

Paris, le 21 juillet 2016

Décision du Défenseur des droits MLD-2016-188

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 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Vu la Convention de main-d'œuvre entre la France et le Pays Z du XX XX XX;

Vu l'Accord de coopération CEE/PAYS Z du XX XX XX ;

Vu l'Accord d'association Euro-Méditerranéen du 26 février 1996 ;

Vu le Code civil ;

Vu le Code du travail ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de XXXX sur la situation collective de cheminots embauchés par une société de transport ferroviaire sous le statut PS25 dans les années 1970 et s'estimant victimes de diverses discriminations en raison de leur nationalité.

Jacques TOUBON

Observations du Défenseur des droits devant la Cour d'appel de XXXX

dans le cadre de l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

LES FAITS :

1. Le 21 septembre 2015, le Conseil de prud'hommes de XXXX en sa formation de départage, saisi par plus de 800 anciens cheminots contractuels embauchés dans les années 1970, dont la plupart étaient à l'époque de nationalité X, a condamné la société de transport ferroviaire pour discrimination en raison de leur nationalité. Le Conseil a notamment retenu l'existence de discriminations en matière d'évolution de carrière, de retraite, et d'octroi d'avantages en nature. Il a donc condamné la société de transport ferroviaire à payer à ces cheminots contractuels des dommages-intérêts au titre de leur préjudice.
2. Pour ce faire, la juridiction prud'homale retient que ces discriminations résultent du statut particulier sous lequel ces personnes ont été embauchées et maintenues pendant leur carrière.
3. L'embauche de ces agents par la société de transport ferroviaire s'inscrit dans un contexte de recours massif de la France à la main d'œuvre étrangère, notamment X, dans les années 1960 et 70. Celui-ci se traduit, peu après l'indépendance du Pays Z, par la signature par les deux États d'une Convention de main-d'œuvre le 1^{er} juin 1963. Celle-ci prévoit notamment une égalité de traitement entre travailleurs Z et français.
4. Une société de transport ferroviaire est alors une société d'économie dont la création en 1938 correspond à une prise de participation majoritaire de l'État dans les différentes compagnies de chemins de fer privées.
5. Par un décret de 1950, le personnel de la société de transport ferroviaire est soumis à un statut réglementaire. Celui-ci est élaboré par une commission mixte, présidée par un fonctionnaire du Ministère des Travaux Publics et comprenant des représentants de la société de transport ferroviaire et des organisations syndicales les plus représentatives. Il est soumis à l'approbation du Ministère des Travaux Publics et des Finances, puis, à compter de 1953, des Ministres des Transports et du Budget.
6. En septembre 1970, un nouveau statut des cheminots au cadre permanent, dit « P4R » est adopté.
7. L'article 2 de son chapitre 5 prévoit que seuls les travailleurs de nationalité française peuvent être embauchés sous ce statut. Cette condition de nationalité est justifiée, selon la société de transport ferroviaire, par le fait qu'elle concourt à l'exercice de la puissance publique et revêt

une importance toute particulière en matière de défense nationale. Une autre disposition de ce statut interdit également l'embauche des personnes âgées de plus de 30 ans. Celle-ci se justifierait par les impératifs de financement de la caisse de retraite de ses agents.

8. Cependant, afin de ne pas avoir à se priver de la main d'œuvre qui ne remplit pas les conditions d'accès au statut, une société de transport ferroviaire met en place un second statut, dit le « PS25 », devenu RH 054, applicable aux « contractuels ». Celui-ci est utilisé pour l'embauche de personnes ne détenant pas la nationalité française ou âgées de plus de 30 ans sur des métiers relevant du « dictionnaire des filières¹ » (Annexe A1), comme les agents partie à l'instance, mais aussi pour recruter sur des emplois qui n'y figurent pas comme le « personnel de service et au personnel des établissements sanitaires et sociaux » (Annexe B), ou sur des contrats aidés (Annexe D).
9. C'est dans ce cadre qu'elle procèdera à l'embauche de très nombreux travailleurs de nationalité X, en particulier à compter de 1973. La majorité d'entre eux aurait été affectée dans la filière Transport Mouvement (TM) et tous auraient occupé des emplois également tenus par des agents du cadre permanent.
10. Si le statut dit « PS25 » semble assurer à ces travailleurs une égalité de rémunération, à situation comparable, avec les agents relevant du cadre permanent, il ne leur offrirait pas les mêmes possibilités d'évolution et les exclurait de certains avantages. En outre, ils sont affiliés au régime général de la sécurité sociale à la différence des autres agents qui bénéficient d'un régime spécial.
11. Il convient également de noter que si les requérants bénéficient désormais d'une partie des garanties prévues par le statut, notamment grâce à une mobilisation de certaines organisations syndicales, ce n'était pas le cas jusqu'en 2004, date à laquelle la plupart d'entre eux étaient proches de la retraite. Ces derniers n'ont donc pu en bénéficier que de façon marginale.
12. **Le présent avis du Défenseur des droits aura donc vocation à recenser les normes applicables interdisant toute forme de discrimination en raison de la nationalité (I) pour analyser ensuite la condition de nationalité sur le fondement de laquelle les agents parties à l'instance se sont vus refuser une embauche au cadre permanent de la société de transport ferroviaire(II) et enfin étudier les conséquences de cette exclusion en termes de différences de traitement tout au long de leur carrière et sur leurs retraites (III). Cet avis porte sur la situation collective des requérants, dans la limite des documents auxquels le Défenseur des droits a eu accès.**

CADRE JURIDIQUE ET ANALYSE:

. Sur l'exception de prescription soulevée par la société de transport ferroviaire dans le présent litige.

¹ Le dictionnaire des filières définit les métiers types de la société de transport ferroviaire. Ceux n'y figurant pas ne peuvent pas donner lieu à une embauche au statut.

13. À titre liminaire, la société de transport ferroviaire soutient que toutes les actions en réparation concernant la discrimination subie par les requérants seraient prescrites au motif que le point de départ de la prescription se situe à la date de conclusion des contrats de travail, laquelle remonte à plus de trente ans.
14. Il convient de rappeler que la prescription extinctive d'un droit résulte de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. Le débiteur d'une obligation est alors définitivement libéré car son adversaire ne peut plus agir devant les tribunaux contre lui.
15. Le Défenseur des droits constate que la prescription applicable aux faits de l'espèce est celle issue des dispositions de l'article 2262 du code civil qui prévoit une prescription extinctive de trente ans, pour les salariés s'estimant victime de discrimination, à compter du fait générateur.
16. La question du point de départ de la prescription, ou fait générateur, a soulevé de nombreux débats et a d'ailleurs en partie expliqué la volonté du législateur de réformer largement la prescription par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.
17. Lorsque la discrimination subie par le salarié a pour effet de créer pour lui un désavantage continu notamment en termes d'avancement, de promotion, de changement d'affectation, de revalorisation salariale, elle suppose des actes répétés avec des conséquences qui s'échelonnent dans le temps.
18. Or, en l'espèce, le Défenseur des droits relève qu'il s'agit bien d'une discrimination continue puisque le fait que ces salariés n'aient pas été intégrés au statut a créé pour eux un désavantage particulier tout au long de leur carrière à la société de transport ferroviaire.
19. Le point de départ de la prescription pour une discrimination continue ne saurait donc courir qu'à compter de la réalisation du dommage par le salarié.
20. C'est en ce sens que la Cour de cassation a précisé, dans sa décision du 1^{er} avril 1997, rendue au visa de l'article 2262 du code civil : « *la prescription d'une action en responsabilité résultant d'un manquement aux obligations nées d'un contrat de travail ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance* ».
21. La loi du 17 juin 2008 a ainsi consacré ces solutions jurisprudentielles en reprenant l'idée selon laquelle le point de départ de la prescription doit s'entendre comme le jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.
22. C'est d'ailleurs en ce sens qu'ont été modifiés, suite à la loi du 17 juin 2008, l'article 2224 du code civil qui énonce désormais : « *les actions personnelles se prescrivent par 5 ans à compter du jour où le titulaire a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* », et l'article L.1134-5 du code du travail aux termes duquel : « *l'action en réparation du préjudice*

résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination (...) les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».

