

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 7

ARRÊT DU 15 JUIN 2017

(n° , treize pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : S 15/09354

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 12 Mai 2015 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS RG n° 13/05518

APPELANTE

Madame X.

née le à [...]

comparante en personne, assistée de Me Hélène L.-G., avocat au barreau de VERSAILLES, toque : C 177, Mme Z. (Défenseur des droits) en vertu d'un pouvoir général

INTIMEE

SA Y.

N° SIRET : ...

représentée par Me Sabine S. V., avocat au barreau de PARIS, toque : J011, Mme A. (Responsable des Ress. Humaines) en vertu d'un pouvoir général

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 03 Février 2017, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Mme Pascale WOIRHAYE, Conseillère, chargé du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

- Monsieur Patrice LABEY, Président

- Madame Pascale WOIRHAYE, Conseillère

- Monsieur Philippe MICHEL, Conseiller

Greffier : Mme Roseline DEVONIN, lors des débats

ARRET : CONTRADICTOIRE

- prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile.

- Signé par Monsieur LABEY, Président de la chambre et par Madame Emmanuelle MAMPOUYA, greffier à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire

Madame X. a été engagée par la société Y. en qualité d'Opérateur de Marché, statut cadre, Niveau 1, Director, au sein du département Structured Product Marketing - Global Distribution, à compter du 4 janvier 2010, aux termes d'un contrat de travail à durée indéterminée soumis aux dispositions de la Convention collective nationale de la Banque.

La rémunération brute annuelle de Madame X. a été fixée à 195.000 euro de salaires fixes de base et complémentaire outre un bonus qualifié de discrétionnaire et son temps de travail était régi par un forfait de 210 jours par an.

Madame X. a subi un accident de la circulation pendant l'été 2012 et sa reprise s'est effectuée avec un mi-temps thérapeutique jusqu'à ce qu'elle soit déclarée apte avec souplesse d'horaires en évitant les surcharges le 8 novembre 2012. Elle a été placée en arrêt de maladie du 15 février 2013 au 21 août 2013.

Le 29 avril 2013, Madame X. a saisi le Conseil de prud'hommes de PARIS aux fins de faire juger qu'elle est victime d'une discrimination et de harcèlement moral et d'obtenir le paiement de primes de bonus pour les années 2012, 2013 et 2014, des dommages et intérêts pour discrimination et harcèlement moral et une indemnité sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile. A titre subsidiaire et avant-dire-droit elle a sollicité de la société Y. la communication du registre des entrées et sorties du personnel de 2010 jusqu'à ce jour, des contrats de travail et bulletins de salaire de janvier 2010 à juillet 2013, des feuilles de rémunération récapitulant les rémunérations fixes et variables versées pour 2011-2012-2013 aux salariés suivants : M. B., M. C., M. D, M. E, Mme F, M. G, M. H et Mme I, les contrat de travail et bulletins de salaire de Mme J. 2010-2011, les contrat de travail et bulletins de salaire de Mme K. pour 2010-2011-2012, les contrat de travail et bulletins de salaire de M. L. pour 2010-2011-2012.

La société Y. a réclamé à titre reconventionnel une indemnité en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Madame X. a été placée en congé de maternité du 20 janvier 2014 au 22 septembre 2014.

Le 5 juin 2015, date à laquelle a été adressée à la société Y. la liste des candidats aux élections professionnelles prévues le 25 juin 2015 sur laquelle figurait Madame X. , cette dernière a été convoquée à un entretien préalable à son éventuel licenciement fixé au 26 juin 2015, soit le lendemain de son élection comme déléguée du personnel titulaire.

Sur requête de la salariée et par ordonnance du 6 juillet 2015, le Conseil de prud'hommes a ordonné à la société Y. de solliciter l'avis du comité d'entreprise et l'autorisation de licenciement par l'inspecteur du travail, lequel l'a refusée par décision du 4 septembre 2015. Par arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 2 juin 2016, l'ordonnance du Conseil de prud'hommes a été infirmée, la Cour disant n'y avoir lieu à référé.

Madame X. a été licenciée pour insuffisance professionnelle par lettre recommandée avec avis de réception du 9 juin 2016.

La Cour est saisie de l'appel régulièrement formé le 24 septembre 2015 par Madame X. du jugement du Conseil de prud'hommes de PARIS en date du 12 mai 2015 et notifié le 1er septembre 2015, qui a condamné la société Y. à lui payer la somme de 80.000 euro à titre de rappel de bonus pour les années 2012, 2013 et 2014, celle de 1.000 euro à titre de dommages et intérêts pour discrimination et celle de 1.000 euro au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, et qui l'a déboutée du surplus de ses demandes. L'affaire a été plaidée contradictoirement à l'audience du 3 février 2017 en présence du Défenseur des droits qui est intervenu à l'instance dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.

