428 (rejet) : une salariée qui n'a pu bénéficier de la totalité de ses droits à congé de maternité du seul fait de l'employeur a droit à la réparation du préjudice qui est résulté, lequel est souverainement apprécié par les juges du fond.

La suspension du contrat de travail laisse subsister le devoir de loyauté que se doivent réciproquement les parties.

- Soc., 1^{er} février 2023, pourvoi n°21-20.526 ;

¹⁷ Soc., 18 mars 2003, pourvoi n°01-41.343 : Si le salarié n'est pas tenu de poursuivre une collaboration avec l'employeur durant la suspension de l'exécution du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident, l'obligation de loyauté subsiste durant cette période et le salarié n'est pas dispensé de communiquer à l'employeur, qui en fait la demande, les informations qui sont détenues par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise.

¹⁸ Soc., 25 juin 2003, pourvoi n°01-43.155 : Si la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'employeur, elle dispense le salarié de son obligation de fournir sa prestation de travail, de sorte qu'il ne saurait être tenu, durant cette période, de poursuivre une collaboration avec l'employeur.

¹⁹ Articles L. 1225-29 et R. 1227-6 du code du travail.

- Soc., 25 juin 2003, pourvoi n°01-43.155 (précité) ;

Aussi, l'employeur doit veiller à ce que le salarié ne travaille pas pendant l'arrêt maladie, sauf à voir engager sa responsabilité contractuelle. C'est en ce sens que notre chambre a statué (Soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-23.009), en censurant un arrêt, au visa de l'article 1147 (ancien) du code civil, pour avoir rejeté la demande de dommages-intérêts d'une salariée que l'employeur avait laissé travailler en période de suspension du contrat de travail pour cause d'accident du travail puis pour maladie, alors qu'il appartenait à la cour d'appel de tirer les conséquences de cette suspension.

Au cas présent, la salariée sollicitait le paiement de 421 heures travaillées, du 12 janvier au 18 juin 2015 puis du 16 septembre au 20 décembre 2016, pendant ses congé de maternité et de maladie.

Après avoir retenu que la salariée avait été contrainte à travailler pendant ses arrêts de travail, la cour d'appel a rejeté la demande en paiement du rappel de salaire au motif que la salariée ne pouvait prétendre à une double indemnisation, en ce qu'elle avait perçu, pendant les périodes travaillées, l'équivalent de son salaire ou un substitut de salaire, soit au titre de son droit conventionnel au maintien du salaire pendant les périodes de suspension du contrat, soit au titre des indemnités journalières de sécurité sociale.

Par ailleurs, la cour d'appel a fait droit, à hauteur de la somme de 2 000 euros, à la demande de la salariée en paiement de dommages-intérêts pour violation du statut protecteur dont elle bénéficiait.

Le mémoire ampliatif soutient que, contrairement à ce qu'a retenu la cour d'appel, les indemnités ou substitut de salaire versés au salarié pendant la période de suspension du contrat de travail ne sont pas la contrepartie de l'exécution du contrat de travail, de sorte que, tout travail méritant salaire, si un travail est accompli malgré la suspension, il doit être rémunéré par l'employeur.

Le mémoire en défense réplique que si le salarié fournit un travail pendant la période suspension de son contrat de travail pour cause de maladie ou de maternité, cette méconnaissance du dispositif légal de suspension du contrat de travail se résout en dommages-intérêts à proportion du préjudice subi. Il souligne qu'en l'occurrence les articles 14 et 15 de la convention collective des organismes de formation ²⁰ prévoyant le maintien de la rémunération, la salariée était remplie de son droit à rémunération malgré la suspension de son contrat de travail si bien que son préjudice consiste en une violation de son droit au repos pendant la suspension du contrat de travail et non pas en une perte pécuniaire.

²⁰ L'article 14.1 de la convention collective nationale des organismes de formation du 10 juin 1988, dans sa rédaction modifiée par l'accord du 27 mars 2012, prévoit qu'en cas d'absence justifiée par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident constaté par certificat médical et contre-visite s'il y a lieu, le salarié qui a une année d'ancienneté au jour de l'arrêt médical bénéficie d'une indemnité complémentaire à l'allocation journalière.

L'article 15, dans sa rédaction modifiée par l'accord du 27 mars 2012, prévoit que pendant la période légale de suspension du contrat de travail, le salaire est maintenu sous déduction des indemnités journalières versées par la sécurité sociale. En tout état de cause, cette déduction est limitée au salaire brut que l'intéressé aurait perçu pendant la période considérée.

