

Paris, le 26 juin 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017- 179

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 le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à des faits qu'il estime constitutifs de discrimination liée à ses activités syndicales et/ou à son état de santé ;

Constate que Monsieur X fournit suffisamment d'éléments permettant de supposer qu'il a fait l'objet d'une évolution de carrière et de salaire défavorable en lien avec ses activités syndicales ;

Constate que la société Y mise en cause n'apporte pas la preuve que la situation dénoncée par Monsieur X est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec ses activités syndicales ;

Recommande à la société Y mise en cause de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente.

Jacques TOUBON

**Recommandation dans le cadre de l'article 25 - Observations dans le cadre de l'article 33
de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits**

SAISINE & ENQUÊTE :

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à des faits qu'il estime constitutifs de discrimination liée à ses activités syndicales et/ou à son état de santé.
2. Au vu des éléments communiqués par le réclamant, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
3. Il a ainsi sollicité de la société Y mise en cause, par courrier du 3 mai 2016, ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
4. La société y a répondu par courrier du 16 septembre 2016.
5. Au regard des éléments ainsi rassemblés, le Défenseur des droits a adressé à la société mise en cause, le 30 janvier 2017, une note récapitulant les éléments de fait et de droit qui permettraient de retenir l'existence d'une discrimination à l'encontre de Monsieur X.
6. La société s'est gardée d'y répondre.
7. Ainsi, les éléments retenus par le Défenseur des droits dans la présente décision sont ceux qui ont été présentés à la société dans la note récapitulative du 30 janvier 2017.

RAPPEL DES FAITS :

8. Monsieur X a été engagé par la société Y à compter du 1^{er} août 1987 en qualité de cuisinier, niveau IIIA, statut employé.
9. Il est promu cuisinier gestionnaire, au statut agent de maîtrise, en décembre 2000, puis gérant adjoint à compter du 1^{er} septembre 2005.
10. En 1999, date de son premier mandat syndical, Monsieur X perçoit un salaire de base de 7 077 francs pour 120 heures de travail, soit, pour un équivalent temps plein, un salaire de 1.363,62 euros.
11. A compter de 2009, il dénonce subir une discrimination salariale liée à ses activités syndicales et sollicite des rappels de primes et des rattrapages de salaire.
12. En 2009 et 2010, Monsieur X bénéficie de plusieurs augmentations individuelles.
13. En 2011, il change d'établissement et bénéficie d'une nouvelle augmentation individuelle. Ainsi, en août 2011, son salaire équivaut, en temps plein, à 1.952,36 euros bruts par mois.
14. A compter du 9 novembre 2011, une nouvelle classification conventionnelle est mise en place au sein de l'entreprise. Le niveau 4, auquel Monsieur X était intégré, est supprimé, et Monsieur X accède au niveau VI de la nouvelle classification.
15. Fin 2015, il exerce les fonctions de gérant adjoint à temps partiel à raison de 116,62 heures par mois - soit 76,9% d'un temps plein, échelon VI, statut agent de maîtrise.

16. Par avis des 7 et 22 mai 2015, le médecin du travail déclare Monsieur X « *inapte au poste ; le salarié pourrait effectuer une activité sociale et juridique à temps très partiel* ».
17. Le 2 juin 2015, il se voit proposer un poste d'Assistant de développement commercial à temps plein, basé à Toulouse, poste estimé incompatible avec l'état de santé du réclamant par le médecin du travail.
18. Le 21 décembre 2015, Monsieur X reçoit une seconde proposition de reclassement visant un poste d'assistant administratif basé à Châtillon, à raison de 3 heures par semaine. Le réclamant refuse cette proposition par courrier du 21 janvier 2016.
19. Après autorisation donnée par l'Inspection du travail le 25 janvier 2016, Monsieur X se voit notifier son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement par courrier du 1^{er} février 2016.
20. En dernier lieu, Monsieur X percevait un salaire de base de 1.625,69 euros pour 116,22 heures de travail par mois, soit 2.114,28 euros en équivalent temps plein, auquel venaient s'ajouter une prime d'ancienneté de 81,28 euros, une prime d'activité minimum de 48,44 euros et une prime de service minimum de 19,97 euros, ce qui faisait au total un salaire mensuel de 1.775,38 euros bruts.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

➤ **Sur le principe général de non-discrimination :**

21. L'article L. 1132-1 du code du travail prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison notamment de ses activités syndicales et de son état de santé.
22. L'article L. 1132-1 susvisé renvoie également à la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations qui prévoit, dans son article 1^{er}, que tout agissement subi par une personne sur le fondement d'un critère prohibé et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue une discrimination.
23. L'article L. 1132-4 du code du travail prévoit que tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul.
24. Par ailleurs, l'article L. 1134-1 dudit code définit le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

➤ **S'agissant de l'allégation de discrimination liée à l'état de santé :**

25. Le Défenseur des droits a estimé que les éléments communiqués par Monsieur X laissaient supposer l'existence d'une discrimination en lien avec son état de santé dans le cadre de son licenciement, en ce qu'ils révélaient, de prime abord, une absence de sérieux et de sincérité de la société dans ses recherches de reclassement.

26. Interrogée à ce titre par le Défenseur des droits, la société l'a informé que l'Inspecteur du travail avait autorisé le licenciement de Monsieur X après enquête contradictoire, en constatant « *que l'entreprise a satisfait à son obligation de reclassement* », et que Monsieur X n'avait pas contesté cette décision.
27. Aussi, le Défenseur des droits a pris acte, dès sa note récapitulative en date du 30 janvier 2017, de la décision de l'Inspection du travail et des documents la justifiant pour écarter une éventuelle discrimination de Monsieur X en raison de son état de santé.

➤ **S'agissant de la discrimination liée aux activités syndicales dans l'évolution de carrière :**

28. L'article L. 2141-5 du code du travail, spécifique à 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 recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.
29. Une différence de traitement dans le déroulement de la carrière et la rémunération peut être établie sur la base d'une comparaison entre le salarié qui allègue la discrimination et un groupe de salariés comparables, appelé panel de référence.
30. La Cour de cassation a défini les critères de comparabilité des salariés. Ainsi, sont comparables les salariés toujours en poste dans l'entreprise, et qui ont été engagés au même niveau, au même coefficient, dans la même filière professionnelle et à une date proche¹.
31. Par un arrêt du 8 décembre 2009, la Cour de cassation a considéré qu'une cour d'appel, ayant constaté qu'un salarié avait connu une évolution de carrière moins favorable que celle d'autres salariés de l'entreprise se trouvant dans une situation comparable et retenu que l'employeur ne justifiait pas cette différence de traitement par des raisons objectives étrangères à toute discrimination, a caractérisé une discrimination liée au mandat représentatif de l'intéressé².

➤ **S'agissant du principe de réparation intégrale du préjudice en matière de discrimination :**

32. Le dernier alinéa de l'article L.1134-5 du code du travail dispose que « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».
33. Conformément à cette disposition, la réparation du préjudice subi par le salarié du fait de la discrimination 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* »³. Selon la Cour de cassation, cette réparation peut même consister en un reclassement professionnel du salarié⁴.

¹ Cass. soc., 5 mai 2011, n°09-43175 et 24 octobre 2012, n°11-12295 ;

² Cass. soc., 8 décembre 2009, n°08-44003 ;

³ Cass. Soc., 23 novembre 2005, n°03-40.826 ;

⁴ Cass. Soc., 23 novembre 2005, préc. ; Cass. Soc., 29 janvier 2008, n°06-42.066 ; Cass. Soc., 19 janvier 2011, n°09-70.076 ;

34. La Cour de cassation a également précisé que si la prescription interdit la prise en compte de faits de discrimination couverts par elle, elle n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplômes et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fût-elle antérieure à la période non prescrite⁵.
35. Ainsi, les juridictions nationales condamnent-elles régulièrement des sociétés à verser des dommages et intérêts en réparation de discriminations subies dans l'évolution de carrière de salariés dont le point de départ est très ancien, au visa des articles L.1132-1 et suivants du code du travail. 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 euros⁶ ;
 - un arrêt de la Cour de Cassation du 4 mars 2015, concernant une discrimination en raison du sexe subie depuis 1979⁷ ;
 - un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2011, concernant une discrimination en raison du handicap ou de l'origine étrangère alléguée par un salarié recruté le 27 avril 1982⁸.

➤ **S'agissant de la situation de Monsieur X :**

36. En l'espèce, il apparaît que Monsieur X fournit un certain nombre d'éléments permettant de supposer qu'il a fait l'objet d'une évolution salariale discriminatoire en lien avec ses activités syndicales.
37. Monsieur X est délégué syndical depuis mai 1999. En 2015, il détient les mandats de délégué du personnel, de représentant syndical au comité d'entreprise⁹, et de conseiller du salarié.
38. Il dénonce auprès de son employeur depuis l'année 2009 une discrimination salariale entre les différents délégués syndicaux, notamment entre le collègue « employé » et le collègue « agent de maîtrise ».
39. Entre janvier 2009 et octobre 2010, son salaire est réévalué à 6 reprises pour passer de 1268,14 à 1501,18 euros (soit 1952,36 euros en équivalent temps plein), ce qui tend à démontrer une reconnaissance, par la direction de l'époque, du traitement défavorable dont il faisait l'objet jusqu'alors.
40. Néanmoins, Monsieur X indique que malgré ces réévaluations, son salaire serait toujours en dessous de la moyenne des agents de maîtrise de son niveau¹⁰.

⁵ Cass. Soc., 4 février 2009, n°07-42697 ;

⁶ Cass., soc., 7 février 2012, n°10-19505 ;

⁷ Cass., soc., 4 mars 2015, n°13-20263 et 13-20691 – Dans cette affaire, voir la décision du Défenseur des droits LCD-2011-52 du 28 octobre 2011 relative à une différence de traitement dans l'évolution de carrière et la rémunération liée au sexe ;

⁸ Cass., soc., 25 janvier 2011, n°09-40217 – dans cette affaire, voir également l'Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juin 2012, RG n°11/01678 ;

⁹ Jusqu'au 30 octobre 2015 ;

¹⁰ Niveau 4A, puis niveau VI à compter de la convention de novembre 2011 ;

41. C'est ainsi que le 1^{er} août 2011, il a saisi le Conseil de prud'hommes de Z afin de solliciter le versement de rappels de salaires depuis le mois de juillet 2006 et de dénoncer la discrimination salariale subie. L'affaire ayant fait l'objet de nombreux renvois, puis d'une radiation, Monsieur X entend la faire réintroduire au rôle.
42. Au soutien de sa demande, il fournit un grand nombre de courriers adressés à son employeur, par lesquels il se plaint, à plusieurs reprises, de ne pas avoir eu d'entretien individuel et de ne pas avoir perçu ses parts variables. A ce titre, il demande à plusieurs reprises de connaître le mode de calcul et de versement de ces parts variables, en vain. Monsieur X sollicite également à plusieurs reprises un passage à temps plein qui lui est refusé.
43. L'Inspection du travail et le syndicat A sont intervenus à plusieurs reprises auprès de la société.
44. Le 9 août 2014, Madame B, déléguée du personnel, exerce un droit d'alerte relatif à l'attribution de la part variable aux collaborateurs n'ayant pas de feuille d'objectif ni d'entretien annuel, et les écarts de salaire entre différents agents de maîtrise. La suite donnée à cette alerte sera estimée insatisfaisante par les salariés.
45. Au regard de ces éléments, le Défenseur des droits estime que Monsieur X apporte suffisamment d'éléments laissant supposer qu'il a fait l'objet d'une discrimination salariale et d'une évolution de carrière défavorable qui pourraient être liées à ses activités syndicales.
46. C'est ainsi que le Défenseur des droits a demandé à la société Y, par courrier du 3 mai 2016, de justifier la situation dénoncée par Monsieur X par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, comme l'y oblige l'article L.1134-1 du code du travail.
47. Afin de procéder à la comparaison de la situation de Monsieur X avec celle de collègues placés dans une situation comparable au sens de la Cour de cassation, le Défenseur des droits a demandé à la société mise en cause de lui transmettre un certain nombre d'informations relatives à l'ensemble des « *salariés de la société au 31 décembre 2015, qui ont été engagés dans des conditions identiques de diplômes, de qualification et à une date voisine de Monsieur X (années 1985 à 1989)* ».
48. Dans son courrier en réponse, la société mise en cause a contesté l'existence de la discrimination salariale alléguée par Monsieur X en faisant état des augmentations dont il a bénéficié, notamment après ses premiers mandats.
49. Or, Monsieur X estime que les augmentations dont il a bénéficié en 2009 et 2010 n'ont pas suffi à le rétablir au niveau de salaire auquel il prétendait.
50. En outre, si le traitement défavorable dénoncé débute, comme on peut le présumer, à la date des premiers mandats du réclamant, ce dernier aurait dû bénéficier non pas uniquement d'augmentations salariales mais également de dommages et intérêts en réparation du préjudice salarial subi pendant toute la période précédente.
51. En tout état de cause, le Défenseur des droits souligne que malgré sa demande, la société mise en cause n'a pas fourni les éléments permettant la comparaison de l'évolution salariale du réclamant à celles de salariés placés en situation comparable.
52. En lieu et place, la société décidait de fournir un tableau récapitulatif le salaire de base de l'ensemble des gérants adjoints de l'entreprise, afin que le Défenseur des droits puisse procéder à la comparaison des salaires perçus par des salariés occupant le même emploi que le réclamant.

53. Or, s'il ressort de ce tableau que le salaire de Monsieur X est proche de la moyenne des salaires perçus par les gérants adjoints, le Défenseur des droits souligne que ce panel, choisi et déterminé par l'employeur, ne permet pas de comparer la situation de Monsieur X avec celle de salariés ayant une situation comparable en terme d'ancienneté, de diplôme et de qualification à l'embauche.
54. Le Défenseur des droits constate également que la société mise en cause n'apporte aucun élément relatif à l'enquête interne réalisée à la suite de l'alerte lancée par Madame B, ni aucune explication et justification au sujet du versement des parts variables dans l'entreprise.
55. Il en résulte que la société Y mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe par application de l'article L.1134-1 du code du travail, que la situation dénoncée par Monsieur X est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en lien avec ses activités syndicales.
56. En conséquence, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Monsieur X fournit suffisamment d'éléments permettant de supposer qu'il a fait l'objet d'une évolution de carrière et de salaire défavorable en lien avec ses activités syndicales ;
 - Constate que la société Y mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe en vertu de l'article L.1134-1 du code du travail, que la situation dénoncée par Monsieur X est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
 - Considère dès lors que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination en lien avec ses activités syndicales affectant son évolution de carrière et de salaire ;
 - Recommande à la société Y mise en cause de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
 - A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente, sur le fondement de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON