

Paris, le 26 janvier 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-29

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur ;

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Madame X, relative à un harcèlement moral et à son licenciement qu'elle estime discriminatoires en raison de son état de santé, de ses grossesses puis de ses activités syndicales,

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Paris.

Jacques TOUBON

Observations devant la Cour d'appel de PARIS
dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

SAISINE & ENQUÊTE :

1. Le 7 octobre 2014, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à des agissements qu'elle estime discriminatoires en raison de son état de santé et/ou de son état de grossesse.
2. Au vu des éléments communiqués par la réclamante, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011. Il a ainsi sollicité de la société Y - ci-après, la société Y - mise en cause, par courrier du 22 décembre 2014, ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
3. Par courrier du 30 janvier 2015, la société Y communiquait les éléments demandés.
4. Le 24 mars 2015, le Défenseur des droits informait les parties que son enquête était en cours et qu'il ne serait pas en mesure de prendre une décision définitive avant l'audience prévue devant le Conseil de prud'hommes de Z le 14 avril suivant. L'affaire ayant été plaidée ce jour-là, le Défenseur des droits, ne pouvant remettre en cause une décision de justice en vertu de l'article 33 de la loi organique le régissant, a suspendu son enquête dans l'attente d'un éventuel appel.
5. Dans un jugement du 12 mai 2015, notifié le 1^{er} septembre 2015, le Conseil de prud'hommes de Z condamnait la société au paiement de primes et de dommages et intérêts pour discrimination. Par suite, Madame X interjetait appel de ce jugement, et le Défenseur des droits reprenait son enquête.
6. Dans l'intervalle, Madame X lui avait indiqué, en juillet 2015, qu'elle avait fait l'objet d'une procédure de licenciement qu'elle estimait discriminatoire car en lien avec sa candidature en vue des prochaines élections professionnelles.
7. Au vu des nouveaux éléments communiqués par la réclamante, le Défenseur des droits demandait à la société Y, par courrier du 21 janvier 2016, de bien vouloir lui communiquer un certain nombre de pièces et explications sur cette nouvelle allégation de discrimination.
8. La société mise en cause y faisait droit par courrier du 2 février 2016.
9. Au regard des éléments communiqués, le Défenseur des droits a adressé à la société Y, par courrier du 21 octobre 2016, une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
10. La société y a répondu par courrier du 25 novembre 2016.

RAPPEL DES FAITS ET PROCÉDURES :

11. Madame X est engagée par la société Y à compter du 4 janvier 2010 sous contrat à durée indéterminée en qualité d'opérateur de marché, statut cadre Banque, au sein du département Structured Product Marketing – Global Distribution.

12. Son contrat de travail prévoit une rémunération fixe brute annuelle de 195.000 euros à laquelle peut s'ajouter un bonus « *aléatoire et non garanti* » dont le montant « *peut varier d'une année sur l'autre et peut même être nul* ». Le contrat précise que « *le montant et le versement de ce bonus seront fonction de la performance de la société, de la performance de l'équipe avec laquelle travaille Mademoiselle X ainsi que de la performance de Mademoiselle X et du respect de cette dernière des valeurs et des règles en vigueur au sein de la société* ».
13. La réclamante perçoit un bonus de 15.000 euros pour l'année 2010 et de 145.000 euros pour 2011.
14. Au mois d'août 2012, elle est victime d'un grave accident de la route. Elle est placée en arrêt maladie jusqu'au 15 octobre 2012.
15. Lors de sa visite de reprise du 18 octobre 2012, le médecin du travail préconise un mi-temps thérapeutique. La réclamante indique qu'il n'aurait pas été respecté.
16. Le 8 novembre 2012, le médecin du travail la déclare « *apte avec souplesse dans les horaires, en évitant les surcharges de travail, à revoir en janvier* ». Ces préconisations sont renouvelées pour 6 mois à compter du 30 janvier 2013.
17. Le 13 février 2013, la réclamante annonce sa grossesse à son supérieur hiérarchique, Madame A, qui l'informe, lors de la même entrevue, qu'elle ne percevra aucun bonus pour l'année 2012.
18. Dans des courriels échangés entre les 11 et 14 février 2013, la réclamante dénonce les remarques répétées dont elle aurait fait l'objet de la part de Monsieur B, son nouveau supérieur hiérarchique, relatives à son absence pour maladie. Le service des ressources humaines en est alerté.
19. La réclamante dénonce son absence de bonus en février et mars 2013, mais son employeur ne revient pas sur sa décision.
20. Courant mars 2013, la réclamante est placée en arrêt de travail en raison de complications liées à sa grossesse, à laquelle elle doit mettre fin en mars. Son arrêt est prolongé jusqu'à la fin du mois de juin.
21. En avril 2013, elle saisit le Conseil de prud'hommes de Z afin qu'il ordonne le paiement d'un bonus et le versement de dommages et intérêts pour discrimination et harcèlement moral.
22. A sa reprise, elle dénonce par courriel du 1^{er} juillet 2013, être mise à l'écart : blocage de son téléphone, retrait d'accès aux archives de ses mails et au calendrier de l'équipe, absence d'entretien annuel d'évaluation. Elle réitère cette dénonciation par courriel du 6 septembre 2013, ajoutant que certains de ses clients historiques ont été contactés par des membres de son équipe pendant ses congés d'été.
23. Par courrier recommandé du 10 septembre 2013, elle est informée que son licenciement pour motif économique est envisagé. Il est précisé que les critères d'ordre n'auraient pas vocation à s'appliquer dans la mesure où elle serait seule au sein de sa catégorie professionnelle, eu égard à sa qualité de « *Product Specialist* », qualité que la réclamante conteste en affirmant être vendeuse.
24. Par courriel du 18 septembre 2013, elle annonce sa seconde grossesse à son employeur.

