

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

EXTRAIT DES MINUTES
DU GREFFE

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 6 - Chambre 3

ARRÊT DU 19 Décembre 2017
(n° , 15 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : S 17/00631

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 03 janvier 2012 par le conseil de prud'hommes de PARIS RG n° 10/14601, confirmé par le pôle 6 - chambre 7 de la cour d'appel de Paris par arrêt du 11 septembre 2014, dont la décision a été cassée partiellement par arrêt de la Cour de Cassation en date du 28 septembre 2016 qui a ordonné le renvoi devant la Cour d'Appel de Paris autrement composée.

APPELANTE

Madame X

née le : à
comparante en personne, assistée de Me Aude GONTHIER, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE

SA Y agissant poursuites et diligences de son représentant légal domicilié audit siège en cette qualité

N° SIRET :

représentée par Me Frédéric INGOLD de la SELARL INGOLD & THOMAS - AVOCATS, avocat au barreau de PARIS, toque : B1055 substituée par Me Florence ACHACHE, avocat au barreau de PARIS, toque : R088, Me Michel LEVY, avocat au barreau de PARIS, toque : A0059, Mme (Membre de l'entrep.) en vertu d'un pouvoir spécial

PARTIE INTERVENANTE :

Organisme LE DEFENSEUR DES DROITS
7 rue Saint Florentin
75409 PARIS

représenté par Mme

en vertu d'un pouvoir spécial



COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 07 Novembre 2017, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Daniel FONTANAUD, Président de chambre
Madame Isabelle VENDRYES, Conseillère
Madame Laurence SINQUIN, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier : M. Julian LAUNAY, lors des débats

ARRET :

- Contradictoire
- prononcé par mis à disposition 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 Daniel FONTANAUD, Président de Chambre et par Monsieur Julian LAUNAY, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE

Madame X, engagée par la société Y à compter du 22 janvier 2007 en qualité de "vendeur petites et moyennes valeurs", dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, est partie en congé maternité le 1^{er} novembre 2009 et a repris son activité professionnelle le 31 mai 2010, à l'issue d'un congé pathologique. Par lettre du 12 octobre 2010, l'intéressée a pris acte de la rupture de son contrat de travail.

Par jugement du 3 janvier 2012, le conseil de prud'hommes de PARIS a débouté Madame X de ses demandes, notamment à titre d'indemnités de rupture de son contrat de travail, de dommages-intérêt pour discrimination, et de bonus au titre des années 2008 à 2010.

Madame X en a relevé appel.

Par arrêt du 11 septembre 2014, la cour d'appel de PARIS a confirmé le jugement et, y ajoutant, a condamné Madame X à payer 25.006,46 euros à titre de dommages et intérêts à raison de l'inexécution du préavis par la salariée, et 1.500,00 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 28 septembre 2016, la chambre sociale de la cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris (Pôle 6 - Chambre 7) rendu le 11 septembre 2014 dans toutes ses dispositions sauf en ce qu'il déclare recevable l'appel formé par Madame X. Madame X donne acte au ministère public de ses observations, rejette l'exception d'irrecevabilité opposée par la société Y à l'intervention du Défenseur des droits, constate le dépôt des observations du Défenseur des droits et procède à son audition. L'affaire a été renvoyée devant la cour de PARIS, autrement composée.

Cette cour, désignée comme cour de renvoi, a été saisie dans le délai de quatre mois prévu par l'article 1034 du code de procédure civile dans sa rédaction applicable à la présente instance.



Par conclusions visées au greffe le 7 novembre 2017 au soutien de ses observations orales auxquelles il est expressément fait référence en ce qui concerne ses moyens, Madame X demande à la cour d'infirmer le jugement du 3 janvier 2012, de juger que la rupture de son contrat de travail emporte les effets d'un licenciement nul, et, subsidiairement, que la prise d'acte de rupture de son contrat de travail emporte les effets d'un licenciement sans cause réelle ni sérieuse. Elle demande de condamner la société Y à lui verser les sommes suivantes :

- 169.260,00 euros à titre de complément de bonus pour l'exercice 2008
- 167.173,00 euros à titre de rappel de bonus pour l'exercice 2009
- 167.173,00 euros à titre de rappel de bonus pour l'exercice 2010,
- 25.006,47 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis
- 2.500,65 euros à titre des congés payés afférents
- 27.003,32 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement
- 375.000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
- 125.000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour discrimination
- 2.406,48 euros à titre de remboursement de ses frais de mutuelle
- 8.000,00 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile;

Madame X demande enfin que la cour ordonne à la société Y de lui remettre un certificat de travail, une attestation Pôle Emploi et, des bulletins de salaire pour la période d'octobre 2010 à janvier 2011, et ce sous astreinte de 100 € par document et par jour de retard à compter de l'arrêt à intervenir.

Par conclusions visées au greffe le au soutien de ses observations orales auxquelles il est expressément fait référence en ce qui concerne ses moyens, la société Y demande, in limine litis, d'ordonner le retrait de la décision 2017-288 du Défenseur des droits, et, au fond, de confirmer le jugement du conseil de prud'hommes, et de condamner Madame X au paiement de :

- 25.006,46 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis
- 2.500,65 euros à titre de congés payés y afférent
- 5.000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive
- 8.000,00 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

La Cour se réfère, pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des moyens et des prétentions des parties, à la décision déférée et aux dernières conclusions échangées en appel.

MOTIFS

Sur la demande formulée in limine litis de retrait des débats de la décision 2017-288 du Défenseur des droits

La société Y expose que, le 5 décembre 2013, le Défenseur des Droits a notifié une décision 2013-220 l'informant de la position du Défenseur des Droits et de sa volonté de participer au débat devant la Cour d'Appel de Paris en procédant, selon elle, à des critiques explicites de la décision de la juridiction prud'homale.

Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la juridiction administrative, un pourvoi étant actuellement pendant devant le conseil d'Etat.

Devant la Cour de renvoi, le Défenseur des Droits a pris, le 23 octobre 2017, une nouvelle décision n° 2017-288 notifiée à la société le 25 octobre 2017 soit quelques jours avant l'audience des plaidoiries fixée au 7 novembre.

La société Y a alors pu compléter ses écritures en répondant sur ce document. Elle en sollicite néanmoins le retrait des débats en arguant de sa nullité.

Les documents transmis par le Défenseur des Droits se présentent de la façon suivante :

- Une lettre de transmission intitulée " *Notification de décision* " et indiquant que " *Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à des faits constitutifs de discrimination en lien avec son sexe, sa grossesse et/ou sa situation de famille, rencontrés dans le cadre de son emploi au sein de la société votre cliente.*

Après instruction, je vous informe que j'ai décidé, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, de présenter des observations devant la Cour d'appel de PARIS

lors de l'audience du 7 novembre prochain.

Je vous prie de bien vouloir trouver copie de la décision n°2017-288 correspondante".

- la décision n° 2017-288 du Défenseur des droits proprement dite, qui est ainsi libellée :

" 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 des droits ;

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 ;

Vu l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 11 septembre 2014 (CA Paris, n° 12/02280) ;

Vu l'arrêt de la Cour de cassation en date du 28 septembre 2016 (Cass. soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.387)

Saisi d'une réclamation de Madame X relative à la discrimination qu'elle estime avoir subie, en raison de son sexe, de sa grossesse et/ou de sa situation de famille, au cours de sa carrière au sein de la société Y ;

Considérant que Madame X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son sexe, sa grossesse et sa situation de famille justifiant sa décision de prendre acte de la rupture de son contrat de travail ;

Considérant que cette prise d'acte doit avoir les effets d'un licenciement nul en raison de la discrimination subie ;

Décide de présenter ses observations devant la Cour appel de PARIS."

- les observations devant la Cour de PARIS présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011.

A l'appui de sa demande de retrait, la société Y fait valoir que :

- cette décision constitue des conclusions au sens de l'article 15 du code de procédure civile, alors que le Défenseur des Droits n'est pas partie à l'instance et ne peut être qualifié d'intervenant au sens des articles 66, 325 et suivants du code de procédure civile et ne peut bénéficier, même implicitement, des droits que le code de procédure civile attribue aux parties.

- le Défenseur des Droits est autorisé par l'article 33 de la loi de 2011 à présenter des observations orales ou écrites devant la juridiction saisie du litige portant sur les faits objets de son enquête, mais il ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle.

- le Défenseur des Droits doit conserver l'impartialité que toute autorité administration doit avoir dans l'instruction d'un dossier

- la façon dont l'enquête a été diligentée n'a pas été respectueuse des droits de la Défense, la société Y n'ayant pas été en mesure de connaître exactement les faits reprochés et le champ effectif de l'enquête

- le 4 mars 2013, la société Y a reçu une note du Défenseur des Droits qui était une critique directe de la décision prud'homale empreinte de parti-pris et, le 5 décembre 2013, le Défenseur des Droits a notifié la décision 2013-220 qui contenait des critiques explicites de la décision juridictionnelle.

- le Défenseur des Droits a refusé de communiquer la plainte, ce qui a conduit la société Y à engager une action contestant ce refus auprès de la CADA, et ce n'est que dans le cadre de la procédure contentieuse devant la juridiction administrative que le Défenseur des Droits s'est résolu à communiquer la plainte, ce qui a conduit le tribunal administratif, par jugement en date du 6 novembre 2014 à prononcer à l'encontre du Défenseur des Droits une condamnation à payer la somme de 1000 € au titre des frais irrépétibles, sanctionnant ainsi la communication tardive de cette plainte.

- la nouvelle décision 2017-288 du 23 octobre 2017 du Défenseur des Droits prise pour adresser des observations devant la cour de renvoi est nulle car prise par une autorité incompétente, l'autorité administrative ayant vidé sa saisine en ayant rendu la première décision, et ne peut devant la Cour de renvoi que reprendre la décision qui a mis un terme à son enquête.

- sur le fond, le Défenseur des droits outrepassa les droits que la loi lui attribue en écrivant : "*considérant que cette prise d'acte doit avoir les effets d'un licenciement nul en raison de la discrimination subie*", car si la loi l'autorise à émettre un avis, il ne lui appartient pas de tirer une conséquence légale de son appréciation, qui ne lie pas la juridiction.

- les observations écrites présentées par le Défenseur des droits sont entachées d'erreurs tant en ce qui concerne le rappel de la procédure administrative que sur le fond du dossier.

Pour l'ensemble des motifs susvisés, la société Y demande, avant tout débat au fond, d'ordonner le retrait de la décision 2017-288.

De son côté, Madame X fait valoir que l'arrêt rendu le 28 septembre 2016 par la Cour de Cassation a rejeté le moyen du pourvoi incident de l'employeur relatif à la recevabilité de l'intervention du Défenseur des Droits, validant ainsi de manière définitive la recevabilité de l'intervention du Défenseur des Droits.

Position de la Cour :

L'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits dispose que : "*Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions*".

Ainsi, le Défenseur des droits peut présenter à nouveau des observations devant la cour d'appel de renvoi après cassation alors même qu'il avait adressé des premières observations dont la décision n° 2013-220 avait servi de support. Peu importe à cet égard la forme que prennent les observations.

Par ailleurs, la société Y n'indique pas précisément en quoi le Défenseur des droits remet en cause une décision juridictionnelle dans ses observations devant la cour de renvoi.

Le fait que cette première décision fasse l'objet d'un contentieux administratif est ici



inopérant, en ce qu'il ne saurait priver le Défenseur des droits de formuler de nouvelles observations devant la cour de renvoi. Ainsi, le Défenseur des droits n'a fait qu'user des prérogatives qu'il tient de la loi en intervenant devant la cour de renvoi sur la base d'une nouvelle décision n° 2017-288 accompagnée d'observations écrites.

Il est néanmoins observé qu'en l'espèce le Défenseur des droits a attendu le 23 octobre 2017, soit quelques jours avant l'audience des plaidoiries prévues pour le 7 novembre 2017, pour prendre cette décision, puis adresser des observations à la Cour. Cette communication tardive notifiée à la société Y le 25 octobre 2017 n'était pas justifiée par la survenance d'éléments nouveaux. Elle était susceptible d'entraîner un déséquilibre au regard des exigences du procès équitable et de l'égalité des armes.

Cependant, la cour constate qu'en l'espèce, la société Y n'a pas sollicité le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure et a été en mesure de répliquer aux observations par écrit en prenant de nouvelles conclusions visées par le greffe le 7 novembre 2017, lesquelles ont été soutenues oralement à l'audience de plaidoirie.

Enfin, la Cour estime, au vu de l'ensemble des éléments versés au débat, qu'elle est en capacité d'apprécier la valeur probante des pièces produites qui ont été soumises au débat contradictoire, y compris les dernières observations du Défenseur des droits, et ce quelque soient la forme que prennent ces observations et quelque soit la formulation péremptoire de la décision n° 2017-288 qui indique expressément dans deux "Considérant" que "Madame X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son sexe, sa grossesse et sa situation de famille justifiant sa décision de prendre acte de la rupture de son contrat de travail" et que "cette prise d'acte doit avoir les effets d'un licenciement nul en raison de la discrimination subie".

Dans ces conditions, la cour de renvoi constate le dépôt des observations écrites du Défenseur des droits et rejette l'exception soulevée par la société Y.

Sur le fond du litige

Sur les demandes de bonus pour les exercices 2008, 2009 et 2010

Madame X expose que son bonus au titre de 2008 était dérisoire alors que, sur l'ensemble de l'année 2007, elle a réalisé pour Y un chiffre d'affaires global de courtage de 2 148 929 euros et a perçu le bonus promis de 120 000 €. S'agissant de 2008, elle indique avoir réalisé sur le secteur des Petites et Moyennes Valeurs, un chiffre d'affaires de 1 692 613 € et soutient que ce résultat était excellent, compte tenu notamment du contexte économique dégradé, alors qu'elle n'a perçu qu'un bonus de 7 476 €, ce qui selon elle, était insuffisant. Courant mars 2009, l'intéressée s'est effectivement ouverte auprès de sa hiérarchie afin que son bonus soit révisé sur la base de critères objectifs.

Madame X ajoute qu'elle n'a pas perçu de bonus au titre de 2009 alors que son classement professionnel était remarquable si l'on en croit le classement EXTEL qui la place en très bonne position dans les vendeurs. Par ailleurs, Madame X indique que ses évaluations internes la positionnent devant la plupart de ses collègues. Néanmoins, les documents qu'elle produit sur ce point ne permettent pas de confirmer cette affirmation.

Elle rappelle qu'elle est partie en congé maternité le 16 octobre 2009 et que, sur les neuf mois et demi d'activité précédant son départ, elle a réalisé un chiffre d'affaires de 1 671 000 €. Enfin, elle indique que les deux autres salariés de l'équipe qui n'ont perçu aucun bonus en mars 2010 n'étaient plus présents dans l'entreprise, Monsieur Z étant parti en juin 2009 et Madame A début 2010.

Elle estime qu'elle est ainsi la seule salariée présente en mars 2010 à ne pas avoir perçu un bonus alors que les autres membres de l'équipe, de sexe masculin, en ont perçu. Elle

en conclut que cette situation est liée à sa qualité de femme et son état de grossesse. En conséquence, elle s'estime bien fondée à solliciter à titre de complément de bonus pour l'exercice 2008, la somme de 169 260 € et à titre de bonus 2009 la somme de 167 173 €.

Sur l'année 2010, Madame X expose qu'elle a exercé ses fonctions jusqu'au 12 octobre 2010, soit dix mois et demi d'activité et sollicite un bonus équivalent à celui de l'année précédente, soit 167 173 €.

En l'espèce, au vu des pièces produites, la lettre d'engagement signée par les parties le 19 décembre 2006 stipule une rémunération annuelle fixe de 100.000 euros brut payable sur 12 mois, mais ne prévoit pas l'attribution d'un "bonus". Une participation aux résultats de l'entreprise est cependant mentionnée.

Un avenant n°1 au contrat de travail en date du même jour prévoit que la salariée percevra une "prime brute exceptionnelle" totalement indépendante de son activité de 148.000 euros avec la paye de décembre 2007. Il prévoit en outre une garantie de rémunération variable brute au titre de 2007 d'un montant qui ne sera pas inférieur à 120.000 euros, réglé avec la paye de février 2008.

Le point 2.3 de cet avenant relatif à la "nature de la garantie" indique expressément "*Vous convenez que cette garantie de rémunération variable présente un caractère purement discrétionnaire et qu'elle est par nature non renouvelable tant en ce qui concerne son montant que sa fréquence...*".

Il est ajouté dans cet avenant : "*A compter du 1^{er} janvier 2008, vous convenez que cette garantie de rémunération variable ne s'appliquera plus et que par conséquent les éléments de votre rémunération suivront les dispositions générales appliquées au sein de notre entreprise ainsi que les accords d'entreprise en vigueur à cette date*".

Ainsi, il était prévu contractuellement, à l'occasion de la prise de fonctions, de verser une prime exceptionnelle en décembre 2007 et une garantie de rémunération variable en février 2008. Ces éléments contractuels ne peuvent cependant servir de référence pour l'attribution d'un bonus pour les années suivantes.

A cet égard, c'est à tort que Madame X utilise ces éléments obtenus contractuellement et exceptionnellement à l'occasion de son arrivée dans l'entreprise pour servir de référence, tant dans le principe de l'octroi d'un bonus, qu'en ce qui concerne son montant.

En l'espèce, au vu des éléments versés au débat, l'attribution d'un bonus aux salariés ne résulte ni du contrat de travail, ni d'accords collectifs, ni à proprement parler d'un usage au sein de l'entreprise, et aucun élément ne permet de considérer que Madame X avait un droit ou devait s'attendre à percevoir un bonus au titre de l'année 2008 et des années suivantes.

Cependant, la société Y ne conteste pas que des bonus discrétionnaires étaient assez régulièrement versés salariés et doit dès lors être en mesure de justifier les différences de bonus par des motifs objectifs et pertinents, le caractère discrétionnaire ne lui permettant pas de s'exonérer de toute justification quant au versement d'une prime discrétionnaire.

L'employeur apporte sur ce point des justifications en faisant valoir que les stipulations contractuelles établissent sans ambiguïté que les bonus ne sont ni garantis, ni ne répondent à un mode de calcul pré-établi, mais correspondent à l'appréciation par l'employeur de performances exceptionnelles au regard du contexte du marché. Or, l'employeur expose que Madame X ne pouvait prétendre à des bonus au titre de 2008 et 2009 en raison principalement de ses résultats médiocres.

L'employeur démontre ainsi qu'en 2008, Madame X n'a réalisé qu'un chiffre



d'affaires de 1.693.000 €, soit le moins élevé de son équipe, mais il a néanmoins décidé de lui verser un bonus de 7.476 € pour ne pas la décourager. Les tableaux comparatifs des neuf salariés de l'équipe produits par l'employeur sont à cet égard éloquent, Madame X réalisant un chiffre d'affaire très inférieur à tous ses collègues au titre de l'année 2008 (y compris plusieurs collègues qui percevaient un salaire annuel fixe inférieur à elle). Madame X a néanmoins perçu un bonus comparable à celui d'une collègue Madame A (11.000 €) qui avait un résultat bien supérieur à elle, mais aussi nettement en dessous des autres collègues. Les allégations de Madame X relatives à une discrimination à cet égard n'apparaissent pas sérieuses.

S'agissant des résultats 2009 (activité du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009 avec octroi éventuel d'un bonus en février 2010), les tableaux comparatifs montrent que les résultats de Madame X sont encore très inférieurs aux autres salariés de l'équipe, à l'exception de ceux qui n'ont pas perçu de bonus.

Madame X en effet réalisé un chiffre d'affaires de 1.671.000 € et, même si l'on tient compte du fait que l'intéressée est partie en congé maternité le 1^{er} novembre 2009, l'intéressée se retrouve loin derrière ses autres collègues. A cet égard, l'employeur explique que deux collègues qui ont aussi réalisé des chiffres considérés comme non satisfaisants ont généré un chiffre d'affaires respectivement de 2.245.000 € et 2.313.000 €, mais la société leur a néanmoins octroyé un bonus en prenant en compte la difficulté spécifique du secteur dans lequel ils intervenaient, leur ancienneté au sein de l'entreprise, leurs diplômes, et leur âge pour les encourager dans un contexte difficile et les inciter à rester dans sein de l'entreprise. Il apparaît ainsi clairement que l'attribution des bonus pour l'année 2009 s'est réalisée sur des considérations objectives. Le fait que Madame X n'ait pas perçu de bonus pour cet exercice n'a rien d'anormal et il ne ressort des éléments versés au débat aucun manquement, ou même indice, de nature à confirmer les allégations de discrimination qui serait fondée sur le sexe, l'état de grossesse, ou le départ en congé maternité de la salariée.

Il convient en conséquence de confirmer la décision des premiers juges en ce qu'ils ont débouté Madame X de ses demandes à titre de complément de bonus 2008, Bonus 2009, Bonus 2010 et congés payés afférents.

Sur la discrimination

• Principe de droit applicable :

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail "Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, 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 ou identité 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, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap".

L'article L. 142-1 du code du travail dispose que "Sous réserve des dispositions particulières du présent code, nul ne peut :

1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de

famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé;

2° Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse ;

3° 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".

L'article L.1132-4 du code du travail dispose que "Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul."

Il résulte enfin des termes de l'article L. 1144-1 du code du travail que " Lorsque survient un litige relatif à l'application des dispositions des articles L.1142-1 et L.1142-2, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles".

• Application en l'espèce

Outre les reproches formulés par la salariée au sujet du versement de bonus pour lesquels aucun manquement de l'employeur n'est démontré, Madame X invoque un retrait de clientèle, des mesures vexatoires, des manœuvres déloyales et un dénigrement.

Sur le retrait de clientèle invoqué par la salariée

Madame X produit un message adressé à une responsable, Mme B le 9 juin 2010, sollicitant un entretien pour définir les modalités de la récupération de son portefeuille de clientèle. Elle recevait une réponse avec un rendez-vous le jour même;

Madame X indique qu'une partie de son portefeuille avait été affectée, durant son absence, au nouveau vendeur recruté en février, Monsieur C qui se voyait aussi confier l'intégralité du portefeuille de Madame A.

Le 2 juillet 2010, veille de son départ en vacances, Madame X adressait un message à des responsables, D et B faisant état de son insatisfaction, et, en particulier, du fait qu'elle n'avait pas récupéré l'intégralité des comptes clients dont elle avait la charge avant sa maternité.

Monsieur D répondait dès le retour de congés de Madame X le 2 août 2010 en s'étonnant d'un tel message adressé "quelques instants avant de partir en vacances sans aucun échange préalable". Il rappelle à l'intéressée que, lors de son départ en maternité, elle indiquait qu'elle envisageait sérieusement de quitter son poste à l'issue de son congé maternité car elle projetait sous réserve d'admission de suivre le cursus de L'ENA. Il expliquait que le départ de " " et l'arrivée de " " avaient dû être pris en compte dans l'organisation de l'équipe et le suivi de la clientèle et confirmait que Madame X avait réintégré son poste de vendeur Small-Mid Caps et retrouvé plus de 80% de ses clients. Il ajoutait être à la disposition de Madame X pour faire un point.

Madame X affirme enfin, sans apporter d'élément de preuve sur ce point, qu'elle

n'aurait récupéré que 69% de sa clientèle à son retour de congé maternité.

De son côté, la société Y fait valoir que Madame X s'est vue restituer dans un temps particulièrement court la plus grande partie de sa clientèle, ce qui n'est pas sérieusement contesté, Elle ajoute avec pertinence qu'au regard des fonctions exercées, réintégrer un salarié en le mettant exactement dans la même situation que le jour de son départ constituerait une mission impossible, tant pour l'employeur que pour le salarié, qui ne pouvait, du jour au lendemain, dans les circonstances de l'espèce, reprendre le rythme qui était le sien avant son absence et intégrer la connaissance des marchés en 24 heures.

La société Y ajoute encore, à juste titre au vu des éléments versés au débat, et compte tenu des fonctions exercées en l'espèce, qu'une période de transition était nécessaire après le congé de l'intéressée qui avait débuté le 1^{er} novembre 2009 et qui avait donc duré sept mois. Au vu des éléments versés au débat, la salariée avait d'ailleurs admis le principe de cette transition à son retour de congé.

Effectivement, il est suffisamment démontré que les fonctions spécifiques de la salariée sur les marchés impliquait une certaine progressivité dans la reprise en main de la clientèle sans que cela puisse être considéré en l'espèce comme discriminatoire. Or, la salariée n'a repris son activité qu'à la fin du mois de mai 2010 pendant un peu plus d'un mois. Elle a ensuite travaillé quelques semaines courant août, puis a repris des congés jusqu'au 3 septembre pour prendre acte de la rupture du contrat de travail un peu plus d'un mois plus tard, soit le 12 octobre 2010. La survenance de la rupture de la relation de travail après un temps aussi limité de présence effective ne constitue pas en l'espèce un temps suffisant permettre de considérer que l'employeur n'a pas restitué à l'intéressée un portefeuille équivalent à celui qui lui était attribué avant son congé maternité.

Il n'est par ailleurs pas contesté qu'à son retour de congé maternité, Madame X a retrouvé son emploi et les tâches qui lui étaient dévolues et le fait qu'elle n'ait pas retrouvé exactement les clients qu'elle avait en charge avant son départ en congé sept mois plus tôt n'a rien d'anormal.

L'emploi de Madame X consistait, à la lumière des analyses réalisées par la société, à conseiller les clients dans leurs décisions de vente ou d'achat de titres pour les petites et moyennes valeurs. Son contrat de travail stipule un emploi de vendeur. Celui-ci n'a pas été modifié à son retour de congé de maternité, pas plus que sa classification.

La société Y ajoute à juste titre que le fait que 3 clients aient préféré suivre un collaborateur autre que Madame X ne constitue pas une mesure discriminatoire et rappelle que les clients n'appartiennent pas aux collaborateurs et qu'il est notamment fréquent dans la profession d'attribuer à tout nouvel arrivant des clients précédemment gérés par d'autres collaborateurs, ainsi qu'en attestent Messieurs E (Senior Sales Manager) et F (vendeur actions).

De plus, au vu des pièces produites, en particulier du tableau des clients avant et après le départ en congé maternité de Madame X, il apparaît qu'avant son départ, elle gérait 26 clients. Durant son absence, 3 clients ont disparu pour cause de fusion. Ainsi Madame X aurait ainsi de toute façon perdu ces 3 clients si elle n'avait pas été absente. Or, Madame X a retrouvé 19 clients auxquels s'ajoutent cinq clients allemands à traiter depuis Paris confiés à Madame X suite au départ du collaborateur qui les traitait. Il ressort sur ce point de l'attestation de Madame B, gérante de portefeuille au sein de la société Y que Madame X avait marqué son assentiment sur cette proposition qui lui avait été faite de reprendre ces clients.

Enfin, le simple fait d'organiser une consultation auprès des clients constitue une pratique constante qui s'applique à indifféremment tous les salariés et n'apparaît pas constitutif d'une mesure discriminatoire.



Ainsi, une période de transition était donc indispensable et, loin d'être discriminatoire, permettait à la salariée une réadaptation rapide mais progressive.

Sur les mesures vexatoires ainsi que les manœuvres déloyales et le dénigrement invoqués par la salariée

Madame X soutient enfin que son retour de congé maternité s'est déroulé dans de mauvaises conditions en termes d'accueil et de réinsertion dans son service. Elle expose en particulier que :

- son rendez-vous avec le Médecin du Travail n'a pas été programmé
- son badge d'accès à l'entreprise n'a pas été réactivé alors que le service du personnel était informé de sa date de retour
- son abonnement "bloomberg" (réseau de communication professionnel) a été résilié et comportait la mention "former sale" (vendeur précédent)
- son nom avait été supprimé des listes de diffusion des mails internes,
- le 21 juin 2010, elle n'a pas reçu d'invitation du management d' Y à fêter les bons résultats obtenus

Après analyse des documents produits et, au vu des explications fournies par les parties, la cour constate qu'aucun élément ne vient démontrer la réalité d'un accueil hostile qui aurait été réservé à Madame X à son retour de congé maternité.

Les faits invoqués par la salariée ne constituent pas des mesures vexatoires. Un certain nombre de mesures étaient à prendre à l'occasion du retour de la salariée après sept mois d'absence, mais les éléments versés au débat ne font apparaître aucun manquement.

Ainsi, le fait que le badge d'accès à l'entreprise n'ait pas été réactivé avant le retour de l'intéressée, ou qu'il faille procéder à sa réinscription sur les listes de diffusion des courriels internes de l'entreprise ne révèle pas une situation anormale. Il en est de même de l'interruption de l'abonnement de la salariée à un réseau de communication professionnel, y compris de l'indication "former sale".

En réalité, la gestion de l'absence de Madame X a fait l'objet de la procédure habituelle pour les absences de longue durée, ainsi qu'en atteste notamment Monsieur G, directeur des systèmes d'information du groupe Y.

L'entreprise continuait à fonctionner pendant l'absence de l'intéressée et il n'est pas anormal que les interlocuteurs, et notamment la clientèle soit informée de l'indisponibilité d'un vendeur.

Enfin, le fait que Madame X n'ait pas reçu une invitation à une manifestation organisée le 21 juin 2010 par le management d' Y pour fêter de bons résultats, soit quelques semaines après son retour, ne constitue pas une mesure vexatoire ou discriminatoire.

S'agissant de manœuvres déloyales et le dénigrement, Madame X fait état d'un email qui aurait été adressé 9 juin 2010 par un de ses collègues, Monsieur C, à des clients pour les inciter à le choisir plutôt qu'elle. Ce seul élément peu délicat de la part d'un collègue illustre la concurrence courante en salle de marché entre collaborateurs, mais ne saurait être analysée comme une manoeuvre de l'employeur et ne peut en l'espèce lui être imputé.

Enfin, le fait qu'en septembre 2010, l'employeur ait demandé à Madame X de prendre en charge quatre nouveaux comptes, localisés en Allemagne, ne constitue là encore ni une manoeuvre déloyale, ni une modification du contrat de travail. Ceci rentre dans ses fonctions de vendeur "petites et moyennes valeurs" telles qu'elles résultent des stipulations du contrat de travail. Il ressort d'ailleurs de l'attestation de Madame

B que Madame X avait donné son aval pour prendre en charge ces clients.

En conclusion, après analyse de l'ensemble des pièces produites et explications fournies, la Cour considère qu'aucun fait ne permet de présumer l'existence d'une discrimination. Les éléments produits, qu'ils soient pris séparément ou dans leur ensemble, ne peuvent être analysés comme constitutifs d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement. De plus, les éléments de preuve fournis par l'employeur démontrent que son comportement était étranger à toute discrimination.

La société Y rappelle qu'elle est intégrée au sein d'une UES dotée d'institutions représentatives du personnel, d'un CHSCT, d'une direction des ressources humaines et tient à indiquer qu'elle est particulièrement attentive au respect de l'égalité hommes-femmes et à la prévention de toute discrimination, directe ou indirecte, qu'elle n'a jamais été alertée par le Médecin du travail de la moindre souffrance au travail, qu'elle a géré en 2009 et 2010 un certain nombre de départs en congés maternité, que jamais une femme n'avait subi de discrimination pour cause de congé maternité, et qu'elle a pris toutes les précautions pour que, au jour le jour, les règles assurant l'égalité entre les salariés soient strictement respectées et qu'aucun salarié ne s'était plaint jusque là d'une discrimination.

En conséquence, Madame X est déboutée de sa demande formulée à titre de dommages et intérêts pour discrimination.

Le jugement du conseil de prud'hommes est confirmé sur ce point.

Sur la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et ses conséquences

La prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquements suffisamment graves de l'employeur, empêchant la poursuite du contrat de travail ; si les manquements sont établis, elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'une démission dans le cas contraire ;

• Application du droit à l'espèce

Au vu des éléments versés au débat, il apparaît que la rupture du contrat de travail par Madame X n'est pas liée à un comportement fautif de l'employeur, lequel n'est pas démontré.

La prise d'acte doit ainsi s'analyser comme une démission.

L'ensemble des éléments versés au débat établit qu'en réalité Madame X avait l'intention de quitter son emploi au sein de la société Y pour des raisons qui lui sont personnelles, mais qui ne sont pas imputables à l'employeur.

Les nombreuses attestations versées au débat montrent en effet que Madame X avait exprimé son intention de quitter définitivement la société avant même de partir en congé maternité, et ce, pour suivre une autre voie.

Elle s'est ouverte auprès de son supérieur hiérarchique et de la Direction des Ressources Humaines de son projet de ne pas revenir à l'issue de son congé maternité, ayant pris la décision, de reprendre des études pour passer le concours de L'ENA. Elle était d'ailleurs admise par arrêté du 9 septembre 2009 à suivre un cycle de préparation au 3^{ème} concours entre le 1^{er} novembre 2009 et le 31 octobre 2010.

La volonté de Madame X de changer de carrière est attestée de façon précise et probante par plusieurs salariés de la société :



Monsieur D indique : "... avant son départ en congé maternité, Madame X a transféré l'ensemble des contacts qu'elle avait auprès d'autres membres de l'équipe car elle avait manifesté auprès d'eux et de moi-même son souhait d'arrêter son métier en salle des marchés pour exercer un métier dans la fonction publique en passant notamment le concours de L'ENA...".

Monsieur H, Salcs Trader, indique que Madame X lui a fait part de son intention de passer le concours de l'ENA afin de s'en aller vers de nouveaux horizons professionnels.

