

Le Défenseur des droits
Mission lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité

Décision - n°LCD-2011-28

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 la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur _____ qui s'estime victime d'une discrimination en raison de son activité syndicale, le Défenseur des droits présente les observations suivantes devant le Conseil de prud'hommes de _____

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

**Observations devant le Conseil de prud'hommes de _____, présentées dans le cadre
de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 30 octobre 2008 d'une réclamation de Monsieur _____ qui s'estime victime d'une discrimination en raison de ses activités syndicales.
2. Par jugement prononcé le 15 février 2011, le Conseil de prud'hommes de _____ condamne la société _____ à verser à Monsieur _____ des indemnités de congés payés et à lui attribuer des jours de RTT. Le Conseil de prud'hommes sursoit à statuer sur ses demandes relatives à la discrimination syndicale et invite le Défenseur des droits à présenter ses observations à l'audience de départage, initialement fixée au 21 juin 2011, puis reportée au 8 novembre 2011.
3. Conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, les procédures ouvertes par la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité se poursuivent devant le Défenseur des droits.
4. Monsieur _____ a été embauché le 12 juin 1989 en CDI par la société _____ filiale de la _____, en qualité d'ingénieur informaticien (niveau bac + 5) et avec une rémunération à hauteur de 2 700 € mensuels.
5. La société _____ (ensuite dénommée _____) est une société de services en ingénierie informatique (SSII) qui intervient, en tant que prestataire et dans le cadre d'un contrat pluriannuel à base forfaitaire, pour gérer le système informatique d'une entreprise cliente (à savoir, la maintenance du parc, la gestion de projets, la sécurité informatique et les formations des salariés du client).
6. Monsieur _____ est élu membre du Comité d'Entreprise et Délégué du Personnel en 1994. Puis, sans interruption et jusqu'à ce jour, il exerce plusieurs mandats de représentant du personnel, en tant qu'élu (Délégué du Personnel, membre du Comité d'Entreprise, membre désigné du CHSCT) et en tant que représentant désigné (représentant syndical au CHSCT, délégué syndical CFTC et délégué syndical central CFTC).
7. Des attestations de salariés font état de son investissement dans l'exercice de ses mandats et de sa participation à des actions de contestation, parfois à des actions contentieuses. Monsieur _____ précise notamment : « début 2001, M. _____ a participé très activement avec moi à l'activité syndicale de rassemblement et de soutien des salariés, y compris dans des actions contre l'avis de la direction (...). En 2003, M. _____ était avec moi le fondateur de l'intersyndicale (...) ».
8. Entre 1989 et 2003, Monsieur _____ est affecté, en tant que Chef de projet, sur des missions de longue durée auprès du client principal de l'entreprise _____. Il exerce des fonctions d'encadrement, définit et coordonne l'évolution de plates-formes techniques, rédige des cahiers de charge et met en place des tableaux de bord d'indicateurs.
9. En juillet 2001, suite à un transfert d'activités, la société _____ devient filiale de _____ et une nouvelle équipe dirigeante se met en place (issue principalement de la société _____). A l'occasion de cette restructuration, source de tensions sociales, Monsieur _____ joue un rôle actif dans la défense des intérêts des salariés.
10. Selon le réclamant, l'arrivée de la nouvelle direction en 2001 marque le début des difficultés relationnelles entre la Direction de la société _____ et les institutions représentatives du personnel.

11. Monsieur _____ fait l'objet de l'engagement de deux procédures de licenciement en 2003 et 2004. La première, en mars 2003, n'a pas abouti, la direction ayant renoncé suite aux réactions de ses collègues. La deuxième procédure a donné lieu, en date du 14 juin 2004, à une décision de refus de licenciement par l'inspecteur du travail, qui a considéré que la procédure menée à l'encontre de Monsieur _____ était directement liée à l'exercice de ses mandats.
12. A partir de 2004, alors que le contrat « _____ » sur lequel il était missionné depuis 1998 arrive à échéance, la situation professionnelle de Monsieur _____ commence concrètement à se dégrader ; ainsi, il estime que l'année 2004 marque le début d'un blocage de carrière, d'une faible progression de rémunération, d'une sous-charge de travail chronique et d'une privation de formations.
13. A partir du mois de janvier 2004, Monsieur _____ est placé en « intercontrat », pour 9 mois consécutifs. Les périodes dites « d'intercontrat », correspondent au laps de temps entre la fin d'une mission auprès d'une entreprise cliente et l'affectation par l'employeur sur un nouveau contrat. De janvier 2004 à avril 2011, Monsieur _____ se retrouve en attente de mission pendant 69 mois (sur 88 mois en tout).
14. Dans ses entretiens annuels de performance et de développement individuel (EPDI) de 2008 à 2010, Monsieur _____ alerte sa hiérarchie sur sa situation et demande un poste correspondant à son profil. Il mentionne notamment en 2010 : « *Cela fait maintenant plus de 5 ans que je suis Ingénieur Principal position 3.1 _____ je n'ai aucune évolution de carrière, aucune évolution de salaire ; de plus je me trouve en intercontrat depuis plus de deux ans. Je supporte très mal cette situation de privation d'activité* ».
15. Malgré la réitération de ses demandes, la hiérarchie n'apporte aucune réponse au réclamant.
16. Les conditions de travail de Monsieur _____ en particulier les périodes d'inactivité, entraînent une dégradation de son état de santé, avec la multiplication d'arrêts maladie pour syndrome dépressif à partir de 2008, alors qu'il ne s'était jamais arrêté depuis son embauche (soit pendant plus de 20 ans). Un avis du médecin du travail daté du 23 novembre 2010 mentionne : « *à l'occasion d'une visite de reprise à son travail, j'ai pu constater que l'état de psychologique de Monsieur _____ ne lui permet pas de reprendre une activité actuellement* ».
17. Les institutions représentatives du personnel alertent régulièrement la direction de la société _____ sur des pratiques qualifiées de discriminatoires en raison des mandats exercés par les salariés concernés.
18. Une lettre datée du 7 juillet 2009 et signée par 8 représentants du personnel (dont Monsieur _____, interpelle la Direction en la personne de Madame _____ (DRH) sur le « *constat de la politique de discrimination et des actes de harcèlement au sein de _____ à l'encontre des représentants du personnel* ». Cette lettre dénonce précisément « *une mise à l'écart (...) avec de longues périodes d'intercontrat* », et « *une absence d'évolution de carrière avec blocage systématique* ».
19. Dans une lettre en date du 30 novembre 2010 adressée à Monsieur _____, Directeur Général de _____, Monsieur _____ demande, au nom des délégués du personnel, de traiter en réunions de DP le problème des « *atteintes répétées à des représentants du personnel en raison de leur mandat* », en dénonçant des situations concrètes d'élus mis à l'écart, dont celle de Monsieur _____ : « *privé de ses attributions contractuelles depuis trois ans* ».

20. Lors de la réunion des délégués du personnel du 17 septembre 2010, les élus interpellent l'employeur sur des pratiques qu'ils estiment discriminatoires, en particulier la privation d'activités et la mise à l'écart que subiraient les représentants du personnel. La direction réfute les éléments présentés par les délégués du personnel et répond que « *cette question n'est pas une réclamation au sens de l'article L 2313-1 du code du travail (...). Il s'agit juste d'un rappel des articles du code pénal en matière de discrimination* ».
21. Par ailleurs, le Défenseur des droits a eu connaissance de onze procédures contentieuses menées à l'encontre de la société _____ par des représentants du personnel s'estimant victimes de discrimination en raison de leurs mandats (ANNEXE 6). De plus, Messieurs _____ et _____ représentants du personnel, ont saisi, respectivement en date du 20 janvier 2010 et du 12 mars 2010, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité d'une réclamation relative à un retard de carrière et une perte de salaire liés à leurs activités syndicales.
22. Par un courrier d'instruction daté du 3 décembre 2009, la haute autorité a interrogé la société _____ sur la situation professionnelle de Monsieur _____. Il était en particulier demandé au mis en cause d'établir un panel de salariés embauchés dans les mêmes conditions que le réclamant.
23. Après une première réponse incomplète datée du 8 janvier 2010 et plusieurs échanges de courriers électroniques, une mise en demeure a été notifiée au mis en cause en date du 22 mars 2011 afin qu'il communique à la haute autorité les éléments nécessaires pour la constitution du panel de comparaison.
24. En réponse, Madame _____, Directrice de la société _____, a adressé à la haute autorité un courrier daté du 5 avril 2011, complété le 11 avril 2011 par l'envoi d'un courrier électronique contenant les informations relatives au panel de comparaison.
25. Au vu des observations et des pièces communiquées par la société _____, le Défenseur des droits a considéré qu'il existait des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination et a notifié au mis en cause un courrier de notification de charges en date du 10 juin 2011, auquel la société _____ a répondu par courrier daté du 1^{er} août 2011.
26. Selon le principe général de non discrimination prévu par l'article L 1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification ou de promotion professionnelle en raison, notamment, de ses activités syndicales.
27. L'article L 2141-5 du code du travail, visant la discrimination syndicale, prévoit qu'il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière, notamment, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement et de rémunération.
28. L'article L 1134-1 du même code aménage la charge de la preuve en prévoyant qu'il incombe à l'employeur de prouver que les faits qui laissent présumer l'existence d'une discrimination sont justifiés par des éléments objectifs étrangers aux activités syndicales du salarié.
29. En matière d'appréciation du préjudice, l'article L 1134-5 du code du travail précise que les dommages et intérêts accordés au salarié doivent réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination, et ce, pendant toute sa durée. Selon la Cour de cassation, le juge peut apprécier le préjudice sur toute la durée de la discrimination subie, y compris pendant la période antérieure aux 5 années correspondant au délai de prescription. (Cass. soc., 4 févr. 2009, n°07-42.697)

Sur l'évolution salariale de M.

30. L'enquête sur l'évolution salariale de Monsieur _____ a donné lieu à la mise en œuvre par le Défenseur des droits d'une méthode consistant à comparer la situation de ce dernier avec celle d'un panel de salariés référents, qui ont été embauchés par la société _____, dans des conditions similaires ; il s'agit précisément de salariés qui appartiennent à la même catégorie professionnelle que le réclamant, ont un âge, une ancienneté et un niveau de formation comparables et travaillent dans le même bassin d'emploi. Cette méthode correspond à celle retenue par la Cour de cassation en matière de discrimination syndicale (Cass. crim., 9 novembre 2004, n°04-81397).
31. Un premier examen du panel constitué par la société _____ permet de constater que la majorité des 15 salariés référents ont un profil trop éloigné de celui du réclamant pour pouvoir effectuer une comparaison pertinente en matière de salaires. En effet, sur les 15 référents choisis par la société _____, 12 relèvent, au moment de leur embauche, d'une qualification inférieure à celle de Monsieur _____ avec des diplômes de niveau bac+2 (analystes, analystes programmeurs et concepteur).
32. Seuls 3 ingénieurs, à savoir Madame _____, Monsieur _____ et Monsieur _____ ont un niveau d'études similaire à celui de Monsieur _____ (bac+5). Enfin, Monsieur _____ a été écarté de l'analyse du panel car il a été embauché à un niveau d'ingénieur débutant, avec un salaire très en-deçà de celui de ses collègues.
33. Au final, le nombre de salariés dont la situation est a pu être comparée à celle de Monsieur _____ est limité, mais il s'agit des salariés choisis par la société _____, auxquels ont été appliqués les critères définis par la Cour de cassation et rappelés ci-dessus. La société _____ justifie le faible nombre de salariés référents par le fait que le réclamant a été embauché il y a plus de vingt ans par la société _____ qui, sur 250 salariés, comptait très peu d'ingénieurs informaticiens.
34. L'analyse de l'évolution salariale de Madame _____ et de Monsieur _____ comparativement à celle de Monsieur _____, démontre que le salaire de ce dernier évolue plus lentement que celui de ces deux collègues : alors qu'il était en 1998 significativement supérieur au salaire moyen des deux référents (de plus de 18%), il est, en 2010, inférieur de presque 3% (ANNEXE 1).
35. A titre d'illustration, Madame (_____, qui a le même âge que Monsieur _____ et qui est embauchée en 1989, trois mois après lui, avec un salaire inférieur de 6 000 € annuels, bénéficie en 2010 d'une rémunération supérieure à celle de Monsieur _____ de 4 000 € annuels.
36. Enfin, dans le but d'élargir le panel de comparaison, a été mise en œuvre une deuxième méthode d'analyse qui consiste à comparer l'évolution (en pourcentage) du salaire de Monsieur _____ avec celle de l'ensemble des salariés du panel (soit 15 personnes), quel que soit leur profil. Cette méthode, qui s'appuie sur la progression de la rémunération et non sur le montant du salaire, permet de prendre en compte les salariés qui n'appartiennent pas forcément à la même catégorie professionnelle que le réclamant et qui ont un niveau de rémunération différent à l'embauche.
37. Il ressort de cette analyse que Monsieur _____, bien qu'étant un des plus anciens salariés, fait partie de ceux qui ont la plus faible progression salariale annuelle moyenne depuis l'embauche (ANNEXE 2).

38. Dans son courrier du 1^{er} août 2011, le mis en cause conteste ces conclusions, au motif que les salariés référents « *n'exercent pas le même emploi que Monsieur* ». Néanmoins, il ne fournit aucune information sur la nature des emplois des salariés concernés, qui permettrait de justifier en quoi ils diffèrent de celui du réclamant, alors que Madame 1 et Monsieur ont été embauchés, comme Monsieur, en tant d'ingénieurs.
39. De plus, l'emploi occupé au moment où une situation de discrimination est dénoncée n'est pas un critère pertinent pour sélectionner les salariés qui seront comparés, ou non, au réclamant ; il convient en effet de s'attacher aux personnes qui, au moment de leur embauche, sont dans une situation comparable à celle de Monsieur (ce qui est le cas de Madame et de Monsieur).
40. Enfin, il a été demandé au cours de l'enquête à la société de fournir des informations sur une liste de salariés désignés par le réclamant lui-même. La société ayant indiqué, dans sa réponse du 8 janvier 2010, que ces derniers ne pouvaient être comparés à Monsieur car ils ont des fonctions et des qualifications différentes, il a été décidé, malgré l'absence de justification sur cette affirmation, d'écarter ce panel de l'analyse.
41. Toujours en matière de rémunération et outre l'analyse des panels de comparaison, les P.V. de désaccord issus des négociations salariales annuelles permettent d'établir que, entre 2004 et 2010 et toutes catégories professionnelles confondues, l'augmentation salariale cumulée s'élève à 11,29 %. Sur la même période, Monsieur n'a été augmenté que de 5,07 %¹ (soit 2 fois moins que l'augmentation générale) (ANNEXE 3).
42. Par ailleurs, le document communiqué par le mis en cause et intitulé « Salaires moyens par catégorie - Juillet 2009 (région parisienne) », permet de constater que le salaire de Monsieur (4 250 €) se situe bien en-deçà du salaire moyen des salariés masculins de sa catégorie (4 892 €) (ANNEXE 4). Or, Monsieur, qui a 20 ans d'ancienneté en 2009, est plus âgé (51 ans) que la moyenne des ingénieurs principaux masculins (45,5 ans).
43. La société fait valoir dans son courrier du 8 janvier 2010 que Monsieur fait partie des sept ingénieurs principaux de l'entreprise qui occupent l'emploi « *d'Administrateur Infrastructure Senior* » et qu'il perçoit la rémunération brute annuelle la plus élevée de cette catégorie d'emploi.
44. Or, l'intitulé « Administrateur infrastructure Senior » ne correspond à aucune classification conventionnelle ; de plus, il n'est donnée aucune information sur les six autres personnes concernées, pour lesquelles il n'est pas établi qu'elles seraient dans une situation comparable à celle de Monsieur.
45. De plus, il n'a pas été évoqué au cours de l'enquête une quelconque insuffisance professionnelle de la part Monsieur, qui n'a jamais fait l'objet au cours de sa carrière de remarques ou d'avertissements sur la qualité de son travail.
46. Selon la jurisprudence, une disparité de rémunérations au désavantage d'un représentant du personnel, par comparaison avec deux autres salariés de même ancienneté et même niveau professionnel, constitue, en l'absence de justification de l'employeur, une discrimination syndicale (Cass. soc., 4 juill. 2000 n° 97-44846). Le juge a également précisé que l'exercice de mandats représentatifs ne doit avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération d'un représentant du personnel, même lorsqu'une partie de son salaire dépend de la réalisation d'objectifs quantitatifs (Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354) et y compris lorsque son activité

¹ Ne sont pas repris dans ce calcul les augmentations de 2,50 % en 2006 et de 4,30% en 2007, dans la mesure où elles sont liées à une harmonisation de statuts « » et ne correspondent pas à des augmentations individuelles.

professionnelle se trouve quasiment suspendue du fait d'un cumul de mandats représentatifs (Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-42.252).

47. La société n'apporte aucune justification à l'évolution salariale défavorable de Monsieur et au fait qu'il se situe dans les rémunérations les plus basses de sa catégorie professionnelle.

Sur les affectations de Monsieur C

48. A partir de l'année 2004, qui correspond à la fin du projet « » sur lequel Monsieur travaillait depuis 1998, l'enquête a mis en évidence que les missions qui lui sont proposées relèvent d'un niveau de compétences et de responsabilités inférieur aux postes qu'il occupait jusqu'alors.
49. Le C.V. de Monsieur révèle que, à partir de 2004, il est affecté sur des missions plus courtes et à moindre responsabilités : alors qu'entre 1989 et 2004, il est Chef de projet ou Responsable de production pour trois prestations auprès de qui ont duré entre 4,5 et 7 ans chacune, il occupe par la suite des postes moins stables (de 2 mois à 1,5 ans) qui ne comportent plus de fonctions d'encadrement.
50. Au mois de septembre 2007, le réclamant est retiré de la mission de tierce maintenance applicative (TMA) du projet « Web Edi », qu'il suivait depuis un an. Sa hiérarchie justifie cette décision par l'arrêt du contrat « Web Edi », ce que conteste Monsieur selon lequel ce projet s'est encore poursuivi pendant un an.
51. En juin et en juillet 2008, Monsieur se voit proposer un poste de pilotage et de gestion de plates-formes, qui relève d'une qualification 2.1 (soit 3 échelons en-dessous de celui de Monsieur), et un poste d'ingénieur de production pour le compte de qui relève d'une qualification 2.2 (2 échelons en-dessous de celui de Monsieur).
52. L'attestation rédigée le 5 juin 2009 par Monsieur, Ingénieur et délégué du personnel, corrobore le retrait de responsabilités dont Monsieur fait l'objet, ainsi que son éviction injustifiée du projet « Web Edi » en septembre 2007 : *« puis (à partir de 2004), progressivement, les managers de l'entreprise ont décidé (...) qu'il ne managerait plus, tout en lui confiant des tâches subalternes et de plus en plus petites, que ce soit à l'extérieur ou en interne » ; « malgré les motifs de réduction de l'équipe (...) indiqués par l'employeur pour justifier la sortie de M. du projet Web Edi, il n'en a rien été car son travail a été immédiatement repris par un autre salarié de l'entreprise ».*
53. Les informations données par la société concernant les activités de Monsieur se résument à une liste de cinq missions entre 1997 et 2010, sans aucune précision sur la nature des tâches correspondantes, ni sur le niveau de responsabilités. Interrogé sur les affectations du réclamant dans le courrier de notification de charges, le mis en cause n'apporte aucun élément complémentaire.
54. Il convient en dernier lieu de noter que l'absence d'entretien annuel d'évaluation et de performances (EPDI) pour Monsieur de 2003 à 2006 peut lui être préjudiciable, dans la mesure où son activité n'a pu être valorisée et où il n'a pas pu exprimer officiellement les difficultés qu'il ressentait dans son travail. La Cour de cassation a décidé qu'un représentant du personnel qui n'a pas bénéficié de bilans professionnels périodiques prévus par un accord collectif avait fait l'objet d'une discrimination syndicale dans l'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 4 juill. 2000 n° 97-44846).

Sur le retrait des activités de Monsieur

55. Les périodes d'intercontrat imposées à Monsieur _____ sont particulièrement révélatrices de la baisse significative de son niveau d'activité.
56. La pratique des intercontrats dans les Sociétés de Service en Ingénierie Informatique (SSII) n'est pas encadrée juridiquement, ni par la loi, ni par les textes conventionnels. En situation d'intercontrat, l'employé est en attente d'affectation et n'a plus d'activité, mais fait toujours partie des effectifs de l'entreprise et continue d'être rémunéré.
57. Les SSII ont pour pratique courante de mettre à profit les périodes d'intercontrat pour faire suivre des formations à leurs informaticiens ou pour développer des projets internes à l'entreprise. A cet effet, la convention collective applicable au personnel des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987, prévoit que les salariés en intercontrat sont prioritaires pour bénéficier d'un bilan de compétences (article 1.2) ou d'une période de professionnalisation (article 3.2).
58. Concernant plus spécifiquement la société _____ un charte interne traite de « *la gestion des collaborateurs en attente d'affectation* » et prévoit que l'entreprise s'engage à mettre en œuvre diverses mesures afin de limiter les périodes d'intercontrat, dont l'organisation de réunions hebdomadaire « des intercontrats » destinées aux salariés en intercontrat depuis plus de deux mois.
59. Selon les chiffres fournis par la société _____ sur la période de 2004 à 2010, Monsieur _____ a été placé en attente d'affectation pendant 905,9 jours (calcul en jours ouvrés), soit 58% de son temps de travail². Or, Monsieur _____ n'avait jamais connu de périodes d'intercontrat entre 1989 et 2004.
60. Les comptes-rendus d'entretien de performance et de développement individuel de Monsieur _____ sont particulièrement symptomatiques du manque d'activité qu'il subit. Dans la rubrique des EPDI intitulée « *missions remplies depuis un an* », il est noté en 2009 et en 2010 « *aucune mission* » ; la rubrique des « objectifs » démontre qu'il est demandé à Monsieur _____ de trouver lui-même ses missions (« *trouver une mission de responsable de production* » ou « *trouver une mission d'Account Manager* »).
61. En date du 25 novembre 2010, Monsieur _____ envoie un courrier électronique à sa direction, avec copie aux délégués du personnel, dans lequel il se plaint de ne pas avoir été convoqué, ainsi que d'autres élus du personnel, à une réunion « des intercontrats ». La société _____ lui répond par courrier électronique du 29 novembre 2010 en lui précisant que tous les collaborateurs en intercontrat ne sont pas systématiquement invités à ces réunions, mais à tour de rôle.
62. Dans son courrier du 1^{er} août 2011, la société _____ affirme que Monsieur _____ a bénéficié de ces réunions « *sans la moindre différence de traitement* ». Néanmoins, il n'est fourni aucun document (courrier électronique, invitation, comptes-rendus de réunions, attestation...) de nature à justifier que le réclamant est invité aux réunions « des intercontrats ».
63. Le niveau d'activité de Monsieur _____ a pu être comparé avec celui des salariés constituant le panel de comparaison en matière de salaires, pour lesquels il a été demandé à la société _____ de communiquer l'historique des périodes d'intercontrat entre 2004 et 2010.

² Calcul sur la base de 225 jours ouvrés par an : 365 jours calendaires – 104 jours non ouvrés – 25 jours de congés payés ouvrés - 11 jours fériés

64. Il résulte de l'analyse de ces données que le nombre de jours d'intercontrat, sur la période de janvier 2004 à décembre 2010, s'élève à 182 jours en moyenne par salarié, soit bien en-deçà des 905,9 jours d'intercontrat pour Monsieur [redacted] sur la même période (ANNEXE 5).
65. Il est remarquable que les trois salariés qui, après Monsieur [redacted], se retrouvent le plus souvent en intercontrat sont des représentants du personnel. Il s'agit de Monsieur [redacted], Délégué Syndical central, avec 793 jours sur la période 2004-2010, Monsieur [redacted], Délégué du Personnel, avec 448,5 jours, et Monsieur [redacted], Délégué du Personnel, avec 238 jours.
66. Selon la société [redacted] l'analyse des périodes d'intercontrat effectuée par le Défenseur des droits ne serait pas valable car certaines personnes comparées auraient un « métier » différent de celui du réclamant et ne seraient « *par définition, jamais soumises à des périodes d'intercontrat* ».
67. Or, les salariés pris en compte ont tous connu au moins une période d'intercontrat entre 2004 et 2010 et la société [redacted] précise dans son courrier du 5 avril 2011 que « *concernant les personnes visées dans les tableaux demandés, toutes sont susceptibles de connaître de telles périodes (d'intercontrat), à l'exception de M. [redacted] (qui a effectivement été écarté).*
68. Interpellée sur le fait que, selon les mentions du registre unique du personnel, six ingénieurs principaux 3.1 avaient été embauchés en décembre 2010 et en mars 2011, la société [redacted] fait valoir qu'elle est effectivement « *dans une phase de recrutements intense* », mais que « *les postes actuellement recherchés ne correspondent pas à l'emploi exercé par Monsieur [redacted]. Elle n'apporte cependant aucune information sur la nature de ces postes, ni en quoi ils ne correspondraient pas au profil du réclamant.*
69. De plus, dans un courrier électronique en date du 5 juillet 2010, la direction de [redacted] appelle ses collaborateurs à la cooptation et annonce le recrutement de 670 cadres sur des postes dont certains correspondent au profil de Monsieur [redacted] à savoir « Directeur de projet », « Directeur de production », « [redacted] » et « Account Manager ».
70. Malgré les écrits répétés de Monsieur [redacted] à son employeur demandant que soit mis fin à ces périodes d'inactivité, il ressort de l'enquête qu'aucune mesure n'a été prise pour lui attribuer des missions en adéquation avec ses compétences, alors que des postes correspondant à son profil semblent disponibles.
71. Le fait que Monsieur [redacted] subisse des périodes d'intercontrat significativement plus longues que ses collègues, sans qu'aucun élément objectif ne vienne justifier cette situation, est de nature à caractériser une discrimination. Selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, le délit de discrimination syndicale est constitué lorsque la majorité des représentants syndicaux ont été mis en situation d'intercontrat sur une période anormalement longue et supérieure à la moyenne (Cass crim, 17 mars 2009, n°08-84518). De même, la Cour d'Appel de Paris a reconnu qu'une période d'intercontrat importante et l'absence de missions du fait de l'employeur caractérisent une situation de discrimination et de harcèlement moral (C.A. de Paris, 9 décembre 2008, n°2008-376178).

Sur les formations suivies par Monsieur [redacted]

72. Sur la période 2004 - 2010, Monsieur [redacted], n'a bénéficié que de 2 jours de formation en 2004 et de 3 jours en 2008, alors qu'il se retrouve fréquemment en attente d'affectation, donc disponible.

73. Le mis en cause fait valoir que Monsieur _____ a bénéficié de 27,5 jours de formation en 2005 et en 2006, ce que conteste le réclamant pour lequel ces journées correspondent à un accès informatique à la bibliothèque technique de l'entreprise (formation « E-learning »). Interrogé sur ce point, le mis en cause précise dans son courrier du 1^{er} août 2011 que « Monsieur _____ n'a pas eu de formation E-learning chez _____ ». Or, les comptes-rendus d'activité de l'intéressé des mois d'octobre 2005, novembre 2005 et janvier 2006, mentionnent 24,5 journées de « formation E-learning (_____) ».
74. Il apparaît dans ses entretiens annuels d'évaluation et de performances de 2009 et de 2010, que le réclamant a demandé une formation en 2009 et trois en 2010.
75. La société _____ avance que Monsieur _____ « refuse catégoriquement toute formation technique proposée, et ce depuis plusieurs années », mais n'apporte aucun élément permettant de justifier cette allégation.
76. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Considère que Monsieur _____, a fait l'objet d'un traitement défavorable en matière d'évolution salariale, d'affectation, de charge de travail et de formation, en violation des articles L 1132-1 et L 2141-5 du code du travail ;
 - Considère que la société _____ n'apporte pas la preuve, qui lui incombe conformément à l'article L 1134-1 du code du travail, que cette situation est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
 - Présente ses observations devant le Conseil de prud'hommes de _____