23. Il convient donc de prendre en compte comme point de départ de la prescription la « révélation » de la discrimination par le salarié qui s'entend par la mise en lumière du sens discriminatoire d'une situation, dont il pouvait avoir une certaine prescience sans être en capacité de mesurer l'étendue. Elle suppose la détention par le salarié d'informations de qualité, lui permettant d'apprécier la réalité et l'étendue de la discrimination et du préjudice subi.
24. Au vu de ce qui précède et contrairement à ce que soutient la société de transport ferroviaire, le Défenseur des droits considère que le point de départ de la prescription ne court pas à compter de la conclusion des contrats de travail dans les années 70, car à cette date les requérants n'avaient pas conscience de l'étendue de la discrimination subie. Ils semblent avoir mesuré l'étendue de la discrimination, notamment en termes d'évolution salariale et de carrière, lors de leur départ en retraite au début des années 2000.
25. A cette fin, le Conseil de prud'hommes de XXXX dans son jugement de départage du XX XX XX a d'ailleurs considéré que « *la prescription d'une action en responsabilité résultant d'un manquement aux obligations nées d'un contrat de travail ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il s'est révélé à la victime. Lorsque, comme en l'espèce, la discrimination alléguée découle, tant en ce qui concerne le déroulement de carrière que la retraite, d'une série de décisions qui se sont étalées dans le temps, cette révélation ne peut courir qu'à compter de leur cessation, soit en l'espèce, à la date de rupture du contrat de travail du demandeur. (...) Par conséquent, la fin de non-recevoir tirée de la prescription soulevée par une société de transport ferroviaire n'est pas fondée ».*
26. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que les actions introduites par les requérants dans ce dossier ne sont pas prescrites.
27. Il convient donc de déterminer sur quels fondements juridiques ces derniers peuvent se prévaloir d'une discrimination en raison de leur nationalité.

I - Le droit applicable aux faits de l'espèce.

. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

28. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH), adoptée le 4 novembre 1950, a été ratifiée par la France le 3 mai 1974 (JORF du 4 mai 1974).
29. Conformément à l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle*

des lois ». Cette disposition confère une primauté aux traités internationaux sur les lois internes et toutes les normes infra-législatives comme les règlements ou les contrats.

30. En vertu du principe du monisme juridique voulu par le Constituant, le Défenseur des droits rappelle que les juridictions françaises sont tenues d'appliquer les droits et libertés garantis par la CESDH pour résoudre les litiges qui leur sont soumis.
31. Ainsi, l'article 14 de la Convention précitée, qui affirme le droit à la non-discrimination, a un effet direct en droit interne. Cet article dispose que « *la jouissance des droits et libertés [reconnus par la CESDH] doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».
32. Par conséquent, sous réserve de respecter la condition d'application de l'article 14 prévue par le texte même de la CESDH, c'est-à-dire d'invoquer sa violation avec celle d'un autre droit conventionnel, comme le droit au respect de la vie privée (art. 8 CESDH), le juge judiciaire peut vérifier la conformité du contenu des lois, des règlements et des contrats au principe européen de non-discrimination. Il peut même relever d'office sa violation, lorsqu'il n'est pas invoqué par les parties².
33. Pour le Défenseur des droits, la Cour d'appel saisie peut donc autant statuer sur la conformité du statut de la société de transport ferroviaire au principe de non-discrimination tel que garanti par la CESDH, lorsqu'il exclut les ressortissants étrangers du bénéfice de certains droits, que sur celle de l'évolution de carrière et du régime de retraite des requérants-cheminots étrangers sur la base de ce statut.
34. En effet, l'article 14 de la CESDH est applicable aux relations de travail depuis que la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré le droit de gagner sa vie par le travail comme un droit dérivant du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention³.

² La Chambre sociale relève d'office la violation de l'article 14 de la CESDH. V. not., Cass. soc., 2 déc. 1999, pourvoi n° 98-17.350, inédit – Cass. soc., 8 avr. 1999, pourvoi n° 97-18.956, inédit – Cass. soc., 25 mars 1999, pourvoi, n° 97-170.43, inédit – Cass. soc., 14 janv. 1999, pourvoi n° 97-12.287, inédit ; Adde É. Verny (coord.), *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2008*, Doc. fr., 2009, p. 47, spéc. p. 65 et s.

³ Cour EDH, 27 juill. 2004, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, req. n°s 55480/00 et 59330/00. Dans cette décision, la Cour étend de manière décisive le champ d'application du droit au respect de la vie privée en admettant que le droit d'exercer une activité professionnelle relève de " la vie privée ". En l'espèce, les requérants, se plaignent d'une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en ce que, en tant qu'anciens agents du KGB, ils se sont vus interdire de travailler dans la fonction publique et dans divers domaines du secteur privé de 1999 à 2009. Tout en rappelant que le droit d'avoir accès à une profession particulière n'est pas, comme tel, garanti par la Convention (§ 18), la Cour, se prévalant de l'article 1, § 2 de la Charte sociale européenne (droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris) et de son interprétation par le Comité européen des droits sociaux, affirme qu'une large interdiction d'exercer un emploi dans le secteur privé porte atteinte à la " vie privée " (§ 13), en ce qu'elle compromet la possibilité de développer des relations avec le monde extérieur, qu'elle cause de graves difficultés pour gagner sa vie, et de graves répercussions sur le respect de la vie privée (notamment, en l'espèce, parce que cette situation a porté atteinte à la réputation des intéressés (§§ 13-14). Cet arrêt confirme, nous semble-t-il, la tendance actuelle du juge européen à se départir de sa réserve pour étendre la protection de la Convention à certains droits économiques et sociaux (dans le même sens, CEDH, 29 juin 2004, *Dogan et autres c/ Turquie*, req. n°s 8803-8811/02, 8813/02 et 8815-8819/02)

35. La Cour de Strasbourg estime également que les retraites doivent être considérées comme des biens au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CESDH qui en garantit le respect⁴.
36. De plus, si la nationalité n'est pas un critère de discrimination expressément visé par l'article 14 de la CESDH, contrairement aux textes de droit interne⁵, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé à plusieurs reprises que la nationalité est un motif de distinction prohibé⁶.
37. Si elle reconnaît aux États une marge d'appréciation en la matière, « *seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité* »⁷.
38. Par ailleurs, dans l'affaire Timishev c. Russie, la cour reconnaît que la nationalité peut fonder un groupe social relevant de la protection de la discrimination fondée sur l'origine ethnique au sens de la convention⁸.
39. Or, la cour a décidé dans l'affaire Sejdic et Flnci c. Bosnie-Herzégovine que : « *dans une société démocratique contemporaine basée sur les principes de pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne peut être objectivement justifiée.* »⁹
40. Pour le Défenseur des droits, le fait d'interdire aux requérants d'exercer leurs fonctions dans le cadre d'un statut particulier propre à la société de transport ferroviaire porte une atteinte discriminatoire à leur « *vie privée* » et viole l'article 14 de la CEDH combiné à son article 8.
41. De plus, s'il devait être jugé que ces derniers avaient ainsi perçu des pensions de retraites moins importantes que leurs collègues au statut, une violation de l'article 14 combiné à l'article 1^{er} du protocole 1 pourrait être relevée.

⁴ Sur cette interprétation du droit au respect des biens, v. CEDH, 6 septembre 1995, *Müller c/ Autriche*, req. n° 5849/72.

⁵ V. infra, art. L. 1132-1 C. trav.