25. Le 25 septembre 2013, Monsieur B l'informe que l'un de ses plus gros clients est réaffecté à un autre membre de son équipe.
26. A la fin de l'année 2013, elle dénonce une erreur sur ses chiffres de production de l'année (PNL) ainsi que le montant du budget qui lui est affecté pour l'année suivante.
27. En janvier 2014, la procédure d'information – consultation mise en place dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi est annulée par la Cour d'appel de Paris.
28. Elle est en congé maternité à compter du 20 janvier 2014.
29. Elle ne perçoit aucun bonus au titre de l'année 2013, ce qu'elle conteste par courriel du 25 février dans lequel elle rappelle que ses chiffres de production de 2013 étaient erronés, qu'aucun objectif ne lui a été fixé pour 2013, et qu'elle n'a pas eu d'entretien d'évaluation à mi année.
30. À son retour de congé maternité le 22 septembre 2014, elle n'aurait pas retrouvé son emploi, ses clients ayant été attribués à ses collègues. On lui aurait ensuite confié une mission sans rapport avec ses anciennes fonctions, consistant à aider son nouveau manager, Monsieur C.
31. En mai 2015, la réclamante est placée en arrêt pour maladie en lien avec sa situation professionnelle.
32. Par jugement en date du 12 mai 2015, le Conseil de prud'hommes de Z a condamné la société au paiement de 80.000 euros de primes pour les années 2012, 2013 et 2014 et de 1.000 euros de dommages et intérêts pour discrimination, rejetant l'allégation de harcèlement moral.
33. La réclamante ayant interjeté appel de ce jugement, une audience devant la Cour d'appel de PARIS est fixée au 3 février 2017.
34. A compter de mai 2015, la réclamante envisage de se porter candidate aux élections professionnelles. Sa candidature est portée sur les listes lors d'une réunion avec les institutions représentatives du personnel du 2 juin 2015.
35. Le 5 juin 2015 à 12 heures, elle se voit remettre en main propre une convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour motif personnel.
36. Le même jour, la liste des salariés se présentant aux élections professionnelles est adressée par courrier recommandé à l'employeur, qui la reçoit le lundi 8 juin.
37. Le 10 juin, la réclamante saisit le Conseil de prud'hommes de Z en référé afin de se voir appliquer la protection attribuée aux candidats aux élections professionnelles dans le cadre de son licenciement.
38. Le 25 juin 2015, lors du premier tour des élections professionnelles, la réclamante est élue déléguée du personnel titulaire.
39. La protection sollicitée par la réclamante est accordée par le Conseil de prudhommes de Z dans une ordonnance de référé du 6 juillet 2015.

40. Par application de cette ordonnance, la société sollicite l'avis du comité d'établissement, qui rend, le 24 juillet 2015, un avis défavorable sur le projet de licenciement.
41. Le 10 août 2015, la société sollicite l'autorisation de procéder au licenciement de la réclamante auprès de l'Inspection du travail, qui refuse par décision du 4 septembre 2015.
42. Dans un arrêt du 2 juin 2016, la Cour d'appel de Paris infirme l'ordonnance de référé en toutes ses dispositions.
43. Madame X est licenciée pour insuffisance professionnelle par courrier en date du 9 juin 2016.
44. Les parties se présentent donc devant la Cour d'appel de Paris pour que soit statué sur la discrimination et le harcèlement moral allégué par Madame X, ainsi que sur le bien-fondé de son licenciement.