Vu les conclusions n°2 de Madame X. régulièrement communiquées et développées oralement par son conseil au soutien de son appel par lesquelles elle demande à la Cour de :

' Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a reconnu l'existence d'une discrimination et lui a alloué ses bonus depuis qu'elle en a été indûment privée en 2012, ainsi qu'une indemnité au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

' L'infirmant pour le surplus et statuant à nouveau, vu notamment les articles L.1132-1, L.1134-1, L.1142-1, L.1154-1, L.1225-25 et suivants du Code du Travail,

' Condamner la société Y. à lui verser :

- à titre de dommages et intérêts pour discrimination, la somme de 150.000 euro

- à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral, la somme de 50.000 euro,

- à titre de rappel de salaire pour les années 2012, 2013, 2014 et 2015, la somme de 320.000 euro, outre les congés payés afférents, à hauteur de 32.000 euro,

A titre subsidiaire, avant dire droit, sur le montant des bonus, vu notamment les articles 145 du Code de Procédure Civile, 1315 du Code Civil,

' Ordonner à la société Y. de communiquer, selon calendrier fixé :

- le registre des entrées et sorties du personnel de 2010, année d'embauche de Madame X., jusqu'à ce jour,

- les contrats de travail et bulletins de salaire de janvier 2010 à mars 2016, ainsi que feuilles de rémunération récapitulant les rémunérations fixes et variables versées aux salariés suivants pour les années 2011, 2012, 2013, 2014 et 2015 :

o Madame K.,

o Monsieur M.,

o Monsieur C., Director,

o Monsieur D., Vice-Président,

o Monsieur E., Director,

o Madame F., Associate,

o Monsieur G., Director,

o Monsieur H., Director,

o Madame I., Vice-Président,

o Monsieur N.

' Dire nul et de nul effet le licenciement notifié le 9 juin 2016, subsidiairement, constater l'absence de cause réelle et sérieuse,

' Condamner la Société Y. à lui verser :

- à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul, subsidiairement sans cause réelle et sérieuse, la somme de 382.000 euro,

- à titre de dommages et intérêts pour préjudice distinct, la somme de 143.000 euro,

En tout état de cause,

' Condamner la société Y. à lui verser, outre l'indemnité allouée en première instance qui sera confirmée, la somme de 6.000 euro par application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

' La condamner aux entiers dépens.

Vu les conclusions n°2 de la société Y. régulièrement communiquées et développées oralement par son conseil au soutien de son argumentation d'appel par lesquelles elle demande à la Cour de :

' La recevoir en ses conclusions et les déclarant bien fondées,

' Infirmer la décision du Conseil des Prud'hommes en ce qu'il l'a condamnée à verser à Madame X. la somme de 80.000 euro au titre des bonus 2012, 2013 et 2014 ainsi que la somme de 1.000 euro à titre de dommages et intérêts pour discrimination ;

' Confirmer la décision du Conseil des Prud'hommes de Paris pour le surplus,

Statuant à nouveau

' Constater l'absence de toute discrimination à l'encontre de Madame X.

' Constater l'absence de tout harcèlement moral et manœuvres déloyales à l'encontre de Madame X.

' Constater que le licenciement de Madame X. repose sur une cause réelle et sérieuse,

En conséquence

' Débouter Madame X. de l'intégralité de ses demandes,

' Condamner Madame X. à verser la somme de 5.000 euro au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Vu la décision n° 2017-29 en date du 26 janvier 2017 du Défenseur des droits régulièrement communiquées et développées oralement par son agent régulièrement mandaté par laquelle il :

' 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.

Pour un exposé complet des prétentions et moyens des parties, la Cour renvoie à leurs écritures visées par le greffier le 3 février 2017, auxquelles leurs conseils respectifs se sont expressément référés.

MOTIFS DE L'ARRÊT

Sur l'allégation d'inégalité de traitement et la demande en paiement des bonus

Il résulte des dispositions de l'article L 3221-2 du code du travail, que l'employeur doit assurer l'égalité de traitement entre salariés lorsqu'ils effectuent un même travail ou un travail de valeur égale. Sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse.

Il appartient au salarié qui invoque une inégalité de traitement de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser cette inégalité et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence.

Le contrat de travail peut prévoir, en plus de la rémunération fixe, l'attribution d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur, dès lors que le caractère discrétionnaire de cette rémunération ne permet pas à l'employeur de traiter différemment des salariés placés dans une situation comparable au regard de l'avantage considéré. Dans le cas où le montant du bonus est fixé discrétionnairement par l'employeur, celui-ci n'a pas à porter à la connaissance du salarié les éléments objectifs servant de base au calcul de cette gratification, mais il en va différemment lorsque la rémunération variable dépend de critères fixés au

contrat ou d'un accord entre les parties.

En l'espèce, le contrat de travail de Madame X. prévoit un 'bonus discrétionnaire' en son article 5 b) comme suit :

'A cette rémunération peut s'ajouter éventuellement une prime complémentaire dont le montant est variable. Il est rappelé que ce bonus par définition aléatoire et non garanti peut varier de façon significative d'une année sur l'autre et peut même être nul. Le mode d'attribution des éléments de ce bonus est également à la discrétion de la société ... qui se réserve le droit de ne pas verser le bonus ou de modifier la nature et la date de versement de ce bonus. 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 Madame X. ainsi que de la performance de Madame X. et du respect par cette dernière des valeurs et règles en vigueur au sein de la société... le paiement du bonus intervient au cours du premier trimestre de l'année de référence...'

Madame X., qui rappelle avoir perçu un bonus de 145.000 euro en 2011, soutient qu'elle a été privée irrégulièrement de son bonus annuel de 2012 à 2015 alors que :

- en 2012, elle avait atteint ses objectifs commerciaux, que l'enveloppe des bonus accordés par la banque n'avait diminué que de 12%, ce à quoi l'employeur n'avait pas remédié en dépit de ses contestations par courriels du 11 au 15 février 2013 puis de son courrier recommandé du 19 mars 2013, se bornant à indiquer le 28 mars 2013 que son équipe 'fait actuellement l'objet d'un projet de réorganisation nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité', ce qu'elle juge sans rapport;

- en 2013, 2014 et 2015, l'employeur ne lui a plus fixé d'objectif annuel en dépit de ses relances, et il a laissé sans suite ses demandes ou repoussé les rendez-vous d'évaluation jusqu'au courriel du 5 octobre 2015 redéfinissant son périmètre d'action et à l'entretien annuel du 15 janvier 2016 et la notification de son évaluation 2015, qu'elle a contestée, en ce qu'elle était insuffisante et ne lui ouvrait droit à aucun bonus;

- elle est le seul membre de son équipe à n'avoir pas perçu ces bonus alors même que la suppression de son poste envisagé pour la première fois en 2014 a été abandonnée à la suite de l'annulation du premier PSE, et que les autres membres impactés de l'équipe, soit Messieurs H., C. et Madame I., en avaient obtenus.

La société Y. rétorque s'agissant des exercices 2012 à 2014 qu'elle a usé de son droit rappelé au contrat de ne pas verser de bonus à l'égard de l'ensemble des salariés dont les postes étaient appelés à être supprimés, ce qui était le cas de celui de Madame X. sur les deux PSE finalement annulés ; s'agissant du bonus 2015, elle fait valoir que le manque d'implication dans son travail de la salariée à son retour de maternité, ce qui a entraîné sa convocation à un entretien préalable à son licenciement pour insuffisance professionnelle, suffit à expliquer l'absence de bonus ; elle réfute la liste des salariés établie par Madame X. comme étant en situation comparable à la sienne, alors qu'elle n'a rejoint l'équipe Solutions qu'en 2013 et qui pour les autres et en particulier les 'directors' comme elle, géraient des portefeuilles plus rémunérateurs (Monsieur C. et Monsieur D.), ou d'institutionnels

pour compte propre différents des siens (Monsieur E.) ou encore étaient sous contrat de travail britannique (Monsieur N.).

Sur ce, il découle du contrat de travail de Madame X. que la prime annuelle prévue en complément de ses rémunérations fixes, même si elle est qualifiée de 'bonus discrétionnaire', dépendait des performances de l'entreprise, de son équipe et de la salariée elle-même. En reconnaissant que l'absence de bonus de 2012 à 2014 n'était pas liée à l'activité de Madame X., ni même de la banque, mais à la perspective d'un licenciement économique touchant les salariés de son équipe dont le poste était impacté par les PSE successivement annulés, la société Y. a admis qu'elle avait effectué une différence de traitement au détriment de Madame X. par rapport aux autres directeurs pour des motifs sans rapport avec le critère de performance visé au contrat de travail. La suppression des bonus est donc injustifiable.

Le jugement sera confirmé en ce qu'un rappel de primes lui a été alloué mais infirmé sur le quantum, lequel au vu du bonus 2011 et compte tenu de sa demande réduite à 80.000 euro par an, sera porté à 240.000 euro (80.000x3), outre 24.000 euro au titre des congés payés afférents.

S'agissant du bonus 2015, la demande en paiement nouvelle en appel sera également accueillie dans les mêmes proportions, dès lors que la banque ne justifie pas avoir procédé aux entretiens de fixation des objectifs après le congé de maternité en temps utile pour que son action de 2015 soit évaluable au regard de cette rémunération variable. Les sommes de 80.000 euro pour ce bonus et de 8.000 euro pour les congés payés afférents seront encore allouées à Madame X..

Sur l'allégation de discrimination en raison de l'état de santé et de la grossesse et de harcèlement moral

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

L'article L.1134-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte au vu desquels, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Aux termes de l'article L.1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Selon l'article L.1152-2 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral et pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

L'article L.1154-1 du même code prévoit qu'en cas de litige, le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et il incombe alors à l'employeur, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Comme faits laissant présumer une discrimination en raison de sa santé (accident de la circulation à l'été 2012, mi-temps thérapeutique, arrêts de travail de février 2013 à août 2013, congé de maternité en 2014), Madame X. fait valoir :

- qu'elle n'a perçu aucun bonus de 2012 à 2015, ainsi qu'elle l'a démontré plus haut, et contrairement à d'autres membres de son équipe,

- qu'à son retour de maladie en septembre 2013, elle a été ciblée par un plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre d'une réorganisation et son licenciement économique lui a été annoncé comme étant le seul au sein de sa catégorie professionnelle qualifiée de 'Product Spécialist' alors qu'elle est vendeur/opérateur de marché ; qu'elle y voit une intention discriminatoire qui a été retenue plus largement d'ailleurs par la Cour d'appel de Paris annulant le 13 janvier 2014 le premier PSE en raison notamment du non-respect du principe d'égalité de traitement des salariés en fonction de leur catégorie professionnelle,

- qu'alors qu'en 2012 elle a rempli ses objectifs, aucun autre ne lui a été donné pour 2013, ni pour 2014, ni pour 2015, sauf en octobre 2015 pour la fin d'année et 2016, s'agissant néanmoins plus de missions que d'objectifs, ces missions n'étant pas au niveau de son expérience et de sa séniorité,

- qu'elle n'a fait l'objet d'aucune évaluation avant 2016, alors même qu'elle est revenue de congé de maternité le 22 septembre 2014, et n'a bénéficié d'aucune évolution de carrière.

Au soutien de son appel Madame X. fait aussi valoir qu'elle a subi un harcèlement moral manifesté par :

- une mise à l'écart : elle souligne qu'en juillet 2013 son bureau a été déménagé, elle a été exclue de la liste de diffusion des mails, que ses clients ont été partagés ou lui ont été retirés, son budget a été réduit,

- une atteinte à son honneur : son ancien manager Monsieur B. l'a accusée faussement d'avoir commercialisé de nouveaux produits sans validation de l'AMF, ce dont Compliance l'a blanchie en octobre 2014,

- une stagnation de sa carrière par la privation de l'accès au marché : à son retour de maternité en septembre 2014, elle n'a pas été réintégrée dans son précédent emploi, son portefeuille de clients les plus rémunérateurs ayant été remis à Monsieur C. et Monsieur D., et ne lui ayant pas été restitué à leur départ en avril et novembre 2015, en dépit des préconisations du CHSCT en son rapport de novembre 2015, faisant état de la nécessité 'de rétablir rapidement un environnement de travail supportable pour (elle)'.

Au soutien de l'infirmité du jugement sur la discrimination et confirmation sur l'absence de harcèlement la société Y plaide que :

- que Madame X. a été traitée comme les autres salariés impactés par le PSE s'agissant de ses bonus 2012 à 2014 et qu'elle ne méritait pas de bonus en 2015, outre que les bonus étaient discrétionnaires,

- qu'elle n'a fait l'objet d'aucune pression du fait de sa maladie, le mi-temps thérapeutique ayant été respecté,

- que c'est toute l'équipe qui a déménagé dans une salle de marché, ce qui ne constitue pas un isolement, et les incidents matériels ont été résolus,

- que Monsieur B. a seulement fait une erreur d'appréciation,

- que le poste de Madame X. ne pouvait lui être redonné à son retour de maternité dès lorsqu'elle était impactée par le PSE et qu'elle avait fait une demande de résiliation judiciaire ;

- que le poste Novation confié était stratégique, ne pouvait s'appuyer que sur des directeurs expérimentés comme Madame X. et conduisait à un potentiel de chiffres d'affaires très supérieur au précédent poste, grâce à la commercialisation de nouveaux produits imaginés par l'ingénierie financière ;

- que l'évaluation 2014 n'a pu prendre en compte cette nouvelle mission trop récente mais a donné lieu à l'évaluation 2015 ;

- que Madame X. ayant résisté à la mission, une autre responsabilité lui a été proposée sans plus de succès.

Sur ce, en l'état des explications et pièces fournies Madame X. qui procède par voie d'affirmation s'agissant de son isolement et de la privation d'opérations financières rémunératrices et qui donne au désaccord survenu avec son manager une portée qu'il n'a pas, la matérialité d'éléments de faits précis, concordants et répétés laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral, n'est pas établie.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a rejeté sa demande de dommages et intérêts du chef de harcèlement.

Par contre il a été retenu précédemment par la Cour que Madame X. avait fait l'objet d'une inégalité de traitement en ce qui concerne le service des bonus ; par la concomitance entre ses absences pour maladie et pour maternité et celle de toute évaluation professionnelle avant janvier 2016, l'appelante établit des faits concordants pouvant laisser supposer l'existence d'une discrimination à son égard. En ne prouvant pas que l'absence de bonus touchait ses autres collègues impactés par le PSE ou ses collègues non impactés travaillant dans la même équipe qu'elle, la société Y. échoue à démontrer que les décisions qu'elle a prises à l'égard de Madame X. en matière de rémunération et d'évaluation professionnelle étaient exemptes de toute discrimination.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a retenu la discrimination mais infirmé en son quantum les dommages et intérêts étant portés à la somme de 50.000 euro.

Sur la demande de nullité du licenciement

Aux termes des dispositions de l'article L. 2411-7 du Code du travail, 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.

Madame X. plaide que le secrétaire du comité d'établissement lui ayant proposé de se porter candidate aux élections professionnelles se tenant le 25 juin 2015, elle a participé à la réunion préparatoire du 2 juin 2015 qui l'a enregistrée comme candidate titulaire pour la CFDT ; elle affirme qu'elle a été convoquée de façon précipitée par remise en main propre à l'entretien préalable à son licenciement le 5 juin 2015 à midi alors que la liste a été envoyée le même jour, parce que l'employeur avait eu vent de cette candidature et voulait échapper à la protection qu'elle lui garantirait.

La société Y conteste avoir eu connaissance de la candidature de Madame X. avant de recevoir le 8 juin 2015 la liste électorale comportant le nom de sa salariée et elle souligne que cette candidature était destinée à entraver la procédure.

Par arrêt de cette Cour en date du 2 juin 2016, il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu à interrompre la procédure de licenciement par référé, la salariée n'apportant pas la

preuve que la direction ou un de ses représentants aurait été avisé de sa candidature avant la remise de la convocation à l'entretien préalable.

Madame X. qui soutient que sa hiérarchie ne pouvait ignorer qu'elle s'est rendue le 2 juin 2015 depuis son poste de travail dans les locaux du comité d'établissement pour participer à la réunion de finalisation de la liste présentée par les syndicats, fournit aux débats les mêmes éléments de preuve qu'à la procédure de référé sans en ajouter aucun qui emporte la conviction de la Cour. Il ne peut notamment pas être déduit de l'attestation qu'elle estime déterminante, de son manager, Monsieur L., qui rapporte lui avoir expliqué que cette convocation était due à son problème de performance et d'absence visible de motivation, qu'il s'agit d'un aveu de précipitation suspecte des événements impliquant qu'il connaissait sa candidature, alors que cette attestation évoque les discussions antérieures des responsables de Madame X. relativement à ce licenciement envisagé et qu'il n'est pas contredit lorsqu'il indique que l'appelante ne l'a pas avisé de sa candidature.

L'appelante ne procédant que par supputations, sa demande de nullité sera rejetée.

Sur les motifs du licenciement

Conformément à l'article L.1232-1 du Code du Travail, le licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. En application de l'article L.1235-1 du code du travail, en cas de litige relatif au licenciement, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ; si un doute subsiste, il profite au salarié.

La lettre de licenciement du 9 juin 2016 est motivée comme suit :

'Nous faisons suite à notre convocation à un entretien préalable à licenciement remis en main propre le 5 juin 2015, entretien qui devait initialement se tenir le 17 juin 2015. En raison d'un arrêt maladie, nous avons reporté cet entretien au 26 juin 2015. Vous ne vous êtes pas présentée à cet entretien. Nous avons, par la suite, été contraints de suspendre la procédure de licenciement suite à votre saisine du Conseil de Prud'hommes de Paris en la forme des référés aux fins de vous voir reconnaître le statut de salarié protégé dès lors que, selon vous, nous aurions eu connaissance de l'imminence de votre candidature aux élections des représentants du personnel lors de votre convocation à l'entretien préalable.

La décision de la Cour d'appel de Paris du 2 juin 2016 infirmant l'ordonnance rendue par le Conseil de Prud'hommes de Paris et indiquant que vous ne pouviez vous prévaloir du statut de salarié protégé dans le cadre de la procédure initiée le 5 juin 2015, nous reprenons cette procédure et vous notifions par la présente votre licenciement pour insuffisance professionnelle. Au sein de l'équipe EFS Solutions de Paris, vos responsabilités concernent la mise en place de transactions de type « novations » avec Y. Le périmètre de ces responsabilités porte sur l'ensemble des transactions avec des contreparties françaises. Ces responsabilités sont au cœur de la stratégie de développement du département EFS Solutions. En effet, depuis le mois de mai 2014, celui-ci a élargi son champ d'action à l'ensemble des transactions institutionnelles, sur l'ensemble des classes d'actifs, notamment les

transactions d'optimisation de ressources rares (capital et financement) pour la Société et pour ses clients et contreparties. Il regroupe l'ensemble des capacités d'ingénierie financière et l'essentiel du trading exotique de la Banque. Les vendeurs EFS Solutions ne sont plus seulement des vendeurs de produits dérivés et structurés dont la tâche était de commercialiser des produits imaginés par les équipes d'ingénierie. Pour s'adapter à un nouvel environnement la Société leur demande en effet de devenir des vendeurs solutions ("Solutions Sales").

A ce titre, ils doivent notamment être capables d'aider la Société à identifier et négocier avec ses clients ou d'autres contreparties de marchés des solutions qui répondent aux besoins et contraintes de chacun. L'importance donnée aux novations est illustrée par la méthodologie de détermination des « Sales Crédit » (revenus associées au vendeur) qui lui est associée, soit 2% de la réduction de RWA associée.

Ces responsabilités vous ont été confiées dans le contexte suivant :

- Le poste que vous occupiez avant votre départ en congé maternité était impacté par un projet de suppressions de postes envisagées par la Société et ayant fait l'objet d'une procédure d'information/consultation des Instances Représentatives du Personnel lancée en avril 2014.

- Au retour de votre congé maternité en septembre 2014, l'homologation par la DIRECCTE du Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE) relatif à ce projet avait été obtenue et la mise en œuvre du PSE devait s'ouvrir par une phase de volontariat. Dans ce contexte, et ne voyant pas la pertinence de vous repositionner sur un poste appelé à être supprimé à court terme, la Société vous a demandé d'assister votre manager, Monsieur M., sur les novations, et ce en cohérence totale avec votre niveau de Directeur et votre expérience antérieure. En effet, vous êtes une spécialiste des produits dérivés et structurés avec de nombreuses années d'expérience, notamment à la O d'abord, puis au sein de la Société. Votre grade de Directeur, reflet de cette expérience, vous donne par ailleurs le poids et la stature nécessaires pour asseoir votre crédibilité et mener les négociations avec les contreparties internes et externes nécessaires à ce type de transactions.

- Ces responsabilités ont été officialisées par un email de votre manager du 26 septembre 2014.

- Mi-janvier 2015, en attendant que les incertitudes liées à l'annulation de l'homologation du PSE par le Tribunal Administratif se clarifient, votre manager a confirmé qu'il maintenait sa focalisation sur les novations.

- Le 6 février 2015, votre manager vous a confirmé que les novations constitueraient votre objectif 2015.

- Le 24 avril 2015, le départ volontaire d'un collaborateur dans l'équipe permettait de confirmer la suppression définitive du poste que vous occupiez précédemment.

- Votre manager décidait de ne pas vous allouer les clients couverts par ce collaborateur, une gestion des novations à temps plein s'avérant nécessaire compte tenu des perspectives de réduction des RWA associées et de l'importance stratégique pour la Société de leur concrétisation. De plus, votre profil était plus adapté à cette mission qui demande une forte expérience et une ancienneté suffisante. Les clients couverts par le collaborateur quittant l'équipe étaient en effet pour l'essentiel des tables d'exécution de produits structurés : ces clients pouvaient être couverts par des vendeurs plus juniors spécialisés sur l'exécution de transactions fréquentes et de moindre importance unitaire.

Le bon exercice de ces responsabilités requiert :

- Une interaction forte et proactive avec :

' Les Trading Desks (Y Core et Non-Core) qui gèrent les positions, dans l'objectif d'identifier les positions de trading sur lesquelles il faut travailler en vue d'optimiser l'utilisation du capital de Y. Il peut s'agir par exemple de contrats de dérivés dont la maturité est jugée trop longue, dont les arrangements collatéraux sont faibles et donc la structure juridique légale ou réglementaire n'est plus adaptée aux standards actuels du marché.

' Les équipes Structuration Y, afin de définir une composition de transaction qui soit attractive à la fois pour la contrepartie et pour la Société en termes de réduction du RWA.

' Les différentes grandes contreparties de marché françaises (essentiellement les grandes banques) pour établir la meilleure façon d'optimiser les portefeuilles de produits dérivés respectifs. Les interactions avec ces contreparties peuvent se faire en direct pour les plus grosses d'entre elles - essentiellement les principales banques françaises-, qui disposent d'équipes de vendeurs avec des responsabilités similaires aux vôtres, ou en collaboration avec d'autres vendeurs Y pour des entités plus petites ou suivies par l'équipe Banking.

- La capacité à :

' fédérer et coordonner, dans un mode de gestion de projet, l'ensemble des parties impliquées dans la structuration de la transaction ;

' faciliter la négociation du prix entre le Trading et la contrepartie ;

' exécuter la transaction une fois conclue en interface avec le Trading et la contrepartie.

Or, vos interactions avec les équipes Trading et Structuration, comme avec les contreparties françaises, sont demeurées extrêmement limitées depuis octobre 2014. De plus, elles ne se sont pas du tout inscrites dans une volonté d'origination de transactions et ne témoignent d'aucune volonté de votre part de prendre le leadership sur cette responsabilité, alors même qu'il s'agit d'un enjeu stratégique

pour la Société et que vous êtes Directeur. Ainsi :

- Votre manager a recensé uniquement 35 emails envoyés par vous entre octobre 2014 et juillet 2015 sur le sujet « novations », soit une moyenne de 4 emails par mois depuis que vos responsabilités vous ont été attribuées : ces chiffres illustrent parfaitement votre faible mobilisation sur le sujet.
- Vos contacts avec P., Managing Director, qui est le point de contact principal coté pour les vendeurs de Y, et avec ses équipes ont été inexistantes.
- Vos quelques interactions avec les équipes Structuring se sont inscrites dans le suivi de discussions en cours déjà largement initiées par votre manager, M.M., sans prise d'initiative de votre part pour discuter de nouvelles opportunités d'opérations.
- Vos interactions avec les contreparties de marché françaises se sont limitées au suivi de deux opérations avec O et R, initiées par votre manager. Il n'y a eu aucune tentative significative d'origination de nouvelles discussions ou de prise de contact avec d'autres contreparties.

Dans ce contexte, il n'est donc pas surprenant que votre niveau de production ait été de zéro, presque 10 mois après que ces responsabilités vous aient été confiées. Votre absence d'efforts s'avère particulièrement dommageable pour l'équipe EFS Solution Paris, lorsque l'on considère que l'opportunité avec les contreparties françaises se situe entre 5 et 10 mds £ de réduction d'actif, sous l'effet conjugué du nombre élevé de clients filiaux (grandes entreprises, collectivités publiques, sociétés émettrices d'obligations foncières) avec lesquels le portefeuille de contrats dérivés est très consommateur de ressources pour la Société, compte tenu de l'évolution réglementaires récente et de l'existence de grande banques françaises (O, R, S, T, U) susceptibles de pouvoir reprendre certaines de ses expositions ou de pouvoir échanger des expositions pour une optimisation des expositions respectives.

Compte tenu des modalités d'allocation des Sales Crédit aux vendeurs ayant conclu et exécuté des novations, un vendeur à plein temps en France pourrait générer une production de Sales Credit entre 8 et 15mds d'Euros.

Sur une période similaire à celle couvrant la période pendant laquelle vous avez occupé une responsabilité « novations », l'effort collectif fourni par les équipes de Y sur le sujet des novations a permis de réduire l'ensemble des actifs pondérés du risque Y Non Core de 110 mds de £ à sa création en mai 2014 à 75 mds£ en juin 2015 avec un objectif de 50 mds£ à l'horizon 2017.

Vous n'avez mené aucune action alors que certains de vos collègues français ont oeuvré en dehors de leur zone de responsabilité directe et de manière proactive, à la réduction du RWA (un Directeur de l'équipe « Taux » a ainsi identifié que certaines contreparties étaient mal renseignées dans les systèmes, ce qui entraînait une surestimation des RWA del30 m£ ; un autre vendeur a quant à lui facilité un changement de contrat avec un grand courtier, réduisant ainsi le RWA associé).

Dans au moins trois autres pays européens, des vendeurs du département EPS Solutions, qui se sont focalisés sur ce type de mission, ont réalisé des transactions très importantes qui ont permis une réduction cumulée de RWA supérieure à 1 mds£ et généré des montants de Sales Crédit permettant à ces vendeurs de remplir en totalité ou en grande partie leurs objectifs annuels. L'absence d'implication de votre part est donc inexcusable.

Votre manager vous a pourtant rappelé à plusieurs reprises, verbalement et par écrit, directement ou par l'intermédiaire de la Direction des Ressources Humaines, qu'il souhaitait voir une amélioration significative de votre implication dans votre travail :

- Le 17 octobre 2014, M. M. vous rappelait, par écrit et par mon intermédiaire, qu'il vous fallait « étendre (votre) démarche à d'autres institutions, en manifestant dans cette approche le degré d'autonomie auquel (votre) titre de Director (vous) autorise » car vous vous étiez jusqu'alors focalisée uniquement sur la O.

- Le 13 janvier 2015, M. M. vous rappelait par écrit qu'il vous incombait de prendre toutes les initiatives utiles avec les équipes Trading et Structuring pour mener à bien vos responsabilités, et vous proposait son aide pour progresser sur ce sujet.

- Le 6 février 2015, M. M. et M. V., Managing Director Responsable de la Salle de marché, vous ont rencontré pour vous reconfirmer que vos objectifs 2015 portaient bien sur les novations et vous demander de faire preuve du degré d'investissement requis par ces responsabilités.

- Le 30 mars 2015, M. M., constatant que la situation n'avait pas évolué, vous a de nouveau écrit, déplorant votre absence totale de prise d'initiative pour mener à bien vos responsabilités, malgré votre niveau d'expérience et le soutien qu'il était prêt à vous apporter, et vous rappelant l'importance de votre rôle dans le cadre des nouvelles missions de l'équipe à laquelle vous appartenez.

- Enfin, le 10 avril 2015, M. M. vous a fait part, lors d'une réunion, de ses préoccupations sur votre performance depuis qu'il vous a confié ces responsabilités et vous a clairement indiqué qu'il souhaitait que des améliorations majeures surviennent à très court terme.

Ces rappels sont malheureusement restés sans effet et votre comportement ne nous laisse d'autre choix que de procéder à votre licenciement, faute de poste disponible en interne et correspondant à vos compétences. Votre préavis d'une durée de trois mois, que nous vous dispensons d'effectuer mais qui vous sera néanmoins rémunéré aux échéances normales de la paye, commencera à courir à compter du jour suivant la date de première présentation de cette lettre...'

En droit, l'insuffisance professionnelle peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsqu'elle repose sur des éléments précis, objectifs et imputables au salarié qui perturbent la bonne marche de l'entreprise et qui permettent au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur en formant sa conviction au vu des éléments fournis par les parties.

Madame X plaide que le motif du licenciement est trop ancien et sans fondement, qu'aucun objectif clair ne lui a été donné à son retour de maternité, qu'elle ne travaillait plus sur les novations depuis 9 mois, mais sur une 'nouvelle mission stratégique pour l'équipe' ce qui concrétise l'inanité des griefs qui lui sont faits, déjà relevée par l'Inspecteur du travail dans sa décision du 4 septembre 2015 refusant d'autoriser son licenciement ; elle ajoute que l'article 26 de la convention collective imposant une recherche de reclassement n'a pas été respecté, motif supplémentaire de nullité.

La société Y. n'argumente pas les motifs du licenciement se contentant d'affirmer qu'elle n'avait pas à actualiser le contenu des manquements au jour de la notification du licenciement et que la lettre elle-même mentionnant que les recherches d'un poste en interne se sont avérées infructueuses, démontre que la recherche de reclassement a été effectuée.

En l'espèce, même si la banque n'avait pas à modifier la lettre de licenciement déjà soumise à l'Inspecteur du travail, dont elle a dû retenir l'envoi à la suite de la décision judiciaire jusqu'à l'arrêt de la Cour sus évoqué, elle ne produit aucune pièce propre à démontrer la réalité de l'insuffisance professionnelle de Madame X., que le nombre de mails échangés ne suffit pas à établir, en l'absence de toute évaluation professionnelle depuis 2013 ; il sera ajouté qu'alors qu'une période supplémentaire avait été donnée aux parties pour rechercher une solution de reclassement, l'employeur s'en est abstenu.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Sur les demandes financières

En application de l'article L. 1235-3 du Code du Travail, si le licenciement d'un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise de 11 salariés et plus, survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Au vu de l'attestation Pole emploi, le salaire fixe moyen de référence de Madame X. était de 17.157 euro (205.881/12) auquel s'ajoute le bonus de 6.666 euro.

Compte tenu de l'ancienneté de Madame X. et du fait qu'elle a retrouvé un emploi à la R en novembre 2016, l'indemnité réparant son préjudice du fait de son licenciement sera équitablement fixée à 144.000 euro. Les circonstances vexatoires de la rupture, commandent une indemnisation distincte au titre de son préjudice moral à hauteur de 1.000 euro.

L'employeur qui remplit les conditions d'application de l'article L 1235-4 du code du travail, s'agissant du licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise employant habituellement plus de onze salariés, doit rembourser au Pôle Emploi les indemnités versées au salarié du

jour de son licenciement au jour du jugement, dans la limite de six mois d'indemnités.

Sur l'article 700 du Code de procédure civile et les dépens

L'équité et la situation économique respective des parties justifient qu'il soit fait application de l'article 700 du code de procédure civile dans la mesure énoncée au dispositif. La société Y qui succombe en appel sera condamnée aux dépens.

PAR CES MOTIFS

La Cour statuant en dernier ressort publiquement par arrêt contradictoire prononcé par mise à disposition des parties au greffe ;

DÉCLARE recevable l'appel interjeté par Madame X..

INFIRME le jugement du Conseil de prud'hommes de PARIS en date du 12 mai 2015 sur le quantum du rappel de bonus et les dommages et intérêts pour discrimination.

Statuant de nouveau à cet égard,

CONDAMNE la société Y à payer à Madame X. les sommes suivantes :

- 240.000 euros au titre des bonus pour les années 2012 à 2014,
- 24.000 euros au titre des congés payés afférents,
- 50.000 euros à titre de dommages et intérêts pour discrimination.

CONFIRME le jugement pour le surplus.

Y ajoutant,

FIXE le salaire moyen de référence à la somme de 23.823 euros.

DIT le licenciement notifié à Madame X. le 9 juin 2016 dépourvu de cause réelle et sérieuse.

CONDAMNE la société Y à payer à Madame X. les sommes suivantes :

- 80.000 euro au titre du bonus 2015,
- 8.000 euro d'indemnité de congés payés afférents,
- 144.000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 1.000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice distinct,
- 3.500 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

CONDAMNE la société Y à rembourser au Pôle Emploi les indemnités versées à Madame X. dans la limite de six mois d'indemnités.

CONDAMNE la société Y aux dépens de l'instance d'appel.

REJETTE le surplus des demandes.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

E. MAMPOUYA P. LABEY