⁶ V. par ex., CEDH, 16 décembre 1996, *Gaygusuz c/Autriche*, req. n° 17371/90 (en matière d'attribution d'allocations, la Cour sanctionne les législations qui en réservent le bénéfice aux seuls nationaux ou aux seuls ressortissants de l'Union européenne).

⁷ Cour EDH, 28 octobre 2010, *Saidoun c/ Grèce*, req. 40083/07 ; *Dhahbi c/ Italie*, 8 avr. 2014, req. 17120/09

⁸ CEDH, 13 décembre 2005, *Timishev c. Russie*, n°55762/00, par 55.

⁹ CEDH, 22 décembre 2009, *Sejdic et Flnci c. Bosnie-Herzégovine*, n°27996/06 et 34836/06, par 40, dans le même sens *Timishev c. Russie*, Op ; Cit...

. Les conventions passées entre le Pays Z et la France ou l'Union européenne

42. Toujours en application de l'article 55 de la Constitution précitée, le Défenseur des droits considère que la Cour d'appel saisie pourrait se référer à deux conventions internationales régulièrement approuvées, dans la mesure où celles-ci comportent des stipulations qui n'ont manifestement pas pour objet exclusif de régir les relations entre États, et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.

➤ *La convention de main-d'œuvre entre la France et le Pays Z du XX XX XX.*

43. Cette convention a été signée par la France et le Pays Z le XX XX XX, publiée en France par décret n°XX/XXX du même jour et parue au JO du XX XX XX.
44. L'article 8 de cette convention dispose : « *Les travailleurs du pays Z jouissent sur le territoire français du même traitement que les travailleurs français en ce qui concerne les conditions d'hygiène, de travail, de sécurité, de logement, les salaires, les congés payés et les allocations de chômage.*

Le Gouvernement français prendra les dispositions nécessaires pour que ces travailleurs trouvent en France le meilleur accueil, notamment en ce qui concerne les conditions de transport, l'organisation des cantines et l'assistance médicale.

En outre, tant qu'une convention particulière relative aux questions de sécurité sociale n'aura pas été conclue entre la France et le Pays Z, les travailleurs du pays Z en France continueront à bénéficier dans ce domaine de la situation qui leur est faite à la date de la signature de la présente convention ».

45. Par ailleurs, cette convention est accompagnée d'un protocole relatif à la formation professionnelle des adultes dont l'article 10 précise que « *Le Gouvernement français recommandera aux employeurs que les travailleurs du pays Z puissent être admis dans les mêmes conditions que les autres travailleurs dans les centres de formation professionnelle et, d'une manière générale, dans les cours de perfectionnement conduisant à la promotion sociale, gérés par les entreprises* ».
46. En l'espèce, cette convention visant une égalité de traitement notamment concernant les conditions de travail, les salaires et la formation professionnelle, il semble qu'elle doive s'appliquer dans tous les aspects de la carrière.

➤ *L'accord de coopération CEE/PAYS Z du XX XX XX et l'accord d'association Euro-Méditerranéen du XX XX XX.*

47. L'accord de coopération conclu entre la Communauté économique européenne et le pays Z, signé à XX le XX XX XX, a été approuvé par le règlement CEE n°2211/78 du Conseil le XX XX XX et est entré en vigueur en 1978.

48. Cet accord ayant valeur réglementaire, au sens du droit de l'Union européenne, est directement applicable dans tous les États membres. Le principe de non-discrimination contenu dans celui-ci est donc d'applicabilité directe, comme l'a jugé la Cour de cassation¹⁰.
49. Il ressort des dispositions de son titre III intitulé « *la coopération dans le domaine de la main d'œuvre* » en son article 40 que « *chaque État membre accorde aux travailleurs de nationalité X occupés sur son territoire un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport à ses propres ressortissants, en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération* ».
50. L'article 41 dudit accord précise également que « *les travailleurs de nationalité X et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés* ».
51. Par la suite, il a été conclu entre les États membres de la Communauté européenne et le pays Z un accord d'association, dit accord Euro-Méditerranéen, signé le XX XX XX, visant à renforcer les liens entre les pays et à instaurer progressivement une zone de libre-échange.
52. Cet accord d'association est entré en vigueur en 2000 et publié par [décret n° XXXX-XXXX du XX XX 2002](#).
53. Son article 96 prévoit que « *dès son entrée en vigueur, il remplace l'accord de coopération entre la CEE et le pays Z (accord précité)* ».
54. Les dispositions de l'article 64 de cet accord d'association réaffirment le principe de non-discrimination en ces termes : « *Chaque État membre accorde aux travailleurs de nationalité X occupés sur son territoire un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport à ses propres ressortissants, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et de licenciement*.
55. *Tout travailleur du pays Z autorisé à exercer une activité professionnelle salariée sur le territoire d'un État membre à titre temporaire bénéficie des dispositions du paragraphe 1 en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération* ».
56. Son article 65 indique que « (...) *les travailleurs de nationalité X et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient dans le domaine de la sécurité sociale d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés*.

La notion de sécurité sociale couvre les branches de sécurité sociale qui concernent les prestations de maladie et de maternité, les prestations d'invalidité, de vieillesse, de survivants,

¹⁰ Par exemple : Cass. Soc., 4 décembre 1997, n°95-16.045

les prestations d'accident de travail et de maladie professionnelle, les allocations de décès, les prestations de chômage et les prestations familiales (...) ».

57. Ces deux accords affirment l'existence d'un principe général de non-discrimination en raison de la nationalité entre les travailleurs du pays Z et les travailleurs français, notamment en termes de rémunérations et de conditions de travail.

. La jurisprudence constitutionnelle :

58. Le Défenseur des droits rappelle que dans une décision du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel déclarait pour la première fois que le principe d'égalité des droits s'appliquait aux étrangers et a affirmé que la discrimination fondée sur la nationalité est inconstitutionnelle si elle ne découle pas d'impératifs pour la sauvegarde de l'intérêt public¹¹.
59. Cette décision précise que *« le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire français ».*

. Le Code du travail :

60. La loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise dite *« Loi Auroux »*, a introduit le principe de non-discrimination en droit du travail en créant l'article L. 122-45 du code du travail, selon lequel : *« Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de (...) de son appartenance à (...) une nation (...). Toute disposition contraire est nulle de plein droit ».*
61. Le Conseil de prud'hommes de XXXX, dans son jugement du 21 septembre 2015, retient que cette disposition n'est applicable au litige que depuis la loi n°2011-1066 du 16 novembre 2011 relative à la lutte contre les discriminations qui a étendu le champ d'application de la discrimination en matière de rémunération, de classification et de promotion professionnelle.
62. En effet, l'article 1^{er} de cette loi élargit le champ d'application de l'interdiction des discriminations à toute la durée de la relation de travail en modifiant la rédaction de l'article L. 122-45 du code du travail - devenu article L.1132-1 - en ces termes : *« 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, 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 en raison de son origine, (...) de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race ».*
63. La société de transport ferroviaire soutient que les requérants devraient être déboutés de l'intégralité de leurs demandes au motif que le principe de non-discrimination actuellement prévu par l'article L.1132-1 du Code du travail n'a été institué qu'à compter de 1982, soit

¹¹ Décision N° 89-269 DC

postérieurement à leurs recrutements. Le Défenseur des droits rappelle qu'à défaut de ce texte avant 1982, deux normes européennes subsistaient et interdisaient les discriminations en raison de la nationalité X des travailleurs (supra sur les conventions passées entre le pays Z et la France ou l'Union européenne).

64. En outre, il convient de considérer que si la promotion professionnelle n'était pas prévue dans le champ d'application de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité avant 2001, le traitement différencié dont ont été victimes les requérants à l'instance peut être considéré comme une forme de sanction.
65. A titre d'exemple, la Cour de cassation est venue préciser que les décisions de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié, sans présenter nécessairement un caractère de sanction (au sens du droit du travail), peuvent constituer, si elles sont infondées, une mesure discriminatoire et revêtir le caractère d'une sanction au sens de l'article 225-2 3° du code pénal¹².
66. Sur la base de cette jurisprudence, il est donc raisonnable de penser que la sanction en droit du travail peut également s'entendre comme tout traitement défavorable pour le salarié affectant sa carrière.
67. Enfin, sans donner à la loi un effet rétroactif qui contreviendrait à l'article 2 du code civil, les termes du troisième alinéa de l'article L.1134-5 du code du travail prévoient que : « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».
68. Conformément à cette disposition, la réparation du préjudice de la discrimination subie par le salarié tout au long de sa carrière doit être pleine et entière. Elle oblige, en effet, « *à placer celui qui l'a subie dans une situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu* »¹³. Selon la Cour de cassation, cette réparation peut même consister en un reclassement professionnel¹⁴.
69. Ainsi, les juridictions nationales peuvent condamner l'employeur à verser des dommages et intérêts en réparation de discriminations subies dans l'évolution de carrière des salariés dont le point de départ se situe avant la loi du 4 août 1982 au visa des articles L.1132-1 et suivants du code du travail.
70. Le Défenseur des droits relève par exemple un arrêt de la Cour de Cassation en date du 7 février 2012 concernant une discrimination en raison de l'origine et de l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race d'un salarié engagé par la société Renault en 1970, étant précisé que dans cette affaire, un expert judiciaire avait relevé un différentiel de rémunération sur une période allant de 1981 à 1998 et l'avait évalué à 332 736 euros¹⁵.

¹² Cass. crim., 28 avril 2009, n°07-82901

¹³ Cass. Soc., 23 novembre 2005, n°03-40.826

¹⁴ Cass. Soc., 23 novembre 2005, préc. ; Cass. Soc., 29 janvier 2008, n°06-42.066 ; Cass. Soc., 19 janvier 2011, n°09-70.076

¹⁵ Cass., soc., 7 février 2012, n°10-19505

71. De même, un arrêt de la Cour de Cassation du 4 mars 2015 a condamné un employeur à réparer l'intégralité du préjudice subi concernant une discrimination en raison du sexe, subie depuis 1979¹⁶.
72. Le Défenseur des droits considère dès lors que même si les dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail pouvaient ne pas être applicables à l'époque des faits, la réparation du préjudice des requérants doit être effectuée sur l'intégralité de la période discriminatoire.

. Le contrat de travail des plaignants.

73. Enfin, le Défenseur des droits a eu connaissance d'un contrat de travail d'un agent embauché dans les années 70 au PS25 prévoyant dans les obligations de l'employeur que « *le travailleur étranger a droit au même régime de travail (durée du travail, jour de repos, congé payé, hygiène et sécurité) que les ouvriers français. Il est soumis, comme eux, aux dispositions légales prises en la matière, au règlement d'atelier et éventuellement aux clauses des conventions collectives. (...) Le travailleur étranger doit recevoir à travail égal une rémunération égale à celle de l'ouvrier français de même catégorie (...) L'égalité de traitement s'étend également aux indemnités s'ajoutant au salaire.* »
74. Le contrat de travail prévoit donc un principe d'égalité entre les agents étrangers non soumis au statut et les agents du cadre permanent, notamment en termes de rémunération.

II - La condition de nationalité pour l'accès au statut de la société de transport ferroviaire contraire au principe de non-discrimination.

➤ Une clause longuement et toujours remise en cause

75. Le Défenseur des droits constate que dans les conditions d'accès au cadre permanent de la société de transport ferroviaire, il est prévu au chapitre 5, en son article 2 « *conditions générales d'admission au cadre permanent* » que pour pouvoir être admis au cadre permanent, « *tout candidat doit : posséder la nationalité française ou être ressortissant d'un autre État membre de l'union européenne (...)* ».
76. L'insertion d'une condition de nationalité afin de pouvoir accéder au cadre permanent de la société de transport ferroviaire s'inscrit dans la problématique plus large de la question des emplois fermés en France, à savoir réserver ou limiter l'accès à certains emplois aux seuls nationaux.
77. Même si les emplois fermés aux étrangers se dénombrent avant tout dans le secteur public (les trois fonctions publiques), les entreprises sous statut gérant des services publics et les établissements publics industriels et commerciaux n'ont longtemps recruté que des agents statutaires de nationalité française ou communautaire. Cela ne leur interdit pas d'embaucher

¹⁶ Cass., soc., 4 mars 2015, n°13-20263 et 13-20691

des étrangers pour effectuer des tâches identiques à celles des agents statutaires, mais en tant que contractuels¹⁷.

78. En 2009, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) se prononçait dans sa délibération n°2009-139 sur cette problématique en relevant que la plupart de ces restrictions reposaient sur des justifications historiques devenues obsolètes en se référant au rapport publié par le Groupement d'étude et de lutte contre les discriminations (GED) publié en mars 2000.
79. Il ressort des travaux du GED que l'insertion de la clause de nationalité à la société de transport ferroviaire s'inscrivait dans la volonté, après 1945, d'encadrer l'immigration de main-d'œuvre, devenue un impératif dans le contexte de restructuration et de reconstruction d'après-guerre. Ces restrictions sont le fruit d'une sédimentation progressive de législations protectionnistes généralement développées en temps de crise.
80. Ce même rapport du GED préconisait de lever totalement toute condition de nationalité pour les emplois statutaires des entreprises et établissements publics ayant une mission de service public en modifiant les statuts.
81. Récemment, le Défenseur des droits, dans son rapport publié le 9 mai 2016 intitulé « *les droits fondamentaux des étrangers en France* » relève que « *dans le contexte d'une ouverture croissante des emplois fermés au bénéfice des ressortissants européens, les différentes justifications produites en soutien au maintien de la condition de nationalité à l'égard des ressortissants non européens perdaient considérablement de leur force* ». Le Défenseur des droits souligne que « *la seule différence de traitement fondée sur la nationalité susceptible d'être regardée comme légitime en matière d'accès à l'emploi est celle qui vise à réserver aux nationaux des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale* ».
82. Ce rapport pointe le fait que, dès lors que les emplois sont ouverts aux ressortissants européens, les justifications quant à leur restriction aux étrangers hors union n'a plus réellement de légitimité. Cela est d'autant plus vrai que, pour la majorité des emplois publics, les étrangers hors union européenne ont la possibilité d'exercer les mêmes missions que les citoyens français et les ressortissants européens, mais sous le statut plus précaire d'agent contractuel. Cette situation témoigne de ce que les emplois demeurant fermés aux étrangers n'ont finalement pas d'autre fondement que la seule nationalité et donc souligne le caractère discriminatoire de l'exclusion.
83. S'agissant de la clause de nationalité applicable au cadre permanent de la société de transport ferroviaire, le Défenseur des droits relève qu'elle vise ainsi à exclure les étrangers non ressortissants de l'UE du statut permanent et de ses nombreux avantages, sur le seul

¹⁷ Serge SLAMA : « *le recours à des agents non titulaires de nationalité étrangère est une pratique fréquente dans certains secteurs de l'administration ou bien souvent ils exercent les fonctions les plus ingrates ou dans les secteurs géographiques les plus difficiles désertés en partie par les nationaux* » Revue plein droit, n°41-42, avril 1999.

fondement de la nationalité, alors que les cheminots étrangers du cas d'espèce ont effectué des missions identiques à leurs collègues du cadre permanent.

84. Or, la justification du maintien de cette clause reposerait également sur la nature des emplois en cause, en ce qu'ils toucheraient à des fonctions de souveraineté ou à des prérogatives de puissance publique. L'argument pourrait être valable sur une partie des emplois mais ne l'est pas pour ceux des cheminots étrangers effectuant les mêmes fonctions que les statutaires.
85. Non seulement le maintien de cette clause à une société de transport ferroviaire apparaît plus légitime au regard de la différence de traitement qu'elle induit entre communautaires et extracommunautaires sur des emplois similaires, mais également au regard du fait qu'elle a été supprimée dans la quasi-totalité des autres entreprises à statut ou EPIC.
86. À titre d'illustration des politiques volontaristes menées pour une plus grande ouverture aux étrangers hors UE, il importe de souligner qu'une circulaire DSS/4B n°2011-514 du 22 octobre 2001 a abrogé la condition de nationalité auparavant exigée des employés des organismes de sécurité sociale. De même, le 4 décembre 2002, la RATP a été la première entreprise publique à décider d'ouvrir ses emplois statutaires à toutes les nationalités ; puis ont suivi EDF-GDF (juillet 2008) et Air France-KLM (mai 2006 pour le personnel au sol).
87. Le rapport du député Daniel GOLDBERG du 9 juin 2010 sur la proposition de loi visant à supprimer la condition de nationalité restreignant l'accès des travailleurs étrangers à l'exercice de certaines professions libérales ou privées explique que la majorité des entités publiques où la nationalité française reste requise a le statut d'établissement public de l'État. Il en va ainsi du commissariat à l'énergie atomique et de la société de transport ferroviaire. La principale justification avancée réside dans la participation des intéressés à l'exécution du service public. Toutefois, cette justification impliquerait que les contractuels de la société de transport ferroviaire ne participent pas à l'exercice du service public alors qu'ils exercent des fonctions analogues.
88. Le député GOLDBERG a d'ailleurs, le 9 juin 2016, présenté devant l'Assemblée Nationale un amendement n°261 au projet de loi Egalité - Citoyenneté prévoyant la remise d'un rapport au Parlement avant le 31 mars 2017 sur la possibilité de lever la condition de nationalité empêchant les étrangers non communautaires d'accéder au statut d'agent au cadre permanent de la société de transport ferroviaire .
89. Dans l'exposé sommaire de cet amendement, le député rappelle que les emplois statutaires de la société de transport ferroviaire ont été ouverts aux ressortissants de l'Union européenne en 2003 ; que les ressortissants de pays tiers en restent exclus et dépendent d'une réglementation moins favorable, le RH 054, anciennement PS25.
90. Le Défenseur des droits insiste donc à nouveau sur le fait que l'insertion de cette clause empêche les ressortissants non européens d'accéder à un statut plus protecteur et ne repose plus aujourd'hui sur un impératif de sécurité nationale ou de prérogative de puissance publique pouvant légitimer son existence.

➤ **Une clause d'exclusion des étrangers devant être déclarée nulle car discriminatoire en vertu des textes susvisés**

91. Le Défenseur des droits constate que c'est bien l'existence de cette clause de nationalité qui a empêché le recrutement de travailleurs étrangers au sein du cadre permanent de la société de transport ferroviaire qui ont alors bénéficié de règles particulières moins favorables tout en exerçant des fonctions similaires que les agents au statut.
92. La Cour d'appel, en l'espèce, peut donc considérer que cette clause - de nature réglementaire - fondée sur leur seule nationalité, ayant pour conséquence de les exclure du statut de la société de transport ferroviaire, est nulle et de nul effet car discriminatoire.
93. Il convient de rappeler que, pour garantir le respect de l'article 55 de la Constitution, il appartient aux juges du fond d'écarter l'application d'une disposition législative ou réglementaire si elle s'avère contraire à une norme conventionnelle¹⁸.
94. La Cour d'appel saisie peut donc à la fois déclarer nulle la clause à l'égard des requérants et dans le même temps condamner la société de transport ferroviaire à réparer le préjudice qui en découle, s'il s'avère que la réglementation est contraire aux principes de non-discrimination et entraîne une différence de traitement.
95. C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt du 16 février 2011¹⁹, a condamné la société de transport ferroviaire pour discrimination en raison de l'âge du fait de la mise à la retraite d'office à 55 ans d'un de ses agents.
96. Dans cette affaire, une salariée avait été admise au cadre permanent de une société de transport ferroviaire en 1976, et par application du décret n°54-24 du 9 janvier 1954 mise à la retraite d'office le 10 janvier 2005, date de son 55^{ème} anniversaire. La Cour d'appel avait alors considéré que cette admission à la retraite d'office constituait une mesure individuelle discriminatoire contraire à l'article L.1132-1 du code du travail, qu'elle était nulle et de nul effet. La Cour avait en conséquence ordonné la réintégration de la salariée avec effet rétroactif et condamné la société de transport ferroviaire à supporter les conséquences financières de cette réintégration ainsi qu'à lui verser une indemnité en réparation de son préjudice moral.
97. La société de transport ferroviaire, au soutien de son pourvoi, avait soutenu qu'une juridiction ne pouvait pas dans le même temps considérer qu'une disposition réglementaire autorisant la mise à la retraite d'office à partir d'un certain âge ne constituait pas en soi une discrimination et juger que la même disposition avait des conséquences discriminatoires. Elle soutenait que dans la mesure où cette mise à la retraite s'inscrivait, par la volonté du pouvoir réglementaire

¹⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 dite « IVG »
Cass. Chambre MIXTE, 24 mai 1975, n° 73-13.556 dite « Cafés Jacques Vabre »

Voir également, s'agissant du contrôle de conventionalité des actes réglementaires : Cass. Civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n°00-05.026 00-05.030

¹⁹ Cour de cassation, Chambre sociale, 16 février 2011, n°10-10465

dans la poursuite d'un objectif général pour la société de transport ferroviaire, exerçant une mission de service public, d'adapter ses effectifs à l'évolution du contexte et de bénéficier d'une souplesse dans la gestion de ses effectifs, elle ne constituait pas une discrimination puisqu'elle était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime de politique de l'emploi.

98. La Cour de cassation a toutefois considéré que « *si les dispositions réglementaires autorisant à certaines conditions la mise à la retraite d'un salarié à un âge donné peuvent ne pas constituer par elles-mêmes une discrimination interdite par l'article L.1132-1 du code du travail, il n'en résulte pas moins que la décision de l'employeur de faire usage de la faculté de mettre à la retraite un salarié déterminé est nécessairement dépourvue de caractère discriminatoire.*

Que c'est dès lors à bon droit, après avoir rappelé que par arrêt du 19 mai 2006 le Conseil d'État a jugé que les dispositions du décret n°54-24 du 9 janvier 1954 autorisant la société de transport ferroviaire à mettre un agent à la retraite d'office à l'âge de 55 ans ne constituent pas en elles-mêmes une discrimination interdite, que la Cour d'appel a entrepris de vérifier si la décision de une société de transport ferroviaire de mettre à la retraite d'office Madame X répondait aux conditions posées par l'article (...) L.1133-1, interprété au regard de la directive n°2000/78/CE qui consacre un principe général du droit communautaire ».

99. La Cour conclut que les motifs avancés par la société de transport ferroviaire pour justifier la mise en œuvre de cette disposition de mise à la retraite d'office étaient trop généraux et ne permettaient pas de considérer que la mise à la retraite de Madame X était justifiée par un objectif légitime et constituait ainsi une discrimination fondée sur l'âge.
100. Cet arrêt peut parfaitement s'appliquer aux cas des requérants dans la présente instance dans la mesure où les motifs avancés par la société de transport ferroviaire pour justifier de l'application de la clause de nationalité comme condition d'accès au statut - intérêt général, impératif de sécurité nationale ou prérogative de puissance publique - semblent trop généraux et ne permettent pas de considérer qu'il s'agit d'un objectif légitime.
101. Au vu de ces éléments, il convient de déterminer quelles conséquences a eu l'application de cette clause discriminatoire sur la carrière des requérants et leurs droits à retraite.

III - Les préjudices induits par l'exclusion initiale du bénéfice du cadre permanent pour les requérants

102. Les requérants parties à l'instance affirment que leur embauche sous un statut différent du cadre permanent de une société de transport ferroviaire a eu des conséquences dommageables, tant au niveau de leur carrière **(A)**, que de leur retraite, de la protection sociale dont ils ont bénéficié, et d'autres avantages réservés au personnel statutaire **(B)**.

A - Sur le déroulement de carrière des requérants à l'instance.

a. Les dispositions applicables :

103. Les cheminots admis au cadre permanent sont positionnés dans une grille comprenant des « *qualifications* » (de A à H²⁰).
104. Celles-ci sont subdivisées en 2 « *niveaux* » (la qualification A n'en compte plus qu'un), et chaque niveau comprend actuellement 3 à 5 positions de rémunération numérotées de 2 à 35. À chaque position correspond un coefficient de rémunération. Il convient de préciser que les positions (et coefficients) les plus élevées d'une qualification sont également les positions les plus basses de la qualification supérieure²¹.
105. Par ailleurs, à chaque métier du dictionnaire des filières correspondent deux grades, c'est-à-dire deux niveaux hiérarchiques. À chaque grade correspond une qualification et un niveau²².
106. Quant aux agents contractuels relevant de l'annexe A1 du RH0254 (ancien PS25), ils sont classés dans une grille équivalente qui s'arrêtait à la « *classe*²³ » C et qui a été étendue jusqu'à D en 2005²⁴. Ces classes ne comportent pas de niveaux.
107. **Le chapitre 6 du RH001** définit les règles de déroulement de carrière applicables à l'ensemble des agents statutaires, qu'ils soient agents d'exécution, agents de maîtrise ou cadres.
108. Depuis 2005, ces règles encadrent également l'évolution des contractuels relevant de l'annexe A1, entre les classes A et D. Avant cette date, il semble que l'évolution de ces salariés ne faisait l'objet d'aucune garantie statutaire. **Les dispositions présentées ci-après n'ont donc été applicables qu'aux cheminots au statut jusqu'en 2004.**

En ce qui concerne l'avancement en grade.

109. Sauf exception, pour bénéficier d'un avancement en grade, un agent doit faire l'objet d'une notation par un supérieur hiérarchique, puis être inscrit au tableau d'aptitude. Il convient de préciser que pour passer à la qualification E, la réussite à un examen est un préalable à la procédure décrite ci-après. Des examens similaires existaient auparavant pour passer aux qualifications B, C et D mais ont été progressivement supprimés²⁵.
110. Le tableau d'aptitude est arrêté après avis d'une commission de notation composée de délégués du personnel élus par le collège concerné : exécution, maîtrise ou encadrement.
111. La procédure d'avancement en grade diffère selon que la promotion implique un simple changement de niveau ou qu'elle donne lieu à un changement de qualification. L'avancement

²⁰ Ces qualifications n'incluent pas les cadres supérieurs (CS) et cadres dirigeants (CD)

²¹ Voir le tableau figurant à l'annexe 1 du chapitre 2 du RH001

²² Exemple : dans la filière « transport-mouvement », la qualification B comprend deux métiers : celui d'Agent mouvement manœuvre et manutention auquel correspondent les grades AMVM pour le niveau 1 et AMVHM pour le niveau 2 ; et celui de Conducteur de locotracteur (CRLO pour le niveau 1 et CRLOH pour le niveau 2). Le « H » signifiant à chaque fois « hors classe ».

²³ Le terme de « classe » est l'équivalent pour les contractuels du terme « qualification » pour les cheminots au statut.

²⁴ SUD Rail, « *Contractuels : négociations des 5 et 9 juillet* », tract du 16 juillet 2004

²⁵ Dans certaines filières, des examens demeurent pour accéder à ces qualifications, mais ce n'est pas le cas de la filière « transport-mouvement » dans laquelle les cheminots parties à l'instance travaillaient majoritairement.

sans changement de qualification ne concerne que les agents au statut et ne sera donc pas examiné dans cet avis.

112. La promotion à un grade placé à la qualification supérieure ne peut se faire que sur un poste vacant.
113. Le nombre d'agents notés est donc déterminé en fonction des vacances de postes prévisibles. Ces agents sont notés de 12 à 20 afin de déterminer leur rang de classement sur la liste d'aptitude. Aux termes de l'article 3.1.1 :
114. « Ces notes sont attribuées en fonction des qualités et des connaissances nécessaires dans le grade à acquérir et, notamment :
- de la compétence ou des connaissances professionnelles confirmées, le cas échéant, par un examen ou un constat d'aptitude ;
 - de l'esprit d'initiative et de la faculté d'adaptation ;
 - de la capacité de commandement et d'organisation ;
 - du goût et de l'aptitude à l'étude et à la recherche. »
115. Selon la qualification correspondant au grade visé, la « *circonscription de notation* » diffère : pour les qualifications A, B et C, l'avancement se fait au niveau de l'établissement. C'est alors le supérieur hiérarchique de l'agent qui peut le proposer à la notation et le notateur est le directeur d'établissement. Pour le passage aux qualifications D à G, la notation se fait au niveau de la région. L'agent doit être proposé par le chef d'établissement ou par le chef de la division à laquelle il est rattaché²⁶ et est noté par le directeur régional.
116. Le notateur, qui préside également la commission de notation, attribue une note à chacun des agents qu'il retient pour la notation. Celle-ci leur est communiquée trois semaines avant la réunion de la commission et mise à disposition des délégués qui y siègent²⁷, ainsi que la liste des agents proposés mais non retenus pour la notation.
117. Préalablement à la réunion, les délégués informent le président des requêtes des agents non retenus pour la notation qu'ils souhaitent voir examiner²⁸. Au cours de la réunion, le président devra informer les délégués de sa décision motivée concernant ces agents²⁹.
118. Lors de la réunion de la commission, il présente son projet de liste d'aptitude établie sur la base des notes qu'il envisage d'attribuer aux agents retenus. Ce projet de liste fait l'objet d'un vote des délégués du personnel.

²⁶ Les circonscriptions de notation et les personnes habilités à proposer un agent à la notation sont différentes pour certaines filières de la société de transport ferroviaire, notamment la Direction Fret et la Surveillance Générale.

²⁷ Article 3.3 (les références aux articles sans précisions supplémentaires renvoient au chapitre 6)

²⁸ Article 4.4

²⁹ Les contractuels relevant de l'annexe A1 ont désormais accès au même recours et peuvent également saisir directement leur directeur d'établissement. Une réponse écrite devra impérativement leur être apportée.

119. En cas de vote négatif, s'agissant de l'accès à un grade d'exécution (qualifications A à C), le projet accompagné de l'avis motivé des délégués est soumis pour décision au supérieur hiérarchique du notateur.
120. S'agissant de l'accès à un grade relevant des collèges maîtrise et cadre, un vote négatif entraîne un nouvel examen du projet de liste au cours d'une réunion spéciale de la commission. Le notateur est alors contraint d'apporter une réponse motivée aux observations formulées par les délégués.
121. Les agents retenus sont ensuite informés de leur inscription au tableau d'aptitude et de leur classement. Certaines sanctions peuvent s'accompagner d'une radiation du tableau d'aptitude³⁰.
122. Les agents inscrits au tableau d'aptitude sont invités à faire part de leurs desiderata en termes de résidence³¹. Lorsqu'un poste est vacant, il est proposé aux agents dont les souhaits de résidences correspondent. Il convient de préciser que si le tableau d'aptitude établi l'année précédente n'est pas épuisé, les agents qui y figurent sont reportés en tête du nouveau tableau³². Les postes sont proposés aux agents selon l'ordre du tableau. Une dérogation à cette règle est possible lorsqu'un poste requiert des aptitudes et qualités particulières (les délégués de la commission doivent être consultés à ce sujet).
123. Lorsqu'en cours d'année le tableau d'aptitude ne permet pas de pourvoir un ou plusieurs postes vacants, un tableau d'aptitude complémentaire est établi sur la base de la liste et du classement initial. Ne sont inscrits dans ce tableau que les agents dont la spécialité et les souhaits de résidence correspondent à l'un des postes à pourvoir. Si la liste d'aptitude est épuisée, une nouvelle notation a lieu, limitée aux agents disposant des compétences recherchées.

En ce qui concerne l'avancement accéléré par passage d'examens et de concours.

124. La voie de promotion la plus rapide est le passage d'examens ou de concours. Ceux-ci permettent d'accéder à un « *grade de début*³³ » d'une qualification supérieure.
125. Tout agent peut s'y inscrire pour peu qu'il ait la bonne qualification, quel que soit son grade et donc son niveau³⁴. Il n'est pas possible de se présenter plus de 3 fois à un même examen ou concours³⁵.
126. Ils peuvent permettre de passer plusieurs qualifications à la fois. Par exemple, dans la filière « *transport-mouvement* », un agent de qualification B ayant un minimum de 6 ans

³⁰ Article 3 §4 du Chapitre 9 : il s'agit des sanctions allant de la mise à pieds de 6 jours ouvrés à la révocation.

³¹ Uniquement pour les changements de grade entraînant un changement de qualification

³² Article 5

³³ Grade de niveau 1

³⁴ Article 1.2.1 du Chapitre 6

³⁵ Une dérogation existe pour les concours si l'agent a atteint une note moyenne supérieure ou égale à 12

d'ancienneté dans le grade d'AMV peut passer directement à la qualification E (encadrement) s'il réussit l'examen ET5³⁶. Il semble toutefois que cette voie de promotion soit marginale.

b. Sur les incidences pour la carrière des cheminots requérants parties à l'instance

127. Le Défenseur des droits relève que la carrière des cheminots contractuels embauchés sous statut PS25 apparaît avoir été entravée à plusieurs titres.
128. En premier lieu, jusqu'à une date récente, les règles de promotion de ces agents n'étaient pas définies, contrairement à celle des agents au statut comme décrites précédemment. En effet, ce n'est qu'à l'issue de négociations qui ont eu lieu durant l'année 2004³⁷ que le RH0254 (ancien PS25) a été modifié pour préciser que les propositions de changement de classe des agents relevant de l'annexe A1 soient examinées dans le cadre des commissions de notation compétentes pour se prononcer sur les promotions des cheminots du cadre permanent.
129. Jusqu'à cette date, les chefs d'établissements n'avaient donc aucune obligation de faire application de la procédure de promotion aux agents contractuels. Or, en dehors de cette procédure, aucune évolution n'était possible puisque seuls les agents, dont le dossier est examiné en commission de notation, peuvent être inscrits au tableau d'aptitude et in fine promus. En outre, ces derniers, lorsqu'ils s'estimaient injustement écartés de la notation, ne disposaient pas de la voie de recours qui leur est désormais ouverte et impose l'examen de leur dossier en commission et une réponse écrite motivée du directeur d'établissement. Ils se trouvaient alors soumis à l'arbitraire quand leurs collègues au statut bénéficiaient de garanties importantes en termes de transparence, d'objectivité et d'équité.
130. Les conséquences de cette absence de procédure semblent avoir été considérables puisque certains requérants se sont plaints d'être demeurés 25 ans en classe A. Il faut noter à ce sujet qu'en 2010, seuls 162 agents du cadre permanent commissionnés relevaient encore de la qualification A (0,1 % de l'effectif), tandis qu'ils étaient 180 parmi les cheminots de l'annexe A1 (4,2 % de cet effectif), soit proportionnellement 40 fois plus que chez leurs collègues au cadre permanent³⁸.
131. Il convient de relever par ailleurs que selon le bilan social établi par la société de transport ferroviaire au titre de l'année 2010, seuls 140 personnes, soit 3,25 % des agents relevant de l'annexe A1 du RH 0254, sont classées en D (2,8% en 2008, soit 116 personnes) alors que chez les agents du cadre permanent commissionnés (A à H), 52,5 % des cheminots ont une qualification D ou supérieure en 2010³⁹.
132. De plus, si le défaut d'accès à la formation constaté par le Conseil de prud'hommes de XXXX était retenu par la Cour d'appel, celui-ci devrait être considéré comme un obstacle supplémentaire à la promotion de ces cheminots, d'autant qu'il semble que certains d'entre eux ne savaient pas lire ou écrire le français. Or, cette compétence essentielle à la

³⁶ RH0263 (PS 6 A) Dictionnaire des filières, édition du 3 octobre 1991, p. 9

³⁷ CGT, La Tribune des cheminots, n° 816, juillet 2004.

³⁸ Bilan social 2010, tableau 119

³⁹ Tableau 119, pp. 13-14.

connaissance et au respect des règles de sécurité est également nécessaire pour réussir des examens qui comportent des épreuves écrites⁴⁰.

133. Le fait que l'annexe A1 ne prévoit aucune progression au-delà de la classe D, voire C jusqu'en 2004, est une entrave supplémentaire à l'évolution de ces salariés qui ne peuvent de ce fait accéder à des fonctions de maîtrise supérieure et d'encadrement relevant des qualifications E, F et G dans le cadre de leur statut. La seule voie qui semble leur être ouverte demeure un passage à l'annexe C, plus complexe et qui n'est pas encadré par les garanties entourant la progression des agents au statut. Les conditions de rémunération et de progression des agents relevant de cette annexe sont d'ailleurs dénoncées par l'ensemble des syndicats représentatifs qui les considèrent opaques et très largement soumises à l'arbitraire⁴¹.
134. En second lieu, l'éventuel passage au cadre permanent des salariés embauchés au PS25 après obtention de la nationalité française est loin de mettre fin aux préjudices de carrière subis par ces derniers.
135. En effet, la progression de la rémunération des cheminots au statut est pour partie liée aux échelons d'ancienneté qui donnent droit à des majorations de salaire⁴². Or, cette ancienneté est calculée à compter de la date du commissionnement de l'agent, c'est-à-dire à l'issue de la période probatoire d'un an qui suit son embauche au statut⁴³.
136. Ainsi, par exemple, un cheminot embauché au PS25 en 1991, naturalisé en 2006, passé au cadre permanent en 2007 et commissionné en 2008 percevrait à cette date un salaire inférieur de 10% à celui d'un de ses collègues embauché à la même date que lui, toutes choses égales par ailleurs⁴⁴.
137. Les cheminots qui ont pu passer au statut ont donc également été lésés par rapport à leurs collègues embauchés directement au cadre permanent.
138. Le Défenseur des droits considère au regard de l'ensemble de ces éléments et de l'analyse des conditions de progression professionnelle à une société de transport ferroviaire que les cheminots requérants parties à l'instance n'ont pas bénéficié des mêmes règles formalisées, transparentes et objectives que leurs collègues au statut pour leur permettre d'évoluer. Ce manque de transparence a eu pour conséquence que très peu d'entre eux ont réussi à devenir agent de maîtrise et que la plupart sont restés limités dans leur carrière cantonnés à des postes d'agents d'exécution, souvent sur les missions les plus pénibles.

⁴⁰ Il convient de rappeler que des examens existaient auparavant pour accéder aux classes C et D.

⁴¹ Par exemple : « *L'opacité est donc complète en ce qui les concerne et la Direction s'obstine à refuser le moindre droit de regard aux Délégués de Commission de notations en ce qui concerne les Cheminot(e)s contractuel(le)s de l'annexe C. [...] Jusqu'à aujourd'hui, la Direction de l'entreprise ne veut pas que leurs situations et demandes soient examinées dans un cadre clair et collectif* ». CGT, Guide des contractuels, novembre 2015, p. 11

⁴² Ex : l'échelon 2 est atteint au bout de 2 ans d'ancienneté et donne droit à une majoration de 4%.

⁴³ Article 3 du Chapitre 2

⁴⁴ Calcul effectué en tenant compte d'un coefficient de majoration de 2 % à compter du commissionnement et de 12% avec 12 ans d'ancienneté.

139. Ce traitement défavorable subi par les cheminots requérants à l'instance est la conséquence de leur exclusion du statut de la société de transport ferroviaire sur le seul fondement de leur nationalité et constitue ainsi une discrimination au sens des textes susvisés.

B - Sur la retraite, la protection sociale et autres avantages des requérants.

140. Les cheminots parties à l'instance affirment avoir été privés du bénéfice du régime spécial pris en charge par la Caisse de prévoyance et de retraite du personnel de une société de transport ferroviaire (CPR), et demandent à y être affiliés de manière rétroactive. Ce régime n'est, en effet, accessible qu'aux personnels du cadre permanent⁴⁵, tandis que les contractuels sont affiliés au régime général de la sécurité sociale. Ce fait n'est pas contesté par l'appelante.
141. Ils invoquent en particulier le régime de retraite et l'accès aux services de soins de la société de transport ferroviaire .

➤ Conséquences en matière de retraite :

142. Le préjudice lié à cette exclusion du régime spécial est considérable dans ce domaine puisqu'il porte notamment sur le nombre d'années de cotisation nécessaires pour l'obtention d'une retraite à taux plein, et sur les modalités de calcul du montant de la pension.
143. S'agissant du régime général, jusqu'à la réforme des retraites de 2010, l'âge légal de départ en retraite était fixé à 60 ans, et la durée de cotisation pour obtention d'une retraite à taux plein, qui équivaut à 50% du salaire moyen de référence, était de 40 années. Enfin, le salaire de référence correspond à la moyenne des salaires perçus durant les 25 années les plus favorables de la carrière du salarié.
144. Pour les agents relevant du statut, l'âge d'ouverture du droit à pension était de 55 ans⁴⁶. Ils peuvent liquider leur retraite dès lors qu'ils ont accompli 25 années de service. Leur pension équivaudra alors à 50% du salaire moyen de référence. Toutefois, le taux plein, qui requière désormais un nombre de trimestres équivalent à ce qui est requis dans le cadre du régime général, porte à 75% du salaire de référence le montant de la pension de retraite⁴⁷. Ce salaire de référence correspond à la moyenne des rémunérations des 6 derniers mois d'activité de l'agent.
145. Enfin, il convient de signaler que le régime spécial prévoit que tout cheminot ayant accompli 25 années de service au sein de une société de transport ferroviaire et ayant atteint l'âge de 55 ans bénéficie a minima, quel que soit sa rémunération et sa durée de cotisation⁴⁸, d'une pension de retraite égale à 1 216.85 € par mois⁴⁹.

⁴⁵ Décret n°2007-730 du 7 mai 2007 relatif à la caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la Société nationale des chemins de fer français, article 2. Cet âge est abaissé à 50 ans pour les agents de conduite.

⁴⁶ Décret n° 2008-639 du 30 juin 2008 relatif au régime spécial de retraite du personnel de la société de transport ferroviaire, article 1

⁴⁷ Décret n° 2008-639, article 12

⁴⁸ Si le bénéficiaire atteint son âge d'ouverture de droits à pension à compter du 1^{er} janvier 2017, il doit avoir atteint le nombre de trimestres nécessaire pour obtenir le pourcentage maximum de la pension. Cette disposition ne semble toutefois pas applicable aux cheminots parties à l'instance.

⁴⁹ Ce montant est applicable au 1^{er} octobre 2015.

146. Une telle garantie, tout comme la possibilité de liquider sa retraite après seulement 25 années d'activité, est particulièrement importante pour des salariés ayant exercé très longtemps des métiers particulièrement pénibles. Cela semble être le cas d'une part importante des cheminots parties à l'instance.
147. Au regard de ces régimes distincts en matière de retraite, les requérants se sont retrouvés considérablement pénalisés s'agissant du montant de leur pension, pension nettement inférieure à celle de leurs collègues du cadre permanent, en ayant pourtant exercé les mêmes fonctions.
148. Le Défenseur des droits considère que ces derniers ont donc subi un traitement défavorable en raison de leur nationalité en matière de pension de retraite, et ce conformément aux dispositions juridiques précitées.

➤ Conséquences en matière d'accès aux services de soins :

149. L'article 2 du chapitre 12 du RH 001 prévoit que les cheminots au cadre permanent atteints d'une maladie d'origine non professionnelle ou blessés en dehors du service ont droit à des soins gratuits s'ils se rendent chez un médecin ou un auxiliaire médical désigné par la société de transport ferroviaire.
150. Les contractuels n'ont pas accès à ce dispositif, particulièrement important pour les salariés bénéficiant d'une rémunération faible et exerçant des activités physiquement éprouvantes, compte tenu du poste de dépense que représente l'accès aux soins.
151. Il convient d'ajouter que les contractuels ne bénéficiaient d'aucun accord de prévoyance avant 2004.
152. En outre jusqu'il y a peu, les contractuels en arrêt maladie ne bénéficiaient du maintien de leur salaire qu'à compter du 4^{ème} jour d'absence alors que le régime spécial prévu par le cadre permanent ne prévoit aucun jour de carence.
153. Le Défenseur des droits constate donc, comme le souligne le Conseil de prud'hommes de XXXX, que les cheminots parties à l'instance embauchés sous le statut PS25 ont fait l'objet de traitements défavorables en matière de protection sociale et de retraite, constitutif d'une discrimination au sens des dispositions conventionnelles, légales et contractuelles précitées.

➤ Conséquences en matière de facilités de circulation :

154. Les facilités de circulation sont les tarifs préférentiels et billets de train gratuits dont bénéficient les cheminots et leur famille sur l'ensemble du réseau de la société de transport ferroviaire ainsi que sur des réseaux étrangers partenaires.
155. Ces facilités pour les agents en poste sont prévues par le RH 0400 s'agissant du réseau de la société de transport ferroviaire et par le RH 0261 pour les réseaux de transport étrangers. Le

RH 0246 prévoit que les cheminots continuent de bénéficier de ces dernières une fois à la retraite.

156. S'agissant du réseau de la société de transport ferroviaire, il semble qu'elles aient été ouvertes aux contractuels en activité en 1982, et étendues en 2004 aux contractuels retraités⁵⁰.
157. Le RH 0261 est également applicable aux contractuels à l'heure actuelle.
158. Le Défenseur des droits relève que cette différence d'accès aux facilités de circulation est également constitutive d'une discrimination pour les cheminots parties à l'instance, ne pouvant en bénéficier avant 1982.

⁵⁰ SUD Rail, « *Contractuels : négociations des 5 et 9 juillet* », tract du 16 juillet 2004

159. En conséquence et au vu des informations portées à sa connaissance, le Défenseur des droits considère que les cheminots parties à l'instance ont été victimes de discriminations en raison de leur nationalité qu'il convient de réparer intégralement.
160. Le Défenseur des droits considère donc que si la Cour d'appel saisie devait retenir l'existence de ces discriminations, il lui appartiendrait, afin de permettre la réparation intégrale des préjudices afférents :
- D'ordonner l'intégration rétroactive au statut de l'ensemble des cheminots embauchés sous statut PS25 en raison de leur nationalité ;
 - D'indemniser le préjudice subi par eux du fait de la perte de chance de connaître une évolution de carrière comparable à celle des cheminots embauchés directement au cadre permanent ;
 - D'ordonner leur affiliation rétroactive à la caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la société de transport ferroviaire ainsi que la réédition de l'ensemble des bulletins de salaire des salariés concernés en conséquence ;
 - D'indemniser les préjudices subis par ces salariés du fait de leur exclusion du bénéfice du régime de prévoyance applicable aux agents du cadre permanent ;
 - D'indemniser les préjudices résultant de leur accès restreint aux facilités de circulation.
161. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de XXXX et souhaite soumettre à son appréciation.

Jacques TOUBON