CADRE & ANALYSE JURIDIQUES :

45. L'article L.1132-1 du code du travail prévoit qu' *« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...], notamment en matière de rémunération [...] de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, [...] en raison de son sexe, de sa grossesse ou de sa situation de famille [...] ou en raison de son état de santé »*.
46. En matière de discrimination, l'article L.1134-1 du code du travail définit un régime probatoire spécifique en vertu duquel, lorsque survient un litige, et que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la situation est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
47. Dans un arrêt du 19 avril 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué que le silence d'un employeur qui serait interrogé par une personne s'estimant victime de discrimination, ou son refus de se justifier, *« peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »* (Aff. CJUE 19 avril 2012, aff. C 415-10, Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH).
48. En l'espèce, il convient donc de souligner que Madame X demande à la société Y, depuis l'audience de conciliation du 17 octobre 2013, de lui communiquer le registre d'entrées et de sorties du personnel ainsi que les contrats de travail, bulletins de salaire et feuilles de rémunérations des salariés de son équipe et/ou ayant la même classification qu'elle, en vain. Au regard du principe de l'aménagement de la charge de la preuve applicable en matière de discrimination, et de la jurisprudence communautaire précitée, cet élément doit s'analyser comme permettant de présumer l'existence d'une discrimination.
49. En vertu de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, les faits de discrimination doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603 ; 29 juin 2011, n°10-15792). En l'espèce, un certain

nombre de mesures visant Madame X constituent incontestablement, dans leur ensemble, une discrimination fondée sur l'état de santé, les grossesses et les activités syndicales de la réclamante.

I – S'agissant du non-respect par la société des préconisations émises par le médecin du travail :

➤ En droit :

50. Conformément à l'article L. 4624-1 du code du travail : « *Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs. L'employeur est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. En cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail* ».
51. Il est important de noter que l'article R.4745-3 du code du travail prévoit que le non-respect de l'obligation prévue à l'article L. 4624-1 constitue une infraction.
52. La jurisprudence est venue préciser l'étendue de cette obligation, qui s'articule avec l'obligation de résultat qui pèse sur l'employeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise en application des articles L. 4121-1 et L. 4624-1 du code du travail.
53. Ainsi, il est précisé que l'employeur doit s'assurer de l'effectivité des préconisations émises par la médecine du travail (Cass. soc. 19 décembre 2007, n°06-43918).
54. Si un employeur ne respecte pas ou ne prend pas suffisamment en compte les réserves émises par le médecin du travail dans un avis d'aptitude, il commet un manquement à son obligation de sécurité qui ouvre droit, pour le salarié, au paiement de dommages-intérêts ([Cass. soc., 7 juillet 2009, n° 08-42.300](#), [Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.742](#) et [n° 10-16.307](#)).
55. La Cour de cassation précise que l'employeur ne peut s'exonérer de son obligation de procéder à l'aménagement préconisé par le médecin du travail que s'il apporte la preuve qu'il est dans l'impossibilité de s'y conformer (Cass. soc., 23 février 2000, n°97-44.947 ; Cass. soc., 5 janvier 2000, n°97-45.252).
56. En outre, la Cour de cassation a déjà considéré que le non-respect répété, par l'employeur, des avis d'aptitude avec réserves émis par la médecine du travail peut être constitutif de harcèlement moral (Cass. soc., 28 janvier 2010, n° 08-42.616).
57. Enfin, il a été retenu qu'un tel manquement peut également constituer une discrimination liée à l'état de santé (Cass. soc., 28 mai 2014, n°13-12311). C'est la position qu'a retenue le Défenseur des droits dans plusieurs affaires¹.

¹ Voir également : Cour d'appel d'AGEN, 13 janvier 2015, n°14/00819 ; Jugement du Conseil de prud'hommes de BESANÇON, 20 janvier 2015, n°F13/00341 ; Délibération de la HALDE n°2010-10 du 25 janvier 2010 ; Décisions du Défenseur des droits n°MLD-2012-68, MLD-2014-114 et MLD-2016-18

