13 septembre 2023
Cour d'appel de Paris
RG n° 18/12887

Pôle 6 - Chambre 9

Texte de la **décision**

Entête

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 9

ARRÊT DU 13 SEPTEMBRE 2023

(n° , 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 18/12887 - N° Portalis 35L7-V-B7C-B6XS6

Décision déférée à la Cour : Jugement du 27 Septembre 2018 - Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de LONGJUMEAU - Section Encadrement - RG n° F17/00475

APPELANT

Monsieur [X] [B]

[Adresse 3]

[Localité 2]

Représenté par Me Isabelle GRELIN, avocat au barreau de PARIS, toque : C0178

INTIMÉE

SASU MEDIAPOST

[Adresse 1]

[Localité 4]

Représentée par Me Carine KALFON, avocat au barreau de PARIS, toque : A0918

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 10 Mai 2023, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant M. Philippe MICHEL, président, chargé du rapport, et M. Fabrice MORILLO, conseiller.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M. Philippe MICHEL, président de chambre

M. Fabrice MORILLO, conseiller

Mme Nelly CHRETIENNOT, conseillère

Greffier : Mme Pauline BOULIN, lors des débats

ARRÊT :

- contradictoire

- 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 Philippe MICHEL, président et par Monsieur Jadot TAMBUE, greffier à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Exposé du litige

RAPPEL DES FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

FAITS ET PROCÉDURE

Selon contrat de travail à durée indéterminée à temps plein du 12 août 2009, M. [B] a été engagé par la société Mediapost à compter du 17 août 2009 en qualité de Responsable plate-forme, statut Cadre, coefficient 3.1 de la convention collective de la distribution directe du 9 février 2004 et de l'accord d'entreprise du 6 juin 1997.

Par avenant du 3 décembre 2012 avec effet au 1er décembre 2012, il a été promu responsable ressources humaines, statut cadre, coefficient 3.2.

M. [B] a été désigné délégué syndical d'établissement le 29 août 2012, après avoir été élu au Comité d'entreprise et délégué du personnel pour la CFE-CGC le 18 octobre 2011. Ces mandats sont arrivés à terme au mois d'octobre 2015.

Après avoir été convoqué par lettre du 6 décembre 2016 à un entretien préalable au licenciement fixé au 19 décembre suivant, M. [B] a été licencié pour insuffisance professionnelle par lettre du 26 décembre 2016.

Contestant son licenciement, M. [B] a saisi le conseil de prud'hommes de Longjumeau le 20 juillet 2017 afin d'obtenir,

sous le bénéfice de l'exécution provisoire, la condamnation de la société Mediapost à lui verser les sommes suivantes :

° 80 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul, subsidiairement, sans cause réelle et sérieuse,

° 20 000 euros à titre de dommages et intérêts pour discrimination salariale,

° 20 000 euros à titre de dommages-intérêts pour absence d'évolution de carrière et défaut de formation,

° 5 000 euros à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral,

° 3 600 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile

Il sollicitait, en outre, la condamnation de la société Mediapost à rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage qui lui ont été versées à hauteur de six mois de salaire.

Par jugement du 27 septembre 2018, le conseil de prud'hommes de Longjumeau a débouté M. [B] de l'ensemble de ses demandes.

M. [B] a interjeté appel de la décision le 12 novembre 2018 qui lui avait été notifié le 15 octobre 2018.

Par arrêt du 31 août 2022, la cour, statuant en déféré, a infirmé l'ordonnance du conseiller de la mise en état du 4 mars 2021 et, statuant à nouveau et y ajoutant, a dit n'y avoir lieu à prononcer la caducité de la déclaration d'appel de M. [B].

Aux termes de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 3 mai 2023, M. [B] demande à la cour de :

Infirmer le jugement entrepris,

Juger recevable sa pièce 16 versée pour assurer sa défense,

A titre principal,

Condamner la société Mediapost à lui verser les sommes suivantes :

° 86 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul, subsidiairement, pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse,

° 20 000 euros à titre de dommages intérêts pour discrimination,

° 20 000 euros à titre de dommages-intérêts pour défaut de formation et d'adaptation au poste,

° 5 000 euros à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral,

- Condamner la société Mediapost à rembourser à Pôle emploi des allocations perçues à hauteur de 6 mois de salaire,

- Assortir la décision de l'intérêt au taux légal à compter de la saisine du conseil et de la capitalisation des intérêts,

- Condamner la société Mediapost à lui verser la somme de 7 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile

- Condamner la société Mediapost aux dépens qui seront recouvrés par Maître Isabelle Grelin, conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile

Aux termes de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 27 avril 2023, la société Mediapost demande à la cour de :

- confirmer en toutes ses dispositions le jugement entrepris,

- Déclarer irrecevable la pièce adverse numérotée 16 pour avoir été obtenue par un procédé déloyal et l'écarter des débats,

- Débouter M. [B] de l'intégralité de ses demandes, et le condamner aux dépens.

La clôture de l'instruction de l'affaire a été prononcée le 9 mai 2023 et l'affaire plaidée à l'audience du 10 mai 2023.

Motivation

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la pièce n° 16 de M. [B]

La société Mediapost demande à la cour d'écarter des débats la pièce produite par M. [B] sous le numéro 16 au motif que celle-ci aurait été obtenue de façon déloyale.

Elle fait, en effet, valoir que cette pièce est un mail échangé entre deux collaboratrices de l'entreprise, donc couvert par le secret des correspondances, et que M. [B] ne justifie pas que ce document lui aurait été transmis par l'un de ses destinataires ni qu'il en aurait pris connaissance dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

M. [B] réplique que la production de ce mail, professionnel et adressé à plusieurs personnes en copie, est indispensable à son droit à la preuve, est strictement proportionnée au but poursuivi, c'est-à-dire la reconnaissance d'un licenciement nul puisque fondé sur une discrimination, et n'entache en rien le principe d'un procès équitable, la société conservant

toute latitude d'assurer sa défense et donc de s'expliquer sur son contenu.

Cela étant, aucun élément du dossier ne permet de constater que M. [B], bien que non destinataire du mail échangé entre deux collaboratrices de l'entreprise le 3 novembre 2016, a obtenu ce document, au surplus mis en copie à trois autres salariés, de façon déloyale.

Par ailleurs, le droit à la preuve peut justifier la production en justice de documents couverts par le secret des correspondances, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

En l'espèce, le mail du 3 novembre 2016 est de nature purement professionnelle. Il a pour objet les conséquences susceptibles d'être données par l'employeur aux incompétences et insuffisances professionnelles relevées à l'encontre de M. [B] et évoque à ce titre deux options, dont l'une d'entre elles, à savoir le licenciement, est préconisée par l'auteur du message qui détaille les raisons de son choix.

M. [B], qui a été licencié pour insuffisance professionnelle peu après ce mail et qui soutient que son licenciement repose en réalité sur son engagement syndical indépendamment de l'expiration de ses mandats, justifie d'un intérêt légitime à produire un document interne à l'entreprise qui explique le choix de l'employeur de rompre son contrat de travail pour insuffisance professionnelle plutôt que de prononcer une des sanctions de moindre degré qui avaient été également envisagées, à savoir un avertissement ou une mise à pied. Un employeur ne pouvant évidemment pas se prévaloir de façon explicite de l'engagement syndical de son salarié pour justifier le licenciement de ce dernier, la production du mail du 3 novembre 2016 est indispensable à l'exercice du droit de la preuve de M. [B] sur les motifs de son licenciement tels qu'il les dénonce et l'atteinte au secret des correspondances professionnelles qui en résulte est proportionnée au but poursuivi.

La demande de la société Mediapost tendant à faire écarter le mail du 3 novembre 2016 sera rejetée.

Sur le licenciement

Selon 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.

Ainsi l'administration de la preuve en ce qui concerne le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement n'incombe

pas spécialement à l'une ou l'autre des parties, l'employeur devant toutefois fonder le licenciement sur des faits précis et matériellement vérifiables.

L'insuffisance professionnelle se définit comme l'incapacité non fautive, objective et durable d'un salarié à exécuter normalement et correctement un emploi correspondant à sa qualification.

La lettre de licenciement est ainsi rédigée :

« (')

Nous avons le regret de vous informer que cet entretien n'a pas modifié l'analyse de la situation et que nous sommes aujourd'hui contraints de vous licencier pour insuffisance professionnelle au poste de responsable des Ressources Humaines régional idf que vous occupez depuis le 1er janvier 2013.

Nous tenons à vous rappeler les éléments qui fondent notre décision, sur lesquels vous avez pu vous exprimer au cours de votre entretien préalable. Nous considérons que vous n'avez pas pu assumer la fonction de Responsable des Ressources Humaines Régional, révélant ainsi votre insuffisance à ce poste pour notre société.

Votre poste de RRH Idf a pour rôle de seconder et appuyer la DORH Idf sur le périmètre régional, et ce dans le cadre des actions de développement RH, de la gestion des relations sociales et dans le domaine de la prévention des risques et de la sécurisation juridique de premier niveau.

Vous êtes censé appuyer la DORH Idf et les opérationnels par votre contribution active au niveau du service RH Idf et dans toutes les activités de production, de leurs coûts associés, et ce dans un souci d'adéquation charge/ressource, de rentabilité, et de responsabilité des managers. De plus, votre rôle est indispensable dans la définition et la mise en 'uvre des actions de formation pour un niveau de compétence optimal. Enfin, il est essentiel que vous apportiez votre assistance aux opérationnels dans l'accompagnement du changement et de la mise en 'uvre de projets sociaux, notamment sur la partie formation et amélioration des conditions de travail.

Or, nous avons constaté à plusieurs reprises que vous avez été particulièrement défaillant dans votre rôle de support et d'appui auprès de la DORH Idf et des opérationnels de la région, et n'avez pas su prendre la juste mesure de vos fonctions. En particulier, et pour ne s'en tenir qu'aux derniers mois, vous n'avez pas tenu compte des procédures internes et n'avez pas su mener à bien vos missions de RRH Idf.

Vos différentes négligences dans le traitement de vos missions ont eu des conséquences juridiques et financières pour la

Direction Régionale Idf et, plus largement, pour l'entreprise MEDIAPOST.

Vous trouverez ci-après un exposé de ces motifs, tels qu'ils vous ont été présentés au cours de notre entretien du 19 décembre dernier.

Votre mauvaise volonté dans l'exécution de vos fonctions s'est d'abord manifestée par un manque total d'autonomie et une absence de prise d'initiatives ; vous attendez d'être régulièrement relancé par votre DORH Idf, marquant ainsi votre manque de proactivité. Votre DORH Idf a été contrainte depuis plusieurs mois de mentionner dans votre agenda Outlook les événements importants à ne pas oublier et à vous relancer par mails sur différents points qui relèvent pourtant de vos propres missions, notamment :

Les visites médicales de reprise,

La gestion des demandes de télétravail et de renouvellement d'avenants de télétravail,

La communication auprès des ASSRH pour la semaine de la prévention et d'animation à mettre en place, des absences non-rémunérées, des contrats 24 heures, des EBA, les entretiens de ré-accueil, etc.

La participation à des forums de recrutement, la gestion des partenariats de recrutement des distributeurs, etc'

Nous avons également relevé un manque d'implication et d'anticipation, ainsi que des erreurs et incompétences répétées dans les tâches et dossiers relevant de vos responsabilités, à savoir notamment :

Absence de montage et de proposition de plan de formation régional, et des taux de présentéisme,

Formation EXCEL non déprogrammée pour le 20 et le 21 juillet 2016, avec une reprogrammation sur fin octobre et novembre 2016 en ne tenant pas compte des disponibilités de terrain,

Absence de préparation du dossier formation Chefs d'Equipe sur un module 2.3 avec le déplacement des 2 DRP et leur départ 5 minutes plus tard car vous n'avez pas été capable de répondre à leurs questions,

Pas de guides tuteur suffisants alors que ces derniers sont indispensables pour les formations,

De très nombreux mails restés en attente ou sans réponse (envoi hors délais des faits marquants hebdomadaires ou avec l'absence d'informations importantes, non-inscription de la DOP et de la DORH à la formation RPS malgré des rappels),

Un problème d'organisation dans les dossiers formation (Mr [V] était inscrit à une autre formation et vous l'avez pourtant reprogrammé le même jour sur une autre formation, formation tuteurs prise en main par les DRP, point à date sur les formations distributeurs relancé par la DOP etc')

Un manque de suivi sur certains dossiers sensibles tels que les dossiers d'inaptitude, de restrictions médicales, et des réclamations liées à un arrêt maladie, bien que la DORH Idf vous ait indiqué les démarches à effectuer (dossier HAYE, dossier [D], dossier [W], dossier [A], dossier [F], dossier [C], dossier [G], dossier [I], dossier [Y], dossier [K])

Un retard dans l'envoi des tableaux de suivi du recrutement des distributeurs (rappel par la Directrice Opérationnelle Idf pour non-réception) et dans l'ouverture et la fermeture des offres de postes sur les Cibl'Emploi,

L'absence de planning d'intégration de la nouvelle ASSRH,

L'absence d'alerte et de communication des PF et du siège sur la gestion des dossiers formations (CPF, DUER, etc.),

La méconnaissance du process d'ouverture des postes mensuels (rappel des process internes de la part du siège),

Un problème de centralisation des informations et de pilotage de l'analyse des absences non rémunérées et du présentéisme,

Un manque de précision et/ou erreurs dans vos demandes (demande de RDV à la médecine du travail pour Mr [N] sur une autre fonction ainsi que pour Mr [T]) ' La signature du BAT d'un flyer de recrutement pour une quantité d'1 million d'exemplaires (pour un montant de 5.000 € H.T.) avec une erreur dans l'adresse mail du site de centralisation des candidatures (votre DORH a été dans l'obligation de faire créer une nouvelle adresse afin de transférer les candidatures),

Des retards dans la gestion des dossiers de « RPD » (dossiers [E], [O], etc.),

En parallèle, vous avez transféré plusieurs fois sans autorisation vos missions sur d'autres collaborateurs du service RH Idf ou de la Direction Régionale Idf. Ce transfert s'est matérialisé notamment par :

Votre absence lors de rendez-vous dans le cadre de dossiers d'inaptitude et de licenciement suite à l'impossibilité de reclassement, en laissant le Responsable de Plate-forme et/ou l'Assistante RH seuls et sans avoir eu au préalable de formation et/ou d'informations de votre part,

Votre demande aux Assistantes RH de rédiger des courriers de licenciement et de suivi des visites médicales des salariés « mensuels » de la Direction Régionale Idf (dossier LEBAIL, etc.),

La prise en charge par l'Assistante de Direction Régionale Idf du dispatch des documents et affiches sur la campagne de prévention alors que vous deviez en effectuer l'envoi depuis 3 semaines.

En outre, vous avez fait preuve régulièrement d'un manque de discernement en ayant un comportement inapproprié vis-à-vis de vos collègues opérationnels, en ignorant fréquemment de vous adapter aux demandes de ces derniers, voire en refusant les échanges, la communication et la collaboration avec certains salariés. Vous avez également démontré un dysfonctionnement chronique de communication en oubliant de mettre en copie les managers de vos correspondances concernant leurs collaborateurs, et en omettant d'indiquer dans votre agenda vos rendez-vous extérieurs.

De plus, vous avez dernièrement communiqué à la Direction Générale du Travail des informations confidentielles concernant un dossier important pour la région Idf, alors même que vous aviez mandaté un avocat sur le dossier. A partir du mandatement de cet avocat, vous n'aviez plus à répondre ni à communiquer sur ce dossier auprès des organismes de l'Etat. Or, vous n'avez pas respecté cette consigne et avez ainsi démontré un manque flagrant de discernement des limites de votre statut et de votre mission ; le dossier vient de se clôturer par une décision négative pour l'entreprise. Cette décision défavorable pourrait avoir un impact financier direct, en remettant en cause notre mode d'enregistrement du temps de travail, et ce pour l'ensemble des Distributeurs de MEDIAPOST.

Enfin, nous avons pu ainsi constater une mauvaise volonté ainsi qu'une négligence se traduisant par votre inorganisation et votre manque d'intérêt pour votre travail. Pourtant, votre DORH Idf a fréquemment souligné votre manque

d'engagement et votre passivité, en vous rappelant ses attentes dans votre périmètre d'intervention et en vous donnant les lignes de conduite à tenir et les clés afin d'atteindre les objectifs fixés, objectifs qui étaient réalistes et compatibles avec l'activité du service RH Idf.

Depuis sa prise de fonction, la DORH Idf vous a accompagné afin que vous montiez en compétences pour pouvoir occuper votre poste de RRH. Malgré cela, vous n'avez pas tenu compte des différentes alertes régulières et orales de votre DORH Idf, et avez manifesté d'importantes difficultés pour réaliser correctement les tâches qui vous étaient confiées. Ces directives vous avaient été clairement et précisément données et rappelées lors du versement partiel de votre prime semestrielle de fin juin 2016 et lors d'une entrevue du 4 octobre 2016 (faisant suite à votre intervention affligeante lors de la BR du matin devant les différents Directeurs du siège social). Vous avez même admis à plusieurs reprises vos erreurs et que le défaut de résultats était causé par un manque de motivation, d'implication et de réactivité. Vous avez malgré tout persisté à refuser de prendre en compte les instructions de votre DORH Idf en vue de l'atteinte de vos objectifs, en méconnaissant les consignes données.

Pour conclure, au cours des dernières semaines, nous avons été amenés à constater une nette dégradation de la qualité de votre travail. Vos interventions récentes ont révélé de votre part une absence de maîtrise préoccupante des enjeux, des priorités et des procédures en cause. Nous devons donc nous résoudre aujourd'hui à constater un décalage entre les responsabilités que vous exercez et la qualité de vos réalisations, qui ne correspondent pas à ce que notre société est en droit d'attendre d'un RRH.

Par ailleurs, la bonne exécution de votre mission était en principe tout à fait réalisable et votre insuffisance procède de votre seule négligence dans la mesure où vos collègues RRH du réseau et en particulier votre homologue RRH Idf (comptant pourtant seulement 12 mois d'ancienneté dans l'entreprise), placés dans une situation comparable à la vôtre, remplissent leurs fonctions de manière satisfaisante.

Aussi, nous estimons, sur le fondement de l'ensemble des éléments ci-dessus, que vous n'avez pas su assumer la fonction de RRH Idf, révélant ainsi votre insuffisance à ce poste pour notre société. Nous sommes donc contraints de vous notifier par la présente votre licenciement. »

Pour infirmation du jugement entrepris, M. [B] soutient que son licenciement est nul, subsidiairement, dépourvu de cause réelle et sérieuse

I. Sur la nullité du licenciement

M. [B] fait valoir que son licenciement a été prononcé en raison de ses activités syndicales comme cela ressort de manière manifeste du courriel adressé le 3 novembre 2016 mais aussi en raison d'une insuffisance professionnelle datant de « plusieurs mois, voire années », c'est-à-dire antérieure à l'expiration de sa période de protection fixée au mois d'avril 2016.

Il produit le mail du 3 novembre 2016, par lequel la responsable droit du travail et relations sociales de la société Mediapost écrit :

« En faisant le point avec [R] sur les indiscrétions d'[X] [B] auprès de la DGT, nous avons constaté qu'un certain nombre de faits pouvaient lui être reprochés depuis plusieurs mois (voire années).

Ces faits remontant pour la plupart à plus de 2 mois et démontrant son incompétence, sans volonté délibérée de sa part, il pourrait relever davantage de l'insuffisance professionnelle que du disciplinaire.

Deux options sont envisageables :

1) Sanctionner les seules divulgations d'[X] auprès de la DGT par un avertissement (ou une mise à pied) puis mettre en place un plan d'accompagnement visant à lui faire atteindre le niveau de son poste.

2) Procéder à un licenciement pour insuffisance professionnelle en raison de la mauvaise exécution par [X] des tâches qui lui sont confiées malgré les mises en garde et l'accompagnement réalisé (formation, management).

La 2nde option me paraît à privilégier dans la mesure où, d'une part, il est peu probable que, compte tenu de son historique [X] « redresse la barre », et d'autre part, il cherchera vraisemblablement à se faire protéger par la CFE-CGC dont il est proche. »

Ce courriel fait manifestement référence aux options syndicales de M. [B] et démontre que celles-ci ont en partie guidé le choix du rédacteur du message de préconiser le licenciement de l'intéressé.

M. [B] ainsi 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

La société Mediapost réplique qu'aucune discrimination syndicale à l'encontre de M. [B] ne peut être retenue en ce que le salarié, particulièrement défaillant dans l'exécution de sa mission, n'a pas été sanctionné du fait d'une prétendue activité syndicale qu'il n'exerçait d'ailleurs plus depuis longtemps et, au surplus, a commis un nouveau manquement en octobre 2016, soit bien postérieurement à la fin de ses mandats et à sa période de protection.

Cela étant, le message du 3 novembre 2016 est un simple argumentaire sur les suites à donner aux insuffisances reprochées à M. [B] et émane d'une collaboratrice de l'entreprise, la responsable droit du travail et relations sociales de l'entreprise, qui, en l'état du dossier présenté à la cour, n'apparaît pas avoir disposé du pouvoir de licencier au nom de l'entreprise et qui n'a pas participé à la procédure de licenciement de M. [B], celle-ci ayant été menée par la directrice opérationnelle RH idf de la société Mediapost, signataire de la lettre de convocation à l'entretien préalable, interlocutrice de M. [B] lors de cet entretien en qualité de représentant de l'employeur avec l'assistance de la directrice opérationnelle ressources humaines idf et de la directrice opérationnelle idf, et signataire de la lettre de licenciement.

Aucun autre élément du dossier ne permet de constater que l'évocation de l'option syndicale de M. [B] dans le message du 3 novembre 2016 (dont les réponses ne sont pas produites) ait eu une influence sur la décision finale prise par la

titulaire du pouvoir de licenciement, un tel sujet n'étant mentionné ni dans le compte-rendu d'entretien établi par le représentant syndical ayant assisté M. [B] ni dans la lettre de licenciement particulièrement détaillée dans la description des manquements professionnels reprochés à M. [B]. Au surplus, il apparaît que la lettre de convocation à l'entretien préalable datée du 6 décembre 2016 suit un courriel adressé à la directrice opérationnelle RH idf le 30 novembre 2016 dénonçant ce que le l'auteur du message estime être une incompétence de M. [B] dans le traitement du dossier DGT et sollicitant une réaction de la hiérarchie pour des motifs strictement professionnels conclus en ces termes : « Pour moi, c'est une incompétence caractérisée qui ne peut plus durer car elle a de graves conséquences sur nos dossiers. Je te demande donc d'engager sans tarder une procédure envers [X], on ne peut pas laisser passer son comportement dans ce dossier. Nous avons passé un temps fou dans ce dossier pour sécuriser chaque étape et [X] a tout gâché. Je suis vraiment furieuse » de sorte que l'engagement de la procédure de licenciement apparaît être directement liée à ce message dépourvu de toute référence à l'engagement syndical de l'intéressé.

La société Mediapost démontre ainsi que sa décision de procéder au licenciement de M. [B] est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination dont le bien fondé sera examiné ci-dessous.

Par ailleurs, l'employeur qui relève des insuffisances professionnelles à l'encontre d'un salarié durant sa période de protection du fait de ses mandats syndicaux, peut licencier ce salarié sans autorisation de l'inspection du travail lorsque ces insuffisances se sont poursuivies au delà de la période de protection, surtout si elles se sont manifestées de manière différente.

Or, la lettre de licenciement mentionne divers manquements imputés à M. [B] postérieurement à l'expiration de sa période de protection fin avril 2016, notamment une Formation EXCEL non déprogrammée pour le 20 et le 21 juillet 2016, avec une reprogrammation sur fin octobre et novembre 2016 en ne tenant pas compte des disponibilités de terrain, et le non respect des consignes de communication avec la direction générale du travail courant septembre et octobre 2016.

Le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a débouté M. [B] de ses demandes liées à la nullité de son licenciement.

II. Sur le bien ou mal fondé du licenciement

Pour contester le bien fondé de son licenciement, M. [B] fait valoir que la société Mediapost a attendu le jour de l'entretien préalable, soit près de quatre ans après sa prise de fonction au poste de responsable ressources humaines, pour lui présenter pour la première fois, une fiche de poste, qu'il n'a d'ailleurs jamais signée, qu'elle ne l'a jamais formé à ses nouvelles fonctions et donc ne lui a pas donné les moyens d'accomplir celles-ci, et qu'elle ne lui a jamais fait le moindre reproche pendant 7 ans, qu'elle envisageait, quelques mois avant la notification de son licenciement, une nouvelle promotion interne, lui a toujours versé la prime sur objectifs prévue à son contrat de travail en sus de la rémunération mensuelle fixe brute, alors qu'un employeur ne peut pas reprocher son insuffisance professionnelle à un salarié qui a été promu, augmenté ou félicité pour ses performances peu de temps avant la rupture.

La société Mediapost réplique que M. [B] a eu clairement connaissance du contenu et de l'étendue de ses fonctions, en sa qualité de Responsable RH, comme le démontrent les entretiens annuels d'évaluation, le mail du 4 avril 2016 de la directrice opérationnelle RH idf confirmant à l'intéressé l'organisation de l'équipe RH et le curriculum vitae établi par le salarié lui-même détaillant les missions qu'il réalisait au sein de la société, qu'il a suivi 54 formations entre 2009 et 2016 mais qu'il a fait preuve de nombreuses carences professionnelles, d'une gestion désorganisée, d'un irrespect des process internes et d'un manque de suivi des dossiers qui ont pu lui être confiés malgré les nombreuses alertes dont il a été destinataire.

Cela étant, s'il appartient au salarié de fournir une prestation correspondant à sa qualification, l'employeur ne peut licencier celui-ci pour insuffisance professionnelle de façon soudaine et précipitée mais doit au préalable l'alerter de son incompétence ou insuffisance et lui accorder un délai d'adaptation raisonnable pour qu'il puisse remédier au problème.

En l'espèce, la société Mediapost produit un grand nombre de courriels adressés à M. [B] par sa hiérarchie ou des collègues qui révèlent une succession de carences de M. [B] dans l'exécution de ses missions puisque ces courriels ont pour objet des relances de demandes non satisfaites de la hiérarchie, des rappels d'obligations professionnelles inhérentes aux fonctions du salarié, des expressions d'insatisfaction de la hiérarchie mais aussi de collègues à l'égard de M. [B]...

Toutefois, tous ces mails portent à chaque fois sur des sujets précis et ponctuels, ainsi que sur des dossiers particuliers et ne peuvent être considérés comme des alertes de l'employeur informant M. [B] des difficultés constatées de façon générale dans l'exécution de son emploi conformément aux attentes légitimes de l'employeur au regard des missions et de la qualification de ce salarié.

Au delà de ces mails, la société Mediapost ne justifie d'aucun entretien avec M. [B] faisant la synthèse des carences relevées et des conséquences de celles-ci sur l'appréciation par l'employeur de ses capacités à remplir correctement ses missions, appelant des corrections de la part du salarié éventuellement avec l'appui de mesures d'adaptation, postérieurement à l'entretien annuel d'évaluation la performance de 2015 portant en synthèse les commentaires du manager suivants :

« Dans un contexte de réorganisation de l'équipe RH idf au cours de cette année, [X] a su maintenir un suivi de ses dossiers dans le domaine de la GPEC et démontrer de plus en plus d'autonomie sur son poste RRH.

[X] a eu l'occasion de monter en compétence et de démontrer son engagement dans le cadre des missions confiées cette année, notamment l'organisation d'élections professionnelles.

Il doit poursuivre ses efforts et être plus persévérant afin de mener à bien ses dossiers et ses missions.

Enfin, il devra prendre du recul nécessaire afin de relever de nouveaux challenges qui l'attendent en 2016. »

avec une évaluation de la performance globale formulée comme suit :

« La performance répond aux exigences du poste et aux attentes »

La société Mediapost fait valoir que l'entretien porte sur l'année 2015 alors que des défaillances de M. [B] ont été relevées durant l'année 2016 et qu'il a été mené par la directrice opérationnelle des ressources humaines qui avait été nommée à son poste quelques mois auparavant seulement et pour qui il était donc particulièrement difficile, dans ces conditions, de juger pleinement les capacités de son collaborateur et de porter immédiatement une appréciation peu favorable sur la qualité de son travail, du fait de son manque de recul.

Mais, cet argument est inopérant dès lors que l'entretien annuel d'évaluation de la performance doit refléter le plus fidèlement possible les appréciations de l'employeur, peu importe que le supérieur hiérarchique qui en était chargé ait été nouvellement nommé sur son poste, que si l'entretien porte sur la performance 2015, il s'est tenu en février 2016, soit quelques mois avant le licenciement, qu'il est conforme aux entretiens précédents qui portent une évaluation de la performance globale selon la même formule : « La performance répond aux exigences du poste et aux attentes » et que M. [B] produit un entretien intermédiaire de performance de l'année 2015 s'étant tenu le 10 septembre 2015 ce qui démontre que l'employeur était en mesure d'organiser un tel entretien en 2016 surtout s'il était alerté par les insuffisances professionnelles de M. [B] et alors que la directrice opérationnelle des ressources humaines disposait cette fois du recul nécessaire en raison de l'ancienneté acquise sur son poste.

La rédactrice du courriel du 3 novembre 2016 avait pourtant attiré l'attention de l'employeur sur ce point précis en indiquant en conclusion de son message :

« Sous réserve que les EAE [entretiens annuels d'évaluation] des dernières années ne soient pas contradictoires, les éléments fournis par [R] me semblent pouvoir motiver l'incompétence et le manque d'implication d'[X] dans ses fonctions... ».

Ainsi, faute pour la société Mediapost d'avoir préalablement alerté M. [B] de son incompétence ou insuffisance et de lui avoir accordé la possibilité de remédier au problème, le licenciement pour insuffisance professionnelle de M. [B] sera déclaré sans cause réelle et sérieuse.

En application de l'article L.1235-3 du code du travail dans sa version applicable au présent litige, si un licenciement intervient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas réintégration du salarié dans l'entreprise, il est octroyé à celui-ci, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Compte tenu de l'ancienneté (7 ans et 7 mois à l'expiration de la période de préavis), de l'âge (51 ans) et de la rémunération (3 585,30 euros selon les trois derniers mois précédant le licenciement) du salarié à la date de la rupture et compte-tenu également du fait que M. [B] justifie de nombreuses recherches d'emploi demeurées infructueuses jusqu'à l'obtention d'un contrat à durée déterminée d'une durée de 6 mois, en qualité de responsable ressources humaines (du 5 novembre 2018 au 30 avril 2019) mais ne donne aucune indication sur sa situation professionnelle au delà de cette date, il convient d'allouer au salarié, la somme de 35 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par ailleurs, en application de l'article 1235-4 du code du travail, la société Mediapost sera condamnée à rembourser à

l'organisme concerné les indemnités de chômage versées à M. [B] entre le licenciement et le présent arrêt dans la limite de trois mois d'indemnités.

Sur les dommages-intérêts pour discrimination

M. [B] soutient qu'il n'a jamais bénéficié des formations nécessaires pour lui permettre de s'adapter au poste auquel il avait été promu, contrairement aux autres salariés de la société Mediapost et que les manquements de l'employeur en matière de formation, résultent de l'affiliation et de ses activités syndicales, comme cela ressort du mail du 3 novembre 2016.

Mais, la discrimination en raison d'activités syndicales de M. [B] n'a pas été retenue et aucune pièce du dossier ne permet de faire un lien entre la prétendue carence de l'employeur en matière de formation et l'engagement syndical de M. [B], le salarié se contentant de se référer au mail du 3 novembre 2016 qui n'évoque que son licenciement et qui ne peut avoir d'autre portée que celle qui a été relevée ci-dessus.

Le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté M. [B] de sa demande en dommages et intérêts pour discrimination.

Sur les dommages-intérêts pour défaut de formation et d'adaptation au poste de travail

M. [B] fait valoir qu'il a d'abord été embauché en qualité de Responsable Plate-forme avant d'être promu au poste de Responsable ressources humaines mais que la société Mediapost ne l'a jamais sérieusement formé pour lui permettre de s'adapter à son nouveau poste et qu'un tel manquement a, en outre, compromis son évolution professionnelle.

Mais, la société Mediapost produit l'historique des formations suivies par M. [B], y compris après sa promotion au poste de responsable ressources humaines, dont l'intitulé pour certaines est directement en relation avec le poste du salarié (droit disciplinaire, équipier de première, climat social, actualités sociales, droit du travail, reconnaissance du travail, intersession, annexe bulletin de paie...) de sorte qu'une carence de l'employeur dans son obligation de formation ne peut être retenue.

Le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté M. [B] de sa demande en dommages et intérêts pour défaut de formation et d'adaptation au poste de travail.

Sur la demande en dommages et intérêts pour préjudice moral

M. [B] soutient que son licenciement a été particulièrement brutal et vexatoire en ce que la société Mediapost a décidé de rompre son contrat de travail pour insuffisance professionnelle alors qu'elle ne lui avait jamais fait le moindre reproche pendant plus de 7 ans et a attendu la fin de la protection dont il bénéficiait du fait de ses mandats pour lui notifier la rupture de son contrat de travail.

Mais, M. [B] ne rapporte pas la preuve que le licenciement lui a causé un préjudice distinct de celui déjà réparé en application de l'article L.1235-3 du code du travail.

Le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté M. [B] de sa demande en dommages et intérêts pour préjudice moral.

Sur les intérêts

En vertu de l'article 1231-7 du code civil, les dommages et intérêts alloués à M. [B] produiront des intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

Il n'y a pas lieu de prononcer la capitalisation d'intérêts non échus depuis plus d'un an à la date de l'arrêt.

Sur les frais non compris dans les dépens

Conformément aux dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, la société Mediapost, qui succombe en appel, sera condamnée à verser à M. [B] la somme de 5 000 euros au titre des frais exposés par l'appelant qui ne sont pas compris dans les dépens.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

La cour,

DIT n'y avoir lieu à écarter des débats la pièce produite par M. [B] sous le numéro 16,

CONFIRME le jugement entrepris, sauf en ce qu'il a débouté M. [B] de sa contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement,

Statuant à nouveau sur les seuls chefs infirmés,

DIT que le licenciement de M. [B] par la société Mediapost est dépourvu de cause réelle et sérieuse,

CONDAMNE la société Mediapost à verser à M. [B] la somme de 35 000 euros avec intérêts au taux légal à compter de ce jour, à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

CONDAMNE la société Mediapost à rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage versées à M. [B] entre le licenciement et le présent arrêt dans la limite de trois mois d'indemnités,

CONDAMNE la société Mediapost à verser à M. [B] la somme de 5 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile

CONDAMNE la société Mediapost aux dépens de première instance et d'appel, qui pourront être recouvrés par Maître Isabelle Grelin, avocate, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile,

LE GREFFIER LE PRESIDENT