Monsieur I précise : "... à l'automne 2009, X m'a annoncé qu'elle avait décidé de « changer de vie », qu'elle profiterait de son congé maternité pour préparer des concours administratifs et qu'elle ne reviendrait pas dans la société Y. J'ai donc été étonné de son retour soudain au printemps 2010...".

Madame B, son supérieur hiérarchique ajoute : "... quand Madame X a quitté l'équipe de Vente France que j'animais elle m'a mentionné son souhait de ne pas revenir. Elle exprimait vouloir réorienter sa carrière après plusieurs années dans le brokerage actions, métier dans lequel elle ne souhaitait plus se projeter, et se lancer dans une nouvelle voie, celle de la Fonction Publique...".

Monsieur J atteste : "... à plusieurs reprises avant son départ en congé maternité, je l'ai entendue affirmer qu'elle ne reprendrait pas ses fonctions à l'issue de son congé maternité car elle souhaitait passer le concours de l'ENA et changer de métier...".

Madame A (qui n'est plus salariée lors de la rédaction de son attestation) atteste : "... X (...) m'a clairement dit qu'elle comptait passer le concours de l'ENA pendant son congé maternité...".

Madame X sera effectivement admissible par deux fois au concours de l'ENA, une première fois au concours d'entrée 2010, puis une seconde fois au concours d'entrée 2011.

Finalement, la salariée reviendra après son congé maternité mais mettra fin à son contrat de travail après l'été 2010, et notamment après avoir pris des congés annuels qui lui restaient, au terme d'une présence effective de 43 jours. Elle passait les épreuves d'admission du concours de L'ENA au début du mois d'octobre 2010 et prenait acte de la rupture de son contrat de travail par lettre en date du 12 octobre 2010.

Il s'en déduit que Madame X a en réalité quitté son emploi pour des raisons qui lui sont personnelles qui sont étrangères aux manquements qu'elle impute à tort à son employeur.

En conséquence, l'intéressée sera déboutée de ses demandes formulées à titre d'indemnité compensatrice de préavis, lequel n'a pas été effectué, à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, et à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le jugement du conseil de prud'hommes est donc confirmé sur ces points.

Sur la demande à titre de remboursement de ses frais de mutuelle

Madame X fait valoir qu'à l'issue de son contrat de travail, elle a demandé en vain à la société Y de pouvoir bénéficier du maintien de ses garanties mutuelle/prévoyance et a dû souscrire à une mutuelle à raison d'un coût de 200,54 € mensuels, soit 2 406,48 € pour un an. La rupture du contrat emportant selon elle les effets d'un licenciement, elle est bien fondée à solliciter un remboursement à ce titre.



La prise d'acte de la rupture du contrat de travail ayant en l'espèce les effets d'une démission, cette somme n'est pas due par la société et il convient de débouter le jugement qui a débouté la salariée de cette demande.

Sur la demande de remise de documents :

Compte tenu des développements qui précèdent, la demande tendant à la remise de documents sociaux sous astreinte n'est pas fondée, Madame X ne contestant pas avoir reçu les documents de fin de contrat suite à sa prise d'acte.

Sur la demande de la société Y à titre d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés

Dès lors qu'il n'est pas contesté que Mme X n'a pas exécuté le préavis auquel elle était tenue, l'intéressée devra réparer le préjudice subi du fait de la brusque rupture intervenue par lettre du 12 octobre 2010. Il en est résulté un préjudice pour la société qui correspond en l'espèce au montant égal au salaire correspondant à la durée du préavis sans ajout des congés payés. Il y a lieu en conséquence d'allouer à la société Y la somme de 25006,46 € à ce titre.

Sur la demande de la société Y à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive

Il ne résulte pas des éléments versés aux débats que l'attitude procédurale de Madame X ait caractérisé une faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice de l'intéressée.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Se prononçant au vu de l'arrêt rendu entre les parties le 28 septembre 2016 par la chambre sociale de la Cour de cassation,

REJETTE la demande formulée in limine litis de retrait des débats de la décision 2017-288 du Défenseur des droits

CONSTATE le dépôt des observations du Défenseur des Droits,

CONFIRME en toutes ses dispositions le jugement 3 janvier 2012 entrepris, sauf en ce qu'il a débouté la société Y de sa demande au titre du préavis,

STATUANT A NOUVEAU sur le chef infirmé,

CONDAMNE Madame X payer à la SA Y la somme de 25006,46 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait de l'inexécution du préavis.

Y ajoutant,

Vu l'article 700 du code de procédure civile

CONDAMNE Madame X à payer à LA société Y en cause d'appel la somme de 2000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

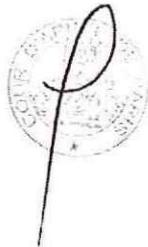
DEBOUTE les parties du surplus des demandes ,

LAISSE les dépens à la charge de Madame X

LE GREFFIER



LE PRESIDENT



POUR COPIE CERTIFIÉE CONFORME
Le Greffier en Chef