➤ **En l'espèce :**

58. Madame X indique que l'avis du médecin du travail préconisant un mi-temps thérapeutique à compter du 18 octobre 2012 n'aurait pas été respecté par son employeur.
59. Elle dénonce ainsi le fait que son manager, Monsieur B, lui aurait fixé des rendez-vous avec des clients le matin et l'après-midi dans la même journée. Elle fournit à ce titre son planning de travail du lundi 22 octobre au vendredi 2 novembre 2012, qui montre des rendez-vous pris : le 22 octobre à 9 heures et 15 heures, le 24 à 9h30 et 17h30, le 29 à 9 heures et 15 heures, le 30 à 11 heures et 17 heures 30, le 31 à 11 heures, 14 heures et 17 heures.
60. Interrogée à cet effet par le Défenseur des droits, la société mise en cause fait valoir, dans un premier temps, que Madame X aurait été libre d'organiser son emploi du temps comme elle le souhaitait, hormis quelques réunions fixées le matin, mais qu'elle avait elle-même fixé un certain nombre de rendez-vous en dehors de son mi-temps thérapeutique. Dans un second temps, la société mise en cause se contredit en affirmant, dans son courrier du 25 novembre 2016, que les rendez-vous fixés sur le calendrier outlook de la réclamante ne la concernaient pas nécessairement.
61. Bien plus, il apparaît que la société avait connaissance du fait que la réclamante travaillait au-delà de son mi-temps thérapeutique, mais qu'elle n'en était pas empêchée².
62. Or, le Défenseur des droits rappelle que les préconisations du médecin du travail s'imposent à l'employeur et que celui-ci est garant de leur effectivité. Si la mise en place de ces préconisations engendrait une difficulté, l'employeur aurait dû interroger l'inspecteur du travail, ce qui n'a pas été fait.
63. La société fournit également un échange de mails relatant la proposition faite à la réclamante fin novembre 2012, après qu'elle ait dénoncé le non-respect de son mi-temps thérapeutique, de signer un avenant actant de ce mi-temps thérapeutique.
64. Cet avenant est finalement signé le 10 décembre 2012.
65. Le Défenseur des droits constate, d'une part, que la signature de cet avenant tend à démontrer que le mi-temps préconisé depuis le 18 octobre 2012 n'était pas mis en place avant le 10 décembre 2012.
66. Il rappelle, d'autre part, que cet avenant ne constitue pas un élément concret permettant de démontrer que le mi-temps préconisé a été respecté, aucun élément de preuve n'étant rapporté à ce titre par la société mise en cause.
67. Ainsi, il apparaît que les préconisations du médecin du travail concernant la réclamante entre le 18 octobre et le 8 novembre 2012 – date à laquelle la réclamante a été déclarée « *apte avec une souplesse dans les horaires évitant les surcharges de travail* » - n'ont pas été rendues effectives par son employeur, ce qui, au regard des éléments du dossier, contribue à établir le fait que Madame X a fait l'objet d'une discrimination liée à son état de santé.

² Voir à ce titre l'échange de courriels entre Monsieur B et Madame D, du service des ressources humaines, en date du 20 décembre 2012

II – S’agissant du changement de poste de la réclamante à son retour de congé maternité :

➤ En droit :

68. Aux termes de l'article L.1142-1 du code du travail, « nul ne peut [...] prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation ».
69. En vertu de l'article L. 1225-25 du code du travail : « À l'issue du congé de maternité, la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire [...] ».
70. La directive 2006/54/CE prévoit également en son article 15 qu'« une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence ».
71. A défaut, la salariée subit un désavantage particulier en raison de sa grossesse par rapport à d'autres salariés n'ayant pas été dans cet état, ce qui caractérise une discrimination. Une telle discrimination existe non seulement lorsqu'une décision défavorable est motivée par l'annonce de l'état de grossesse, mais aussi lorsqu'elle est motivée par l'absence résultant du congé maternité (Cass., soc., 28 octobre 2008, n°07-41.856 ; Cass., soc., 16 décembre 2008, n°06-45.262).
72. Le caractère discriminatoire d'une telle situation est largement reconnu par la jurisprudence ainsi que par le Défenseur des droits³.
73. Ainsi, la Cour de cassation a récemment jugé que le fait pour une salariée de se voir retirer, à son retour de congé maternité, une part significative de sa clientèle, laisse supposer l'existence d'une discrimination en raison de sa grossesse (Cass. Soc., 28 septembre 2016, n°14-26387).
74. Il convient d'ajouter que le considérant 23 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail indique qu'« il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe ».
75. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a invariablement dit pour droit que tout traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé aux femmes constitue une discrimination directe fondée sur le sexe⁴.
76. Ainsi, le fait pour une salariée de ne pas retrouver son emploi ou un emploi équivalent à son retour de congé maternité est constitutif d'une discrimination fondée sur l'état de grossesse et le sexe.

³ Voir notamment le jugement du Conseil de prud'hommes de Bordeaux du 11 janvier 2016 reprenant la décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-198 en date du 3 novembre 2013, ainsi que la décision du Défenseur des droits n°MLD-2015-198 du 22 septembre 2015

⁴ CJCE 13.02.1996 Gillespie point 22 ; CJCE 30.04.2004 points 29 et 32 ; CJCE 30.03.2004 Alabaster point 47

77. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la salariée doit retrouver en priorité son emploi précédent, ce n'est que si c'est impossible que l'employeur peut lui proposer un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente (Cass. soc., 22 mai 1997, n°94-40297), l'employeur devant alors justifier d'une nécessité de modifier les fonctions de l'intéressée (Cass. soc., 1er février 2012, n°10-20906).
78. La jurisprudence a en outre dégagé plusieurs critères permettant de saisir les caractéristiques d'un emploi similaire au sens de l'article L. 1225-25 du code du travail.
79. Elle précise que constitue un emploi similaire un emploi de même niveau, de même nature, avec le même niveau hiérarchique et de responsabilités (Cass. soc., 22 mai 1997, n°94-40297, Cass. soc., 3 nov. 2010, n° 09-67.928 et Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-40.338)⁵.
80. En revanche, ne constitue pas un emploi similaire celui qui induit une modification d'un élément du contrat de travail⁶ ou qui ne permet pas à la salariée de conserver le même niveau de salaire, c'est-à-dire, non seulement sa part fixe mais aussi sa part variable (Cass. soc., 2 avril 2014, pourvoi n°12-27.849).
81. Récemment, la Cour de cassation a jugé que ne retrouve pas un emploi similaire la salariée qui, à son retour de congé maternité, est affectée à un poste où elle exerce des fonctions fortement réduites et temporaires même si elle a conservé sa classification et sa rémunération antérieures (Cass. soc., 18 mars 2016, n° 14-21.491).
82. Enfin, il convient de préciser qu'en vertu de l'article L1225-27 du code du travail, la femme salariée qui reprend son activité à l'issue d'un congé de maternité a droit à un entretien avec son employeur en vue de son orientation professionnelle.
- **En l'espèce :**
83. Madame X se plaint de n'avoir pas retrouvé son emploi ni un emploi similaire à son retour de congé maternité, le 19 septembre 2014.
84. Il ressort des éléments du dossier que la société ne conteste pas le fait que la réclamante n'ait pas retrouvé son emploi précédent lors de son retour. C'est ainsi qu'elle a écrit à la réclamante, par courriel du 26 septembre 2014, que : « *notre obligation à ton retour de congé maternité est de te réintégrer sur un poste comparable à celui que tu occupais avant ton départ : le fait d'accompagner Monsieur E sur certains de ses dossiers s'inscrit dans ce cadre* ».
85. Dans le cadre de l'enquête menée par le Défenseur des droits, la société précise que pendant son absence, la réclamante n'a pas été remplacée par le biais d'un recrutement temporaire, mais que ses tâches et les clients qui lui étaient alloués avant son départ ont été répartis à l'ensemble de ses collègues.
86. Elle ajoute s'être trouvée, lors du retour de la réclamante, dans une période d'incertitude juridique quant à l'avenir de son poste, compte tenu de la contestation,

⁵ De même, dans le contexte d'un retour de congé parental, la Cour de cassation a précisé que l'emploi similaire s'entend d'un emploi comportant la même rémunération, la même qualification, mais aussi des responsabilités similaires (Cass. Soc. 17 février 2010, n°08-44127).

⁶ CA Pau, 6 avril 2009, RG n° 08-00141

par les représentants du personnel, de l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi mis en œuvre quelques mois plus tôt. La banque rappelle à ce titre les difficultés que connaîtrait le secteur bancaire, et le fait qu'une réorganisation, portant suppression du poste de Madame X, avait été entreprise dès 2012.

87. La société indique donc que l'absence de certitude concernant le poste de la réclamante explique qu'elle aurait « *décidé de ne pas changer la couverture client mais de confier à Madame X, le temps que la situation se clarifie, une mission sur les « Novations Banque »* ».
88. En ce sens, la note d'information relative au projet de licenciement de la réclamante remise aux membres du Comité d'établissement en juillet 2015 rappelle que la société « *ne voyant pas la pertinence de repositionner Madame X sur un poste appelé à être supprimé à court terme [lui] a demandé d'assister son manager sur les Novations* ».
89. Cette note révèle également que « *le 24 avril 2015, le départ volontaire d'un collaborateur dans l'équipe permettait de confirmer la suppression définitive du poste précédemment occupé par Madame X* ».
90. Ce document révèle donc que la suppression du poste occupé par la réclamante avant son congé maternité a en réalité été mise en œuvre plus de sept mois après son retour.
91. Il résulte de ces éléments que la société mise en cause ne justifie pas de l'impossibilité dans laquelle elle se serait trouvée de replacer Madame X dans son emploi précédent à son retour de congé maternité.
92. Il en résulte que Madame X a subi une discrimination liée à sa grossesse et/ou son sexe à son retour de congé maternité.
93. Subsidiairement, le Défenseur des droits constate que la société mise en cause n'apporte aucun élément permettant d'établir que les nouvelles fonctions attribuées à la réclamante dans le cadre de la mission sur les « Novations banque » constitueraient un emploi similaire, au sens de la jurisprudence, à celui qu'elle exerçait avant son congé maternité.
94. En effet, la société ne fournit aucune pièce permettant d'examiner le contenu des fonctions liées à cette mission et, ce faisant, n'apporte pas la preuve que le poste confié à la réclamante à son retour de congé maternité serait de même niveau, en terme notamment de responsabilités ou de positionnement hiérarchique, ni de même nature que celui qu'elle occupait avant son congé maternité.
95. Dans son courrier du 25 novembre 2016, la société fait valoir que les bulletins de paie de Madame X montrent qu'elle percevait le même salaire et que son intitulé de poste était identique. Or la mention de l'intitulé du poste de la salariée ne permet en aucun cas d'apprécier la réalité des tâches qui lui étaient confiées.
96. Au regard de ces éléments, le Défenseur des droits constate que Madame X a fait l'objet d'une discrimination liée à sa grossesse et/ou son sexe à son retour de congé maternité.