Dans l'hypothèse d'une cassation du 2^{ème} moyen, pris en sa 2^{ème} branche, celle-ci pourrait intervenir sur le **moyen de pur droit, relevé d'office**, tiré de la **violation de l'article L. 1221-1 du code du travail**, en ce que l'exécution par le salarié d'une prestation de travail pour le compte de l'employeur ouvre droit au paiement de la rémunération afférente aux heures travaillées.

Dans l'hypothèse d'un rejet du même moyen, celui-ci pourrait intervenir par un **motif de pur droit, substitué à ceux critiqués**, tiré de l'application de **l'article L. 1231-1 du code civil**, en ce que l'exécution d'une prestation de travail pour le compte de l'employeur au cours des périodes de suspension du contrat de travail pour maladie, accident ou pour congé de maternité engage la responsabilité de l'employeur et se résout par l'allocation de dommages-intérêts en indemnisation du préjudice subi.

En application de l'article 1015 du code de procédure civile, les parties sont invitées à faire valoir leurs observations, dans le délai de 15 jours de la mise en ligne du présent rapport.

5-3 Sur le troisième moyen

L'article L. 1132-1 du code du travail pose un principe général de non discrimination ; aucun salarié ne pouvant faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération en raison de l'état de grossesse.

Selon l'article **L. 1142-1 du même code**, sous réserve des dispositions particulières du code du travail, nul ne peut 3°/prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération [...].

La charge de la preuve en matière de discrimination est régie par les dispositions de **l'article L. 1134-1**, desquelles il résulte que lorsqu'un salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments pris dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc., 26 avril 2000, pourvoi n°98-42.643, Bull. 2000, V, n°151 ; Soc. 29 juin 2011, pourvoi n°10-15.792, Bull. V n° 166 ; - 6 novembre 2013, pourvoi n°12-22.270 ; - 22 janvier 2014, pourvoi n°12-22.975 ; - 4 mai 2017, pourvoi n°15-19.375).

Ainsi, le salarié n'a pas la charge de la preuve. Il doit seulement apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et il est admis qu'il puisse demander la production d'éléments tels que des bulletins de paie détenus par l'employeur.

L'examen des faits doit porter sur tous les faits invoqués (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-20.110 ; Soc. 20 juin 2018, pourvoi n° 16-25.511 ; Soc., 25 mars 2020, pourvoi n° 18-18.061, 18-19.673) qui doivent être appréciés dans leur ensemble (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-15.792, Bull. 2011, V, n° 166). L'appréciation par les juges du fond de la matérialité des éléments de fait fondant la demande au titre de la discrimination est souveraine (Soc., 17 novembre 2015, pourvoi n°14-14.839 ; - 23 novembre 2016, pourvoi n°15-17.496).

Le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié et laissant supposer l'existence d'une discrimination que sur ceux apportés par l'employeur pour

prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc. 4 février 2009, pourvoi n°07-42.697, Bull. 2009, V, n°33).

En illustration :

- Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-23.826
- Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-16.833 ;
- (Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-23.765 , cité par le MA :

Il résulte de l'article L.1134-1 du code du travail et du principe d'égalité de traitement que, compte tenu de la répartition aménagée de la charge de la preuve, il appartient seulement au salarié qui se prétend victime d'une discrimination ou lésé par une disparité de rémunération, d'apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement. Il incombe ensuite à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments justifiant sa décision.

Par ailleurs, en application du principe d'égalité de traitement, des salariés dont la situation ne se distingue pas objectivement doivent percevoir le même salaire, et, en cas de contestation, l'employeur doit pouvoir justifier que la différence de traitement repose sur des éléments objectifs et vérifiables dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence. (Soc., 26 juin 2008, pourvoi n°06-46.204, Bull. V, n° 144).

Il appartient au salarié d'apporter des éléments de fait susceptible d'identifier la différence de traitement en produisant des éléments de comparaison avec d'autres salariés, placés dans la même situation ou dont les fonctions sont de valeur égale (Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 14-29.607 ; - 22 octobre 2014, pourvoi n°13-18.362, Bull.,V, n°252 ; - 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, Bull. 2018, V, n° 64).

Lorsque le salarié soutient que la preuve de tels faits se trouve entre les mains d'une autre partie, il lui appartient de demander au juge d'en ordonner la production. Ce dernier peut ensuite tirer toute conséquence de droit en cas d'abstention ou de refus de l'autre partie de déférer à une décision ordonnant la production de ces pièces (Soc. 12 juin 2013, pourvoi n°11-14.158).

L'appréciation d'éléments susceptibles de caractériser une inégalité de traitement présentés par le salarié relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc.14 novembre 2018, pourvoi n° 17-21.319). La chambre exerce un contrôle de motivation sur les déductions que les juges du fond tirent de leurs constatations (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, publié).

Il n'y a discrimination que si le traitement défavorable infligé au salarié est fondé sur l'un des motifs illicites visé par l'article L. 1132-1 du code du travail (Soc., 14 octobre 2009, pourvoi n°08-41.091 ; - 17 avril 2019, pourvoi n°16-15.199 ; - 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-21.226).

Le mémoire ampliatif souligne qu'alors que la salariée soutenait qu'une augmentation de salaire, consentie à l'ensemble des salariés en février 2015, ne lui avait été octroyée qu'à l'issue de son congé de maternité en octobre 2015 et qu'elle sollicitait qu'une mesure d'instruction soit ordonnée afin que soit établi ou infirmé l'élément dont elle alléguait l'existence, pour rejeter la mesure d'instruction sollicitée et écarter toute discrimination en raison de la maternité, la cour d'appel a retenu, d'une part, que la salariée avait bénéficié d'une augmentation de salaire à la fin de son congé de maternité, sans examiner si la date dans la prise d'effet de l'augmentation de salaire n'était pas constitutive d'une différence de traitement due à sa grossesse, d'autre part, que la salariée qui ne produisait aucun élément matériel de comparaison, en termes de

qualification, d'emploi ou d'ancienneté, avec les trois autres salariés dont elle citait les noms, ne présentait aucun fait laissant présumer une inégalité ou une discrimination, faisant ainsi fait peser la charge de la preuve sur la seule salariée.

Le mémoire en défense estime que le moyen manque en fait, en ce que :

- la cour d'appel a procédé à la recherche visée par la première branche, en ce qu'elle a écarté l'allégation de la salariée selon laquelle pendant son congé de maternité elle n'avait bénéficié d'aucune augmentation salariale contrairement à l'ensemble des salariés en février 2015, en relevant que l'employeur justifiait qu'elle avait « bénéficié d'augmentations salariales notamment entre janvier 2013 et août 2015 puis à compter du 7 septembre 2015 (+7,4%) et à compter du 1er février 2016 (+7,84%), soit une augmentation salariale cumulée de plus de 15% sur une période concomitante ou très proche de son congé maternité et que, contrairement à ce que la salariée soutient, l'augmentation de 300 euros par mois promise par l'employeur lui avait été effectivement accordée à compter du 7 septembre 2015, ce qui contredit son accusation d'inégalité salariale ou de discrimination en raison de sa maternité » ;

- la cour d'appel n'a pas fait peser sur la salariée la charge de la preuve de la discrimination ou de l'inégalité de traitement, dès lors que c'est au regard des justifications apportées par l'employeur qu'elle a écarté toute différence de traitement dans l'évolution du salaire.

Le mémoire en défense ajoute qu'en tout état de cause la salariée ne pouvait être augmentée qu'à l'issue de son congé de maternité, ainsi que cela a été fait. Il cite à cet effet un arrêt du 14 février 2018 (Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-25.323, Bull. 2018, V, n° 20) rendu au visa de l'article L.1225-26 du code du travail.

Sur ce dernier point, il sera précisé qu'afin de neutraliser tout effet négatif du congé de maternité sur l'évolution du salaire, l'article L. 1225-26 du code du travail impose aux employeurs, si les partenaires sociaux n'ont pas prévu un mécanisme plus favorable, de majorer la rémunération de la salariée au retour de son congé de maternité des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle c'est-à-dire les salariés « de même coefficient dans la classification applicable à l'entreprise pour le même type d'emploi ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise. Ce rattrapage salarial est dû au retour dans l'entreprise, dès la fin du congé de maternité ou d'adoption.

Au cas présent, la salariée se prévalait du fait qu'une augmentation avait été consentie à l'ensemble des salariés en février 2015²¹ (étant observé que son congé de maternité avait débuté le 25 février 2015²² et que, jusqu'à cette date, elle était en arrêt de travail pour maladie). Elle réclamait le paiement d'un rappel de salaire de 300 euros par mois de février à septembre 2015 ainsi que des dommages-intérêts en se fondant sur l'égalité de traitement et le principe de non discrimination en raison de la maternité.

5-4 Sur la mise hors de cause du mandataire judiciaire

Selon **l'article L. 626-24 du code de commerce**, dans sa rédaction modifiée issue de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 :

²¹ Conclusions p. 19, § 5, production n°2 du MA

²² Congé de maternité du 25 février au 6 septembre 2015 ainsi que cela résulte des conclusions de la salariée (p. 12 § 3, production n°2 du MA)

Le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes, nécessaires à la mise en oeuvre du plan, qu'il détermine.

Le mandataire judiciaire demeure en fonction pendant le temps nécessaire à la vérification et à l'établissement définitif de l'état des créances.

Lorsque la mission de l'administrateur et du mandataire judiciaire est achevée, il est mis fin à la procédure dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Aux termes de **l'article R. 626-38 du code de commerce** :

L'administrateur rend compte au juge-commissaire de l'exécution des actes permettant la mise en oeuvre du plan conformément à l'article L. 626-24.

Le mandataire judiciaire rend compte de sa mission au juge-commissaire qui met fin à celle-ci, après avoir constaté l'achèvement de la vérification des créances et le versement des sommes dues aux salariés en application de l'article L. 143-11-7 du code du travail.

Et selon **l'article L. 626-25, alinéas 1 à 3, du code de commerce**, dans sa rédaction issue de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 : Le tribunal nomme, pour la durée fixée à l'article L. 626-12, l'administrateur ou le mandataire judiciaire en qualité de commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan. Le tribunal peut, en cas de nécessité, nommer plusieurs commissaires.

A la demande du débiteur, le tribunal peut confier à l'administrateur ou au mandataire judiciaire qui n'ont pas été nommés en qualité de commissaire à l'exécution du plan une mission subséquente rémunérée, d'une durée maximale de vingt-quatre mois, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Les actions introduites avant le jugement qui arrête le plan et auxquelles l'administrateur ou le mandataire judiciaire est partie sont poursuivies par le commissaire à l'exécution du plan ou, si celui-ci n'est plus en fonction, par un mandataire de justice désigné spécialement à cet effet par le tribunal.

[...]

La présence du mandataire judiciaire au cours de la procédure de redressement judiciaire a deux justifications : d'une part, il est chargé de la défense de l'intérêt collectif des créanciers, c'est à dire des actions qui visent la protection et la reconstitution du gage commun, d'autre part, il a la mission de vérification du passif.

Après l'arrêté du plan de redressement, le mandataire judiciaire n'est plus chargé de la défense de l'intérêt collectif des créanciers, celle-ci étant alors confiée au commissaire à l'exécution du plan, mais le mandataire judiciaire conserve la mission d'achever la vérification du passif (créances antérieures et créances nées pendant la période d'observation).

La poursuite de cette mission après l'arrêté du plan et pendant son exécution justifie le maintien du mandataire judiciaire dans la cause dès lors que l'instance porte sur une créance antérieure au jugement d'ouverture et que le mandataire judiciaire aura à la porter sur un relevé de créances. Il est nécessaire que la décision à rendre lui soit opposable.

La tâche d'établir un relevé complémentaire de créance et de l'adresser à l'AGS, par application de l'article L. 3253-15 du code du travail, ne revient au commissaire à l'exécution du plan que si le mandataire judiciaire a cessé ses fonctions.

Au cas présent, l'instance étant en cours devant la juridiction prud'homale à la date du jugement d'ouverture du redressement de l'employeur, conformément à l'article L. 625-3 du code de commerce, dans sa rédaction modifiée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, le mandataire judiciaire comme l'administrateur judiciaire avaient été appelés dans la cause.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier le mérite du moyen reprochant à l'arrêt d'ordonner la mise hors de cause le mandataire judiciaire.

5-5 Sur la garantie de l'AGS pendant l'exécution du plan de redressement

Aux termes de l'**article L. 3253-15 du code du travail**, les institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 avancent les sommes comprises dans le relevé établi par le mandataire judiciaire, même en cas de contestation par un tiers. Elles avancent également les sommes correspondant à des créances établies par décision de justice exécutoire, même si les délais de garantie sont expirés. Les décisions de justice sont de plein droit opposables à l'association prévue à l'article L. 3253-14. Lorsque le mandataire judiciaire a cessé ses fonctions, le greffier du tribunal ou le commissaire à l'exécution du plan, selon le cas, adresse un relevé complémentaire aux institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14, à charge pour lui de reverser les sommes aux salariés et organismes créanciers.

Selon l'**article L. 3253-19, 1° et 3°, du code du travail**, il incombe au mandataire judiciaire en cas d'ouverture d'une procédure collective, d'établir le relevé des créances mentionnées aux articles L. 3253-2 et L. 3253-4 de ce code dans les dix jours suivant le prononcé du jugement d'ouverture et, pour les salaires et les indemnités de congés payés couvertes en application du 3° de l'article L. 3253-8 et les salaires couverts en application du dernier alinéa de ce même article, dans les dix jours suivant l'expiration des périodes de garantie prévues à ce 3°, et ce jusqu'à concurrence du plafond mentionné aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du même code.

L'**article L. 3253-20, alinéa 1^{er}, du code du travail**, dispose que si les créances salariales ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles avant l'expiration des délais prévus par l'article L. 3253-19, le mandataire judiciaire demande, sur présentation des relevés, l'avance des fonds nécessaires aux institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 de ce code et, en cas d'ouverture d'une sauvegarde, le second alinéa prévoit que le mandataire judiciaire justifie à ces institutions, lors de sa demande, que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée, la réalité de cette insuffisance pouvant être contestée par l'AGS devant le juge-commissaire.

Il est jugé qu'il résulte des articles L. 3253-19, 1° et 3° et L. 3253-20, alinéa 1^{er}, du code du travail que l'obligation de justification préalable par le mandataire judiciaire de l'insuffisance des fonds disponibles de la procédure collective et la possibilité de sa contestation immédiate par les institutions de garantie ne sont prévues qu'en cas de sauvegarde, de sorte qu'en dehors de cette procédure, aucun contrôle a priori n'est ouvert à l'AGS et que, sur la présentation d'un relevé de créances salariales établi sous sa responsabilité par le mandataire judiciaire, l'institution de garantie est tenue de verser les avances demandées afin qu'il soit répondu à l'objectif d'une prise en charge rapide de ces créances (Com., 7 juillet 2023, pourvoi n° 22-17.902, publié au Bulletin).

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, les sommes dues par l'employeur en raison de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail antérieurement au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire restent soumises, même après l'adoption d'un plan de redressement, qu'il soit par cession ou par continuation, au

régime de la procédure collective²³ et les salariés ne peuvent recouvrer leur droit de poursuite individuelle qu'une fois le plan de redressement entièrement exécuté²⁴.

Il résulte de l'article L. 3253-8,1°, du code du travail, que l'assurance des salariés contre le risque de non-paiement en cas de redressement ou de liquidation judiciaire couvre les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Et l'article L. 3253-15 du code du travail prévoit que les décisions de justice sont de plein droit opposables à l'AGS et que cette dernière avance les fonds correspondant à des créances établies par décision de justice exécutoires, même si les délais de garantie sont expirés. Dès lors que la décision rendue est exécutoire, la garantie de l'AGS peut être mise en œuvre, même si un recours est possible.

Aucune disposition ne prévoit la suspension de la garantie de l'AGS pendant la période d'exécution du plan de redressement.

En application de l'article 1015 du code de procédure civile, les parties sont invitées à faire valoir leurs observations, dans le délai de 15 jours de la mise en ligne du présent rapport : sur le motif de pur droit qui pourrait être substitué à ceux critiqués par le moyen (2^{ème} branche du 2^{ème} moyen) ainsi que sur le moyen de pur droit qui pourrait être relevé (2^{ème} branche du 2^{ème} moyen), tels que détaillés en page 19 du présent rapport.

²³ Soc., 10 mai 2006, pourvoi n° 04-42.076, Bull. 2006, V, n° 167 et plus récemment : Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-12.521 ; - 16 décembre 2020, pourvoi n°19-12.967 ; Soc., 4 novembre 2021, pourvoi n°19.18-908 ; - 8 mars 2023, pourvoi n°21-24.272 ;

²⁴ Com., 8 avril 2015, pourvoi n° 13-28.061, Bull. 2015, IV, n° 65 et plus récemment : Com., 14 novembre 2019, pourvoi n° 18-15.522.