

Paris, le 16 juillet 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-179

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 la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur X d'une réclamation relative à son licenciement qu'il estime discriminatoire en raison de ses activités syndicales et de sa participation à un mouvement de grève ;

Constatant que la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe par application de l'article L.1134-1 du code du travail, que le licenciement pour faute grave de Monsieur X constitue une mesure objective, nécessaire et proportionnée, dépourvue de tout lien avec ses activités syndicales et sa participation à un mouvement de grève ;

Constatant par conséquent que ce licenciement constitue une mesure discriminatoire en raison de ses activités syndicales et de sa participation à un mouvement de grève, en violation des articles L.1132-1 et suivants, L.2141-5 et L.2511-1 du code du travail, et qu'il encourt dès lors la nullité par application de l'article L.1132-4 du même code ;

Décide de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes de A.

Jacques TOUBON

**Observations devant le conseil de prud'hommes de A
dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à son licenciement qu'il estime discriminatoire en raison de ses activités syndicales et de sa participation à un mouvement de grève.

I. RAPPEL DES FAITS :

2. Monsieur X est recruté par la Société Y en qualité d'opérateur sécurité à compter du 27 mai 2003. Il est affecté à l'aéroport de B.
3. Par avenant du 13 mars 2015, son contrat de travail est transféré, à compter du 1^{er} avril 2015, à la Société Z dans le cadre de la reprise du marché de l'aéroport de B par cette dernière.
4. Ses missions consistent à effectuer des contrôles de sûreté visant à empêcher l'introduction à bord des aéronefs de toute personne ou matériel pouvant compromettre la sûreté des vols, dans le cadre de l'article L.6342-4 du code des transports.
5. Le travail de Monsieur X a toujours donné satisfaction à son employeur, il a toujours atteint ses objectifs à 100% et réussi l'ensemble des tests d'évaluation auxquels les agents de sûreté sont fréquemment soumis.
6. Par courrier recommandé en date du 4 mai 2015, il présente sa candidature en vue des prochaines élections des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).
7. Sa candidature est écartée pour avoir été réceptionnée le 15 mai, la date limite de réception des candidatures étant fixée au 11 mai.
8. Le 30 juillet 2015, il participe activement à une grève nationale des salariés de la société Z organisée par plusieurs syndicats.
9. Le 5 août 2015, il est convoqué et mis à pied à titre conservatoire, son employeur indiquant avoir constaté des manquements de sa part à la procédure de sécurité.
10. Le soir même, il adresse un courriel à Monsieur D, directeur de l'agence de B de la société Z, afin de dénoncer les griefs retenus à son encontre. Il indique que la situation s'apparente pour lui à des représailles pour avoir participé à la grève du 30 juillet précédent.
11. Il est licencié pour faute grave par courrier du 28 août 2015.
12. Il a saisi le conseil de prud'hommes de A. L'audience en bureau de jugement est fixée au xx xx 2018.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

13. S'estimant en présence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison des activités syndicales et de la participation du réclamant à un mouvement de grève, le Défenseur des droits a sollicité de la société Z mise en cause la communication d'un certain nombre d'explications et de pièces.
14. La société a fait droit à cette demande du Défenseur des droits.

15. Au regard des éléments communiqués, le Défenseur des droits a adressé à la société mise en cause, par courrier du 13 avril 2018, une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
16. La société mise en cause y a répondu par courrier du 9 mai 2018.
17. La présente analyse repose donc sur les éléments produits par les deux parties.

III. CADRE JURIDIQUE :

- ***S'agissant de l'interdiction de la discrimination syndicale et de la discrimination fondée sur l'exercice du droit de grève :***
18. L'article L.1132-1 du code du travail, qui définit l'interdiction de toute discrimination, prévoit qu'aucune personne ne peut être sanctionnée ou faire l'objet de quelque mesure discriminatoire en raison d'un certain nombre de critères prohibés, et notamment de l'exercice d'activités syndicales.
 19. L'article L.2141-5 de ce code, 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 mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.
 20. Il convient de préciser qu'en matière de discrimination, la jurisprudence définit le critère des activités syndicales par l'existence d'une ou plusieurs actions visant la défense des droits et des intérêts des salariés et ce même en l'absence de mandat ou même d'affiliation à un syndicat. Ce faisant, la jurisprudence défend une conception fonctionnelle – liée à l'action – plutôt qu'organique – liée au mandat¹.
 21. La jurisprudence exige en revanche du salarié qui invoque une discrimination syndicale de produire des éléments révélant « *un exercice actif d'une activité syndicale* », « *la réalité de son activité militante qui aurait été connue de l'employeur* »².
 22. L'article L.1132-2 du code du travail prévoit qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L.1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève* ».
 23. En vertu de l'article L.2511-1 du code du travail, il est prévu que :
« *L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.*
Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L.1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux.
Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit ».
 24. La Cour de cassation a précisé que la nullité du licenciement n'est pas limitée au cas où le salarié est licencié pour avoir participé à une grève³, mais s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde⁴.

¹ Cass, soc, 17 mars 1999, n°97-45555 ; cass, crim, 29 octobre 1996, n°94-85028.

² Cass, soc, 1^{er} juillet 2015, Sté Arcelor Mittal Méditerranée, n°14-11459.

³ Voir par exemple, cass, soc, 8 juin 2005, n°03-42584 ; cass, soc, 25 novembre 2015, n°14-20527.

⁴ Cass. soc., 9 mai 2012, n°10-24307.

25. La Cour de cassation a également jugé qu'un salarié gréviste ne peut être sanctionné à raison d'un fait commis à l'occasion d'une grève, que si ce fait est constitutif d'une faute lourde⁵.
26. Dans la jurisprudence, la faute lourde est le plus souvent caractérisée par des actes d'entrave à la liberté du travail, des violences sur les biens ou les personnes, des menaces, une incitation à l'abandon des services de sécurité, des actes de séquestration...⁶
27. Il convient de préciser que la faute lourde suppose des faits précis imputables au salarié⁷, et qu'il incombe à l'employeur d'établir que le ou les salariés visés ont personnellement et activement participé aux faits illicites⁸.
28. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que le licenciement d'un salarié gréviste pour entrave à la liberté du travail ne caractérisait pas une faute lourde dans la mesure où les constats d'huissiers produits par l'employeur ne faisaient état d'aucun fait précis imputable au salarié concernant les faits d'entrave à la liberté du travail⁹.
29. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de lutte contre les discriminations, l'article L.1134-1 du code du travail définit un 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* ».
30. Ainsi, la personne qui s'estime victime de discrimination doit présenter des éléments de nature à mettre en lumière une apparence de discrimination, à créer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination¹⁰.
31. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée¹¹.
32. La jurisprudence précise également que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés¹².
- **S'agissant des conséquences de la discrimination :**
33. Par application de l'article L.1132-4 du code du travail, tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul.
34. Dès lors, le Défenseur des droits rappelle que tout licenciement jugé discriminatoire encourt la nullité.
35. Il convient également de préciser que si la nullité du licenciement est prononcée, le salarié a droit, s'il le demande, à sa réintégration dans l'entreprise. L'employeur ne peut alors pas s'y opposer.

⁵ Cass. soc., 16 décembre 1992, n°91-4121; 22 janvier 1992, n°90-44249 ; 30 janvier 2013, n°11-23891.

⁶ Cass. soc., 15 février 2001, n°00-42200 ; 10 février 2009, n°07-43939 ; 4 novembre 1992, n°90-41899 ; 31 mars 1998, n°95-42084 ; 26 mai 2004, n°02-40395 ; 2 juillet 2014, n°13-12562.

⁷ Cass. soc., 13 juillet 1999, n°97-43028.

⁸ Cass. soc., 3 novembre 1994, n°93-41931 s'agissant d'une occupation illégale des lieux et d'une entrave à la liberté du travail.

⁹ Cass. soc., 13 juillet 1999, n°97-43028.

¹⁰ CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Pamela Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health.

¹¹ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

¹² Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067 ; 10 novembre 2009, n°07-42849.

36. La Cour de cassation a précisé que le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et le jugement « *peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou des revenus de remplacement pendant cette période* »¹³.
37. Dans l'hypothèse où le salarié ne demande pas la réintégration, il a droit aux indemnités de rupture et à une indemnité « *réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement* » conformément à l'article L.1134-5 alinéa 3 du code du travail, et au moins égale à celle prévue à l'article [L.1235-3](#) du code du travail soit une indemnité au moins égale à 6 mois de salaire.
38. Le Défenseur des droits entend rappeler que l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, qui prévoit un plafonnement des indemnités que peut percevoir un salarié licencié, ne s'applique qu'aux instances introduites à compter du 24 septembre 2017, ce qui n'est pas le cas de la présente affaire, mais surtout, et en tout état de cause, le barème ne s'applique pas si le licenciement est jugé nul, notamment en raison d'une discrimination.
39. En effet, il convient de rappeler que le licenciement qui fait suite à une discrimination, comme suite à toute violation d'une liberté fondamentale ou d'une protection spécifique, constitue une situation particulièrement grave dont l'auteur doit être dument condamné.

IV. ANALYSE JURIDIQUE :

• *S'agissant des éléments laissant supposer la discrimination :*

40. Il est de jurisprudence constante que la concomitance entre la connaissance par un employeur d'un élément en lien avec l'un des critères de discrimination - état de grossesse, survenance d'une maladie, obtention d'un mandat syndical... - et la survenance de mesures défavorables à l'encontre du salarié constitue un élément à prendre en compte au titre des indices laissant supposer l'existence d'une discrimination¹⁴.
41. En l'espèce, le Défenseur des droits relève que la relation de travail entre Monsieur X et son employeur s'était déroulée de manière très satisfaisante pour les deux parties depuis 2003. Aucune difficulté, qu'elle soit d'ordre personnel, professionnel ou économique n'était à déplorer avant la candidature de Monsieur X pour l'élection des membres du CHSCT en mai 2015, et a fortiori avant sa participation au mouvement de grève en juillet 2015.
42. A ce titre, le Défenseur des droits rappelle que le travail de Monsieur X a toujours fait l'objet d'évaluations positives et qu'il a perçu des primes de performances individuelles élevées. Il n'a pas été contesté que le réclamant a perçu 852,59 euros de prime pour 2011, 3.343,16 pour 2013 et 1.501.67 pour 2014¹⁵.
43. Le Défenseur des droits rappelle également que dans le cadre des tests de performance en situation professionnelle avec tentative d'introduction d'un objet prohibé prévus par les textes réglementaires pour garantir l'efficacité des tests de sûreté dans l'aviation civile, Monsieur X a été contrôlé les 27 avril 2010, 3 décembre 2010, 10 octobre 2011, 28 décembre 2011, 2 mai 2012, 22 mai 2013 à 8h15 et 15h15, 4 août 2013, 13 septembre 2013 et 6 janvier 2014. Il a toujours passé ces tests avec succès.

¹³ Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905 ; Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28.734.

¹⁴ Voir par exemple : Cass, soc, 14 juin 2007, n°05-45.219 ; Cass, soc, 29 juin 2011, n°10-14.067.

¹⁵ Les données pour 2012 ne sont pas communiquées.

44. Pour le Défenseur des droits, ces éléments tendent à démontrer que Monsieur X est un salarié compétent, dont le travail donnait entière satisfaction jusqu'à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement à son encontre.
45. Le Défenseur des droits relève que dans ce contexte, le fait que Monsieur X soit subitement convoqué, mis à pied à titre conservatoire puis licencié pour manquements graves à l'exercice de sa profession quelques jours après sa participation au mouvement de grève du 30 juillet 2015 est de nature à laisser supposer l'existence d'un lien entre ce licenciement et son engagement pour la défense des droits des salariés ainsi que sa participation à cette grève : en d'autres termes, à ses activités syndicales.
46. Dans son courrier en réponse en date du 9 mai 2018, la société mise en cause a rappelé que « *Monsieur X est devenu salarié de la société Z à compter du 1^{er} avril 2015. Avant cette date-là, il était salarié de la société Y* ». Ainsi, la société mise en cause indique ne pas être en mesure d'apprécier les qualités professionnelles de Monsieur X avant 1^{er} avril 2015.
47. Néanmoins, il n'est pas contesté que Monsieur X a continué à exercer exactement les mêmes fonctions, au même poste, à la suite du transfert de son contrat de la société Y à la société Z. Aussi, la reconnaissance de ses qualités professionnelles antérieures au transfert de son contrat reste un élément à prendre en compte dans l'examen de la situation.
48. De plus, le Défenseur des droits relève que la société mise en cause ne fait état d'aucun grief concernant les compétences ou le comportement de Monsieur X pendant la période du 1^{er} avril au 5 août 2015, date de sa soudaine mise à pied.
49. Surtout, et en tout état de cause, Monsieur X a été convoqué et subitement mis à pied à titre conservatoire le 5 août 2015, moins d'une semaine après la grève du 30 juillet.
50. C'est pourquoi, le Défenseur des droits estime que la chronologie des faits constitue un des éléments laissant supposer qu'il existe un lien entre le licenciement de Monsieur X et sa participation au mouvement de grève du 30 juillet 2015.
51. Outre cette chronologie, le Défenseur des droits constate que Monsieur X fournit de nombreuses attestations de salariés selon lesquelles le lien entre sa participation au mouvement de grève et son licenciement est évident.
52. Tout d'abord, le réclamant fournit les attestations de son ancien coordinateur, Monsieur E, et de six anciens collègues au sein de la Société Y - Messieurs F, G, H, I, J et Madame K - qui attestent de son professionnalisme et de son sérieux, et s'étonnent de son soudain licenciement quelques semaines après le transfert de son contrat.
53. Ainsi, Monsieur J précise que le réclamant « *est un agent qui connaît bien son métier. Je n'ai jamais constaté de souci particulier. Je savais que le transfert chez la société Z pour les collègues anciens était difficile mais c'est avec grande stupéfaction que j'ai appris son licenciement* ».
54. Le Défenseur des droits prend acte du soutien apporté par des personnes ayant travaillé avec Monsieur X avant son transfert chez la société Z.
55. Dans sa réponse du 9 mai 2018, la société fait valoir que « *sur les 9 attestations, 7 personnes n'ont jamais été salariées de la société Z puisqu'il s'agit d'anciens collègues de travail de Monsieur X à l'époque où ce dernier travaillait au sein de la société Y (...) dès lors, on voit mal comment ces personnes pourraient attester de l'absence de sérieux du licenciement et du lien avec sa participation à la journée de grève du 30 juillet 2015* ».

56. Il n'en demeure pas moins que ces personnes ont travaillé avec Monsieur X et sont à même d'attester de son professionnalisme et de ses compétences.
57. Madame L, collègue de Monsieur X chez la société Y puis Z, atteste qu'à la suite du transfert de leurs contrats par la société Z, leurs conditions de travail étaient plus difficiles. Ainsi, elle indique que :
- « face à [l']autoritarisme et au déni de notre expérience nous avons fait une grève le 30/07/2015. Une grève sans précédent chez les agents de la société Z habitués à subir les abus de pouvoir d'une direction sourde au dialogue social. Monsieur X a toujours été un agent exemplaire, professionnel et sérieux. Doté d'une grande connaissance du métier, de nos droits, et concerné par notre environnement de travail. Il a été un des leaders de la grève dans nos revendications légitimes. J'ai pour ma part fait l'objet de remarques irrespectueuses de la part d'encadrants. Je peux témoigner de son honnêteté et de sa conscience professionnelle, Monsieur X a toujours été solidaire de ses collègues. Le jour de sa mise à pied, il effectuait sa mission tout à fait normalement quand il a été convoqué au bureau des superviseurs. J'étais présente à côté de son poste et je n'ai remarqué aucune irrégularité. Il a même retiré une arme factice qu'il a remis au chef d'équipe. Force est de constater que cela est la conséquence de son implication dans la grève. Un signal clair de la direction afin d'étouffer toute volonté d'amélioration des conditions de travail. Je condamne et dénonce ces procédés. Monsieur X est victime de son engagement professionnel. Les sanctions et les licenciements sont courants chez la société Z. Les collègues ont peur de s'exprimer ».*
58. La société mise en cause conteste la force probante de l'attestation de Madame L au motif, d'une part, que cette dernière a contesté son transfert au sein de la société Z, ce qui est sans rapport avec le présent litige et ne démontre pas que les éléments dont elle atteste seraient faux ou erronés, et d'autre part, que son contrat de travail est suspendu depuis août 2015, ce qui ne permet pas non plus de contester la véracité de son attestation, s'agissant de faits ayant eu lieu jusqu'au 5 août 2015.
59. Enfin, Monsieur M certifie :
- « avoir travaillé avec Monsieur X chez Z. Il a toujours été assidu, respectueux et solidaire de ses collègues et de ses encadrants. En tant qu'agent de sûreté conforme, il maîtrise son environnement et ses procédures. Fort de ses nombreuses années d'expérience chez Y, il a été candidat aux élections du CHSCT afin d'améliorer les conditions difficiles chez Z. M D, directeur local des opérations, est hostile au dialogue social. Pendant la grève du 30/07/2015, Monsieur X a été un des acteurs déterminants de cette manifestation. Depuis ce jour, il devint une cible, et fait l'objet d'un suivi par vidéosurveillance jusqu'au 5 août 2015 où l'on estime à travers cette vidéosurveillance que son travail n'est pas conforme. Sachant que ces vidéos ont pour objectif un suivi pédagogique et des actions correctives et non un outil de répression selon le Préfet. Au vu de ces éléments, je considère que le licenciement de M X est abusif (...)*
- ».
60. Le Défenseur des droits relève que le réclamant bénéficie du soutien des syndicats CGT et FO.
61. En effet, Monsieur M a adressé, en sa qualité de délégué syndical CGT, un courrier au directeur local des opérations de la société Z le 6 août 2015 dans lequel il dénonce la mise à pied de Monsieur X en ce qu'elle repose sur le visionnage des caméras de vidéosurveillance qui ne pourrait, en vertu des dispositions applicables et notamment des règles édictées par la CNIL, justifier qu'une action corrective et non répressive. Monsieur M conclut que *« pour la CGT, cela ressemble à un règlement de compte car Monsieur X faisait bien partie des grévistes du 30 juillet 2015 ».*
62. Par courriel du 10 août 2015, la direction de la société est informée que *« FO rejoint Monsieur M DSC de la CGT concernant un manquement visionné à la caméra. Or, le visionnage pour*

sanctionner un agent est interdit par la loi vous le savez très bien donc nous pouvons que contester la mise à pied conservatoire infligée à notre collègue Monsieur X. (...) Pour FO, cela ressemble à un règlement de compte suite à la participation de Monsieur X à la grève du 30 juillet 2015, nous dénonçons cette façon de régler les problèmes chez Z et considérons que cela met en danger l'ensemble des agents qui ont participé à la grève qui est pourtant un droit constitutionnel avec des revendications légitimes ».

63. Le Défenseur des droits estime que ce soutien ferme de la part des salariés et des syndicats constitue un indice fort de discrimination.

64. Enfin, au titre des éléments laissant supposer la discrimination, le Défenseur des droits retient que Monsieur X a dénoncé la mise en œuvre de la procédure de licenciement à son encontre comme étant certainement liée à sa participation au mouvement de grève le soir même de sa mise à pied, puis par courrier du 12 août 2015, puis en alertant l'inspection du travail et en saisissant le conseil de prud'hommes et le Défenseur des droits afin de faire reconnaître la discrimination subie.

65. Au regard de l'ensemble de ces éléments de nature à laisser supposer que le licenciement de Monsieur X constitue une mesure discriminatoire en violation des articles L.1132-1 et L.1132-2 du code du travail, il a été rappelé à la société Z mise en cause qu'il lui incombe, par application de l'article L.1134-1 du même code, d'apporter la preuve de l'absence de discrimination.

• ***S'agissant des explications fournies par l'employeur :***

66. Interrogée par le Défenseur des droits, la société mise en cause fait valoir, en premier lieu, que Monsieur X ne bénéficierait pas du statut de salarié protégé, puis conteste tout lien entre son licenciement et sa participation à la grève du 30 juillet 2015 en avançant d'une part que les autres salariés grévistes n'ont pas été sanctionnés, et d'autre part que son licenciement est justifié par une faute grave.

➤ *Monsieur X ne bénéficierait pas du statut de salarié protégé :*

67. Pour la société mise en cause, le réclamant ne bénéficierait pas du statut de salarié protégé d'une durée de six mois prévu par l'article L.2411-7 du code du travail, motif pris que sa candidature en vue de la désignation des membres du CHSCT a été reçue hors délai.

68. A cet égard, le Défenseur rappelle que la Cour de cassation a décidé que le salarié bénéficie de la protection même s'il a manifesté son intention de se porter candidat en dehors de tout processus électoral, dès lors que les élections sont effectivement organisées, et ce après que l'employeur ait eu connaissance de l'imminence de sa candidature¹⁶.

69. En l'espèce, la société mise en cause ne conteste pas avoir eu connaissance de la candidature de Monsieur X. Au vu de la jurisprudence précitée, le fait que cette candidature ait été reçue dans le délai ou pas est donc sans incidence sur le bénéfice, pour le salarié, du statut protecteur.

70. La société s'appuie, quant à elle, sur un arrêt rendu par la cour d'appel de Reims le 28 octobre 2008 pour faire valoir que ne bénéficie pas de la protection légale le salarié figurant sur une liste syndicale remise à l'employeur après la date limite de dépôt de ses listes. Néanmoins, dans cette affaire, l'employeur n'avait pas eu connaissance de la candidature du salarié concerné avant le dépôt des listes, contrairement au cas de Monsieur X. En outre, l'arrêt est antérieur à celui rendu par la Cour de cassation qui a une portée plus importante.

¹⁶ Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-44.671.

71. En vertu de l'application du statut de salarié protégé, la société aurait dû saisir l'inspection du travail compétente afin d'autoriser le licenciement du réclamant.

➤ Aucun autre salarié gréviste n'a été licencié :

72. Afin de contester tout lien entre le licenciement de Monsieur X et sa participation au mouvement de grève, la société mise en cause fait valoir qu'aucun autre salarié ayant fait grève n'a été licencié.

73. Elle fournit à ce titre la liste d'émargement des salariés ayant participé à la grève, et pour chaque salarié de cette liste, le bulletin de paie certifiant leur présence dans l'entreprise au 31 mars 2018 ou la lettre de licenciement ou de démission intervenus dans l'intervalle.

74. Elle démontre ainsi qu'aucun autre salarié mentionné comme gréviste n'a été licencié dans un délai aussi proche que Monsieur X de la grève du 30 juillet 2015.

75. Néanmoins, il est probable que beaucoup de participants à la grève aient bénéficié du statut protecteur rendant leur licenciement plus compliqué à mettre en œuvre. Il est également probable, notamment au vu des attestations produites par le réclamant qui révèlent les difficultés qu'ont les salariés de l'entreprise à défendre leurs droits, que la société mise en cause ait choisi de licencier un salarié dans le but d'intimider les autres et de prévenir tout mouvement de contestation futur.

76. Enfin, le Défenseur des droits souligne que chaque litige est individuel et qu'il appartient à la société mise en cause de prouver, dans le cas d'espèce, que le licenciement de Monsieur X est justifié par des éléments objectifs et légitimes. En effet, il ne suffit pas de démontrer l'absence de sanction collective pour démontrer une absence de discrimination.

77. Ainsi, le fait qu'aucun autre salarié gréviste n'ait été licencié à la suite directe de la grève du 30 juillet 2015 ne permet pas de démontrer que le licenciement de Monsieur X est dépourvu de tout lien avec sa participation à cette grève. En outre, les éléments communiqués n'excluent pas que des sanctions autres qu'un licenciement aient pu être prononcées à l'encontre de salariés grévistes.

➤ Le licenciement de Monsieur X reposerait sur une faute grave :

78. La société mise en cause se défend de toute discrimination en faisant valoir que le licenciement de Monsieur X repose sur une faute grave constituée par des manquements graves aux procédures de sécurité constatés le 5 août 2015 par leur client Aéroport B, et démontrés par les enregistrements des caméras de vidéosurveillance.

79. A cet égard, le Défenseur des droits s'est interrogé sur le fait de savoir si la société était autorisée à utiliser les enregistrements des caméras de vidéosurveillance à des fins disciplinaires, ainsi qu'elle l'invoque dans ses courriers de réponse.

80. La mise en place d'un système de vidéosurveillance dans les locaux de travail, constitue un traitement de données à caractère personnel soumis aux dispositions de la loi **n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique applicables au moment des faits qui imposaient une déclaration à la CNIL**¹⁷.

81. Concernant les lieux ouverts au public, le dispositif doit être autorisé par le préfet du département ou le préfet de police à Paris (article L.251-1 et suivants du code de la sécurité

¹⁷ Depuis le 25 mai 2018 le règlement général sur la protection des données dit RGPD supprime les déclarations préalables au profit d'un système d'auto-contrôle

intérieure). Dans les aéroports, le préfet peut également décider de les installer aux fins de prévention d'actes de terrorisme (article L.223-2 du code de la sécurité intérieure).

82. Les instances représentatives du personnel doivent également être informées et consultées avant toute décision d'installer des caméras (article L.2323-47 code du travail).
83. Les salariés doivent être informés, au moyen d'un panneau affiché de façon visible dans les locaux sous vidéosurveillance, de l'existence du dispositif, de sa base légale, du nom du responsable, de la durée de conservation des images, de la possibilité d'adresser une réclamation à la CNIL et de la procédure à suivre pour demander l'accès aux enregistrements visuels les concernant. De plus, chaque salarié doit être individuellement informé au moyen par exemple, d'un avenant à son contrat de travail ou d'une note de service (articles L.1221-9 et L.1222-4 code du travail).
84. En l'espèce, afin de justifier de la légalité de l'utilisation des enregistrements de vidéosurveillance, la société fait valoir qu'en vertu de l'article 15 ter de son règlement intérieur, « *l'entreprise se réserve le droit d'utiliser les outils de vidéosurveillance mis en place par le client afin de vérifier le respect des dispositions relatives à l'hygiène, la sûreté, la sécurité et la discipline* ».
85. Elle ajoute qu' « *en mai 2016, le Préfet délégué pour la sécurité et la sûreté des plates formes aéroportuaires de Paris B et Paris N a publié un communiqué concernant l'exploitation des images de vidéo-protection par les employeurs de la plateforme* ». Toutefois, ce communiqué étant postérieur aux faits contestés, il convient de l'écarter.
86. Dans sa dernière réponse au Défenseur des droits, la société s'appuie sur un procès-verbal de réunion du comité d'entreprise du 27 décembre 2012 afin de démontrer que l'instance a bien été consultée. Néanmoins, il ressort de ce procès-verbal que l'utilisation de la vidéosurveillance à des fins disciplinaires a justement posé difficulté et que la modification de l'article 15 du règlement intérieur n'a pas été approuvée par les représentants du personnel.
87. Le Défenseur des droits prend acte du fait qu'il existe un désaccord entre les représentants du personnel et la direction sur ce point pourtant crucial pour le respect des droits des salariés, les représentants du personnel estimant que l'employeur n'a pas respecté les modalités l'autorisant à avoir recours à la vidéosurveillance à des fins disciplinaires.
88. La société produit également un jugement rendu par le conseil de prud'hommes de A le 4 décembre 2015 concernant la mise à pied disciplinaire d'un superviseur dans le but de démontrer que les syndicats présents au sein de la société n'ont jamais remis en cause la faculté pour l'entreprise de visionner des images de vidéosurveillance à des fins disciplinaires. Toutefois, le jugement ne permet pas de le confirmer. Le fait qu'aucun syndicat ne soit représenté à l'audience concernée ne saurait suffire à le démontrer. Surtout, la sanction litigieuse n'était pas fondée sur un enregistrement mais reposait sur le fait que le superviseur avait refusé de visionner des vidéos de surveillance concernant un autre salarié. Il semble donc que la vidéosurveillance ne soit pas si légitime au sein de l'entreprise que tente de le faire croire la société mise en cause.
89. En tout état de cause, la société ne produit aucun élément permettant de vérifier qu'elle avait déclaré le système de vidéosurveillance à la CNIL, qu'elle détenait l'autorisation du préfet pour le mettre en place au moment des faits, qu'elle avait informé et consulté les instances représentatives du personnel avant toute décision d'installer les caméras et qu'elle avait bien informé les salariés collectivement et individuellement du dispositif.

90. Or, l'utilisation des enregistrements effectués à l'insu des salariés constitue un mode de preuve illicite qui ne saurait justifier une sanction disciplinaire (Cass. soc., 20 nov. 1991, n°88-43120).

91. À titre subsidiaire, quand bien même la société mise en cause justifierait du respect des dispositions légales devant la juridiction prud'homale, la question de la proportionnalité du licenciement pour faute grave de Monsieur X doit être analysée.

➤ S'agissant de la proportionnalité de la sanction :

92. La faute grave est caractérisée par la réunion de trois éléments :

- un fait ou d'un ensemble de faits imputable au salarié personnellement ;
- constituant une violation d'une obligation contractuelle ou un manquement à la discipline de l'entreprise ;
- rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.

93. Le Défenseur des droits rappelle qu'il appartient à l'employeur de prouver la réalité de la faute grave en démontrant que cette faute est telle qu'elle impose le départ immédiat du salarié, le contrat ne pouvant se poursuivre même pour la durée limitée du préavis, et que si un doute subsiste sur la gravité de la faute reprochée, il doit profiter au salarié.

94. En l'espèce, les griefs retenus à l'encontre de Monsieur X sont des manquements « graves et flagrants » aux procédures de fouilles de sécurité concernant trois fouilles de bagages successives. Il lui est plus précisément reproché, lors de la première fouille, d'avoir ouvert un sac sans contrôler ses contenants, à savoir un portefeuille et un « sac blanc », et de ne pas avoir « feuilleté » les deux passeports des passagers concernés. Concernant la deuxième fouille, il lui est notamment reproché d'avoir ouvert un sac en plastique jaune mais de s'être contenté d'y « jeter un simple coup d'œil » et de ne pas avoir contrôlé la poche extérieure du sac à main de la passagère. Concernant la troisième fouille, il lui est reproché de ne pas avoir effectué de fouille approfondie et d'avoir effectué la fouille « de manière beaucoup trop précipitée », sans aucune autre précision.

95. La société mise en cause ajoute que Monsieur X a immédiatement été convoqué par ses supérieurs afin de lui faire constater les faits sur les bandes de vidéosurveillance, et qu'il aurait alors estimé que ces fouilles étaient correctement réalisées, ce qui rendrait le manquement encore plus grave dans la mesure où le réclamant aurait été susceptible de réitérer de tels manquements et « de les faire réaliser aux nouveaux entrants ».

96. La société fournit la description des manquements tels qu'ils ont été constatés par quatre salariés qui les ont consignés dans des documents intitulés rapports d'anomalie interne. Ces rapports révèlent que le protocole de fouille n'aurait pas été correctement appliqué par Monsieur X.

97. Toutefois, ces rapports ne suffisent pas à démontrer que les manquements constatés étaient d'une gravité telle qu'ils rendaient le maintien de Monsieur X dans l'entreprise impossible le jour-même. Au contraire, la société n'explique pas en quoi ces manquements ne pouvaient donner lieu à un avertissement ou à un rappel des procédures, notamment compte tenu de l'ancienneté du réclamant et du fait que son travail avait toujours donné entière satisfaction auparavant.
98. La société communique deux jugements et deux arrêts relatifs à des salariés n'ayant pas respecté des procédures de sûreté¹⁸. Or, une lecture attentive de ces décisions permet de conforter l'appréciation du Défenseur des droits qui rappelle que chaque litige est individuel.
99. Il ressort du premier jugement du conseil de prud'hommes de Villeneuve-Saint-Georges du 28 février 2018 communiqué que le salarié concerné avait fait l'objet de quatre mises à pied disciplinaire avant son licenciement pour faute grave et que ledit licenciement reposait sur cinq griefs dont un seulement portait sur le non-respect des procédures de sûreté. Tel n'est pas le cas de Monsieur X qui n'avait jamais été sanctionné et pour lequel seul le non-respect des procédures de sûreté est reproché.
100. La lecture du second jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Bobigny le 25 juillet 2013 laisse apparaître que la juridiction a requalifié la faute grave reprochée – infraction aux consignes de sécurité consistant à faire passer un flacon de shampoing de 650 ml au lieu des 100 ml autorisés, avec défaut d'information auprès de la compagnie aérienne concernée – en licenciement pour cause réelle et sérieuse.
101. Il en va de même de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 11 janvier 2018 qui a requalifié le licenciement pour faute grave d'un salarié en licenciement pour cause réelle et sérieuse à qui il était reproché d'avoir consulté son téléphone portable en ne procédant pas au contrôle de sûreté qui lui incombait et qui n'avait fait l'objet d'aucune mise à pied à titre conservatoire. Dans cette espèce, une absence totale de contrôle était reprochée au salarié, ce qui n'est pas le cas de Monsieur X.
102. Enfin, le dernier arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} octobre 2015 produit par la société concerne le cas d'une salariée ayant menti à la police de l'air et des frontières (PAF) en leur déclarant qu'elle n'était pas formée et habilitée à faire des palpations de sécurité dans le but de se dédouaner de son échec à un test de palpation – ne pas avoir détecté un couteau de marque Opinel – qualifié de « *comportement contraire à la plus élémentaire loyauté envers son employeur, d'une gravité telle qu'il empêche le maintien du lien contractuel* ». Aucun mensonge n'est en l'espèce reproché à Monsieur X.
103. Pour le Défenseur des droits, la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que le licenciement de Monsieur X est justifié, légitime et proportionné.
104. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe par application de l'article L.1134-1 du code du travail et de la jurisprudence, que le licenciement de Monsieur X repose sur une faute grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise ;
 - Conclut en conséquence que ce licenciement repose sur un motif discriminatoire à savoir ses activités syndicales et sa participation au mouvement de grève du 30 juillet 2015, en

¹⁸ Voir page 5 du courrier de la société Z au Défenseur des droits en date du 9 mai 2018, et les pièces n°10 à 13 jointes à ce courrier.

violation des articles L.1132-1, L.1132-2, L.2141-5 et L.2511-1 du code du travail du code du travail ;

- Rappelle en conséquence que ce licenciement encourt la nullité par application de l'article L.1132-4 du code du travail.

105. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du conseil de prud'hommes de A.

Jacques TOUBON