III – S’agissant de la concomitance entre l’engagement d’une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle et la candidature de la réclamante aux élections professionnelles :

➤ En droit :

97. Outre l'article L.1132-1 du code du travail qui interdit toutes les discriminations en raison, notamment, des activités syndicales, l'article L.2141-5 de ce code, visant précisément la discrimination syndicale, prévoit qu'il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière, notamment, de mesures disciplinaires et de rupture du contrat de travail.
98. En vertu de l'article L.2411-7 du code du travail relatif aux salariés protégés :
*« L'autorisation de licenciement est requise pendant six mois pour le candidat, au premier ou au deuxième tour, aux fonctions de délégué du personnel, à partir de la publication des candidatures. La durée de six mois court à partir de l'envoi par lettre recommandée de la candidature à l'employeur.
Cette autorisation est également requise lorsque la lettre du syndicat notifiant à l'employeur la candidature aux fonctions de délégué du personnel a été reçue par l'employeur ou lorsque le salarié a fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature avant que le candidat ait été convoqué à l'entretien préalable au licenciement ».*

➤ En l'espèce :

99. Madame X soutient que la société Y avait connaissance de l'imminence de sa candidature aux élections professionnelles avant de déclencher la procédure de licenciement à son encontre, le 5 juin 2015.
100. C'est d'ailleurs ce qu'a retenu le Conseil de prud'hommes de Z dans son ordonnance de référé en date du 6 juillet 2015, condamnant la société Y à respecter la procédure de licenciement des salariés protégés prévue par l'article L.2411-7 du code du travail.
101. La banque affirme quant à elle n'avoir eu connaissance de la candidature de la réclamante que le lundi 8 juin 2015, après l'avoir convoquée en entretien préalable par courrier remis en main propre le vendredi 5 juin 2015.
102. Au regard des éléments rassemblés dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits considère que Madame X présente un grand nombre d'éléments laissant supposer l'existence d'un lien entre sa participation aux élections professionnelles et la procédure de licenciement engagée à son encontre.
103. En effet, la réclamante établit incontestablement que la liste complète des candidats aux élections professionnelles a été finalisée le mardi 2 juin 2015 à 14 heures dans les locaux du comité d'établissement.
104. Elle fournit en outre une attestation de Monsieur F, secrétaire du comité d'établissement, qui certifie l'avoir contactée en salle des marchés afin qu'elle rejoigne les représentants du personnel dans les locaux du comité d'établissement pour cette réunion. Monsieur F précise que la préparation et la tenue de cette réunion n'ont pas été confidentielles.

105. La réclamante bénéficie du soutien du syndicat CFDT, qui est intervenu volontairement à ses côtés dans le cadre de sa saisine du Conseil de prud'hommes de Z afin qu'elle obtienne la protection afférente aux représentants du personnel. Pour le syndicat, il ne fait pas de doute que la société avait connaissance de l'imminence de la candidature de Madame X aux élections professionnelles.
106. Enfin, le licenciement pour insuffisance professionnelle visant la réclamante ne semble reposer sur aucun élément tangible.
107. C'est d'ailleurs ce qu'a relevé l'Inspecteur du travail puisqu'il justifie son refus d'autoriser ce licenciement au motif que l'employeur n'apporte pas suffisamment d'éléments précis et matériellement vérifiables de l'insuffisance professionnelle alléguée et qu'il ne démontre pas que les objectifs prétendument non atteints étaient réalisables. L'inspecteur du travail souligne en outre « *que la société n'a fixé aucun objectif à la salariée dans le cadre d'un entretien professionnel ; que d'ailleurs Madame X n'a plus d'évaluations professionnels depuis 2013 ; que la société n'apporte pas d'éléments précis hormis une insuffisance de mails, qui ne peuvent à eux-seuls refléter l'activité d'un salarié dans son entièreté* ».
108. Enfin, le Défenseur des droits souligne que la Cour d'appel de PARIS, dans son arrêt du 2 juin 2016, retient que la salariée n'a pas apporté la preuve, qui lui incombait, de la connaissance, par son employeur, de l'imminence de sa candidature.
109. Or, il convient de souligner que ce faisant, la Cour d'appel n'a pas conclu à l'absence de concomitance entre la déclaration de sa candidature et l'engagement de la procédure de licenciement à son encontre.
110. Le Défenseur des droits entend rappeler que si la salariée avait la charge de la preuve de la connaissance, par son employeur, de l'imminence de sa candidature aux élections professionnelles pour bénéficier de la protection prévue à l'article L.2411-7 du code du travail, il lui incombe seulement, en matière de discrimination, par application de l'article L.1134-1 du code du travail, d'apporter des éléments de faits laissant supposer l'existence de la discrimination alléguée.
111. Or, pour le Défenseur des droits, cette concomitance constitue un élément laissant supposer le lien entre la procédure de licenciement engagée et la candidature de la réclamante aux élections professionnelles.
112. Par application de l'article L.1134-1 du code du travail, il appartient donc à la société mise en cause de prouver que la procédure de licenciement visant la réclamante est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination liée à ses activités syndicales.
113. Interrogée par le Défenseur des droits sur ce point, la société mise en cause s'est contentée, dans un premier temps, de rappeler avoir été informée de la candidature de la réclamante aux élections professionnelles après avoir enclenché une procédure de licenciement à son encontre. Ce faisant, la société n'apportait aucun élément permettant d'établir le bien-fondé de la procédure de licenciement enclenchée et, par conséquent, échoue à démontrer que cette procédure est dépourvue de tout lien avec les activités syndicales de la réclamante.
114. Dans un second temps, la banque fait donc valoir que Monsieur C aurait adressé plusieurs avertissements à la réclamante quant au niveau insuffisant de ses

résultats et son manque d'investissement dans ses fonctions, se référant notamment à des courriels des 13 janvier et 30 mars 2015.

115. Sans contester l'existence de ces courriels de reproches, le Défenseur des droits entend rappeler que la réclamante a dénoncé l'absence d'entretien d'évaluation et d'objectifs à de nombreuses reprises.
116. De même, dans l'avis du comité d'établissement sur le licenciement de la réclamante en date du 24 juillet 2015, les élus s'étonnent de cette absence d'objectifs chiffrés – constatant à ce titre une différence de traitement entre la réclamante et certains de ses homologues - et des griefs retenus à l'encontre de la réclamante. Les élus soulignent également que le dossier qui leur a été remis ne contient « *aucun élément précis et concret permettant de fonder un motif suffisant pour justifier la rupture du contrat de travail de Madame X* ». Ainsi, le projet de licenciement a reçu un avis défavorable à l'unanimité.
117. Or, il convient de rappeler qu'une insuffisance professionnelle ne peut être caractérisée en l'absence d'objectifs sérieux et réalisables fixés au salarié. En effet, la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier si les objectifs fixés au salarié sont réalistes ; à défaut, il ne peut pas être reproché au salarié de ne pas les avoir atteints (Cass. soc., 16 janv. 1992, n° 90-42.556 ; Cass. soc., 2 déc. 2003, n° 01-44.192).
118. C'est ce qu'a relevé à juste titre l'Inspection du travail lors de son refus d'autoriser le licenciement de la salariée.
119. Ainsi, en l'espèce, il résulte de la concomitance entre la candidature de la réclamante aux élections professionnelles et son licenciement pour insuffisance professionnelle, et de l'absence d'objectifs précis et réalisables qui sont nécessaires pour justifier de l'insuffisance professionnelle alléguée, que la procédure de licenciement litigieuse n'est pas justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
120. Le licenciement de Madame X encourt donc la nullité par application de l'article L.1132-4 du code du travail.
121. Pour toute défense, la banque soutient, dans son courrier au Défenseur des droits en date du 25 novembre 2016, que la candidature de la réclamante aux élections professionnelles aurait été motivée par son souhait de bénéficier de la protection particulière accordée aux candidats à ces élections. Or, il convient de rappeler que le salarié est présumé de bonne foi, et qu'en l'espèce, la banque n'apporte aucun commencement de preuve du contraire, de même qu'elle n'a entrepris aucune démarche afin de contester la candidature de Madame X aux élections professionnelles.

IV - S'agissant de l'absence de bonus :

122. S'agissant de l'attribution de rémunérations variables, il est de jurisprudence constante que si l'employeur peut décider en toute liberté de l'opportunité de verser une gratification, ce paiement n'en demeure pas moins une rémunération dont l'attribution est soumise au respect du principe de non-discrimination.

123. En l'espèce, la réclamante soutient que le non-versement, par son employeur, de bonus depuis l'année 2011 est en lien avec la dégradation de son état de santé, ses grossesses, et/ou ses activités syndicales.
124. Elle a dénoncé cette absence de bonus et son caractère infondé à de nombreuses reprises.
125. Ainsi, pour l'année 2012, elle dénonce l'absence de bonus malgré le dépassement de ses objectifs de vente, et signale avoir constaté qu'une partie de son chiffre d'affaires avait été prélevée arbitrairement de sa performance individuelle, en décembre 2012, pour être redistribuée à 3 membres de son équipe qui n'avaient pas atteint leurs objectifs, situation qu'elle dénonce par courriel adressé à son manager le 27 décembre 2012. Elle y exprime son inquiétude pour sa rémunération et l'avenir de son poste, en précisant : « *d'autant plus que tes remarques répétées au sujet de mon arrêt maladie ne sont pas faites pour me tranquilliser* ».
126. Pour l'année 2013, elle écrit à Monsieur B le 16 janvier 2014 avoir bien entendu en réunion que les résultats des vendeurs de la salle de Z pour l'année 2013 étaient bons (GBP 298 millions contre GBP 311 millions en 2012), et même en hausse de 17% dans son équipe (GBP 24,6 millions contre GBP 21 millions en 2012). Ces chiffres ne sont pas contestés par la direction.
127. Néanmoins, elle ne percevra aucun bonus pour l'année 2013.
128. Pour toute explication, la réclamante se voit rappeler, dans un courrier du 14 février 2013, « *les conditions difficiles qui ont prévalu cette année dans la détermination des rémunérations discrétionnaires* », puis, par courriel du 28 mars 2013, son employeur réaffirme les conditions d'attribution des bonus telles que prévues par son contrat de travail, et fait état du projet de réorganisation dont fait l'objet son équipe de travail afin de sauvegarder sa compétitivité.
129. Interrogée par le Défenseur des droits, la société mise en cause rappelle qu'« *ainsi que les stipulent les contrats de travail de la société Y, le bonus, par définition aléatoire et non garanti, peut varier de façon significative d'une année sur l'autre et peut même être nul* ».
130. La société joint un tableau dans lequel figurent les bonus attribués à un certain nombre de collaborateurs, et dont il ressort que Madame X n'aurait pas été la seule à ne pas percevoir de bonus pour les années 2012 et 2013. En effet, à la lecture du tableau communiqué par la société, c'est le cas de Messieurs B et G.
131. La société mise en cause ajoute que si la réclamante n'a pas perçu de bonus pour les années 2012, 2013 et 2014, c'est en raison de la suppression de son poste envisagée dans le plan de sauvegarde de l'emploi.
132. A cet égard, le Défenseur des droits souligne que le premier plan de sauvegarde de l'emploi n'a été lancé qu'au courant de l'année 2013 et qu'il ne peut donc pas raisonnablement affecter les bonus attribués pour le compte de l'année 2012.
133. Bien plus, le Défenseur des droits souligne que cette explication n'est pas conforme aux conditions fixées par le contrat de travail qui unissait les parties.
134. C'est justement ce qu'a retenu le Conseil de prud'hommes tout en soulignant à juste titre que la société n'avait pas assigné d'objectifs à la réclamante, sans lesquels il

n'est pas possible de faire une évaluation objective de ses performances selon les conditions du contrat de travail.

135. Le Défenseur des droits relève également que selon la banque, aucun salarié ne serait placé dans une situation comparable à celle de la réclamante, étant donné qu'elle serait la seule "product specialist", et qu'il n'existerait pas de fiche de poste pour décrire ses fonctions et les comparer à d'autres. Or, cette qualité de « product specialist », qui n'était jamais apparue ni dans le contrat de travail ni dans les fiches de poste ou bulletins de paye de la réclamante, n'a pas été validée par le plan de sauvegarde de l'emploi et il a finalement été retenu que la réclamante était « vendeuse » comme le prévoit son contrat de travail. C'est ainsi que le véritable poste de la réclamante n'a pas été visé dans le deuxième plan de sauvegarde de l'emploi.
136. Enfin, le Défenseur des droits constate que les éléments fournis par la banque ne permettent pas de vérifier la réalité du versement ou du non versement des bonus à ses collaborateurs. En effet, la banque fournit des tableaux anonymisés, et partiellement remplis. Dans certains cas, les montants affichés dans les tableaux sont contredits par les fiches de rémunération communiquées. Les bulletins de salaire afférents ne sont pas communiqués. Or, dans le cadre de son enquête, le Défenseur des droits avait sollicité la communication notamment des éléments suivants : la liste complète des bonus attribués aux membres de cette équipe pour les années 2010 à 2014 ; toute information ou document permettant d'expliquer l'attribution des bonus au sein de la société ; tout document permettant de démontrer la réalité des bonus versés....
137. Le Défenseur entend donc ici rappeler qu'en vertu de la loi organique le régissant, mais aussi de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail, et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne précitée, il incombe à la société mise en cause d'apporter la preuve de l'absence de discrimination.

138. En l'espèce, au regard de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que l'absence de versement de bonus à la réclamante depuis 2011 est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination liée à son état de santé, ses grossesses, son sexe et/ou ses activités syndicales.
139. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Madame X a fait l'objet de mesures discriminatoires en lien avec son état de santé, de ses grossesses et de ses activités syndicales en violation notamment des articles L.1132-1, L.1142-1, L.1225-25, et L.2141-5 du code du travail ;
 - Constate que la société Y mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe en application de l'article L.1134-1 du code du travail, que le licenciement de Madame X est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec son état de santé, ses grossesses et/ou ses activités syndicales, et, par suite, qu'il encourt la nullité en application de l'article L.1132-4 du code du travail.
140. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de PARIS et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON