

Paris, le 13 mai 2019

---

## Décision du Défenseur des droits n°2019-109

---

### **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 Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;  
Vu la Déclaration universelle des droits de l'Homme ;  
Vu le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels ;  
Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical ;  
Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 88 sur le service de l'emploi ;  
Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 111, concernant la discrimination en matière d'emploi ;  
Vu la Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales ;  
Vu la Charte sociale européenne ;  
Vu le code du travail ;  
Vu le code pénal ;  
Vu le code civil ;  
Vu 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 ;  
Vu l'accord de branche national du 26 avril 2010 sur les voies et les moyens du dialogue social dans la métallurgie ;

Saisi par la Fédération X qui estime que les représentants du personnel élus ou mandatés sur le fondement de ses listes, au sein de la société Y, sont victimes d'une discrimination collective et systémique en raison de l'exercice de leurs activités syndicales ;

Décide de présenter ses observations devant le Tribunal de grande instance de Z dans le cadre de l'action de groupe initiée sur le fondement de l'article L. 1134-7 du code du travail.

Jacques TOUBON

**Observations devant le Tribunal de grande instance de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

I. Introduction -----	p. 3
II. Recevabilité de l'action de groupe -----	p. 5
III. Rappel des faits -----	p. 7
IV. Enquête du Défenseur des droits -----	p. 9
V. Analyse juridique -----	p. 9
1. La protection juridique de la liberté syndicale -----	p. 9
1.1. Sources normatives -----	p. 10
1.2. Ordre public absolu -----	p. 12
1.3. Contraction avec les accords de la société Y -----	p. 14
2. Les discriminations prohibées -----	p. 24
2.1. Les qualifications de discrimination -----	p. 24
2.2. Le principe d'aménagement de la charge de la preuve -----	p. 27
2.3. La preuve de discrimination syndicale au sein de la société Y -----	p. 29
2.3.1. Le caractère discriminatoire des accords en eux-mêmes -----	p. 30
2.3.2. Le caractère discriminatoire de la mise en œuvre des accords -----	p. 32
3. La réparation des préjudices dans l'action de groupe -----	p. 36
3.1. L'application de la loi dans le temps -----	p. 37
3.2. La réparation des préjudices -----	p. 38
3.3. La réparation des préjudices antérieurs et postérieurs à la mise en demeure -----	p. 40
VI. Conclusion -----	p. 42

# I. INTRODUCTION

1. **Introduction de l'action.** Le 27 mars 2018, la Fédération X a assigné devant le Tribunal de grande instance de Z la société Y afin de solliciter sa condamnation sur le fondement de l'article L. 1134-7 du code du travail relatif à l'action de groupe en matière de discrimination au travail.
2. **Saisine du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits a été saisi le 10 avril 2018 par la Fédération X des faits soulevés dans l'assignation devant le TGI de Z.
3. **Présentation du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, ayant pour mission de promouvoir l'égalité et l'accès aux droits ainsi que de traiter les réclamations relevant de ses cinq domaines de compétence : la défense des droits et libertés des usagers des services publics, la défense et la promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant, la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité, le respect de la déontologie des personnes exerçant des activités de sécurité, l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.
4. Toute personne physique ou morale qui estime que ses droits ont été lésés dans l'un de ses domaines de compétences peut saisir le Défenseur des droits. Le Défenseur des droits peut aussi se saisir d'office, sans réclamation préalable, lorsque des faits particulièrement graves, entrant dans son champ de compétence, sont portés à sa connaissance. En 2018, le Défenseur des droits a été saisi de 95 836 réclamations.
5. La loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 a conféré au Défenseur des droits des pouvoirs d'instruction pour traiter ces réclamations. Disposant d'un large pouvoir d'enquête et d'agents assermentés, le Défenseur des droits peut demander de la ou des personnes physiques ou morales mises en cause devant lui des explications et la communication de toute information utile à l'instruction et au règlement du litige. Il peut également convoquer la personne mise en cause à une audition ou procéder à des vérifications sur place. Enfin, le Défenseur des droits peut saisir le juge des référés pour obtenir la communication de toute information.
6. A l'issue de son instruction, le Défenseur des droits privilégie le règlement amiable pour résoudre les situations dont il est saisi. Près de 80 % des médiations qu'il entreprend aboutissent ainsi favorablement.
7. Lorsque la voie du règlement amiable n'est pas opportune ou ne porte pas ses fruits, il peut adopter une décision formelle par laquelle il formule des recommandations individuelles ou générales, pour résoudre un problème, demander la mise en œuvre de mesures collectives ou encore l'évolution des pratiques du mis en cause.
8. Le Défenseur des droits dispose d'un droit de suite quant à ses recommandations. Si aucune suite n'est donnée par la personne mise en cause, il peut exercer un pouvoir d'injonction puis, en cas d'absence de réponse, rendre publique sa recommandation en dénonçant le refus d'obtempérer.
9. Quand la justice est saisie, le Défenseur des droits peut formuler des observations devant toutes les juridictions. Celles-ci peuvent également le saisir pour avis. Il présente des observations devant le juge en qualité *d'amicus curiae* pour produire les éléments de son enquête au dossier de la cour, présenter son analyse du dossier ainsi que le droit applicable, et ainsi contribuer au développement de la jurisprudence.

10. Comme l'a décidé la Cour de cassation à plusieurs reprises, cette faculté de présenter des observations ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et le principe de l'égalité des armes, dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement au Défenseur des droits et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui sont soumises au débat contradictoire <sup>1</sup>.
11. **Objet de l'intervention du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits étant chargé de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité, c'est en cette qualité qu'il souhaite présenter ses observations à la Cour.
12. L'action de groupe décrite aux articles L. 1134-7 et suivants du code du travail a été créée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Le Défenseur des droits a été associé aux travaux parlementaires. Il a soumis plusieurs avis au législateur par lesquels il l'alertait notamment sur l'importance de cette procédure judiciaire pour saisir les discriminations systémiques et collectives, encore trop peu souvent évoquées devant les juridictions <sup>2</sup>.
13. **Importance de la lutte contre les discriminations syndicales.** Il faut souligner à titre liminaire que le présent recours collectif s'inscrit dans la perspective des efforts constants des pouvoirs publics pour dynamiser la négociation collective <sup>3</sup>. Les salariés sont cependant réticents à s'impliquer, notamment en raison des difficultés qu'un engagement syndical pourrait engendrer sur leur évolution de carrière.
14. Dès lors, il existe une contradiction entre les attentes positives des partenaires sociaux vis-à-vis du dialogue social et une perception négative de l'engagement syndical sur le lieu de travail<sup>4</sup>. De fait, « *le geste d'adhésion apposé sur le salarié un marqueur : prendre une carte syndicale est encore perçu souvent comme un élément de déloyauté à l'égard de l'entreprise et du management. Se syndiquer instaure une méfiance* »<sup>5</sup>. Ainsi, malgré sa reconnaissance juridique et institutionnelle, la légitimité de la présence syndicale sur les lieux de travail n'est pas toujours acquise. Le taux de syndicalisation de la population salariée française n'est que de 11 % <sup>6</sup>.
15. Comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme, en sollicitant une « *protection judiciaire et effective contre la discrimination anti-syndicale* <sup>7</sup> », le fait de pénaliser toute personne qui s'engage dans la défense des salariés, qui s'investit dans les institutions représentatives du personnel et prend des responsabilités syndicales, constitue un moyen d'affaiblir, voire d'éliminer la présence syndicale au sein de l'entreprise.

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.387 ; Cass. soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-10.084 (Pièces DDD n°s 2 et 3)

<sup>2</sup> V. Défenseur des droits (DDD), Avis sur la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités n° 1699, n° 15-13, du 2 juin 2015 ; Avis concernant le projet de loi n° 661 portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, n° 15-23 du 28 octobre 2015 ; Avis sur le projet de loi n° 3204 relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire, n° 16-10, du 7 avril 2016 (Pièces DDD n°s 4, 5 et 6).

<sup>3</sup> V. not., L. MARIE et J.-F. PILLIARD, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales, rapport du Conseil économique, social et environnemental*, juillet 2017 (Pièce DDD n° 7) ; T. BREDAS, *Les représentants du personnel*, Presses de Sciences Po, 2016.

<sup>4</sup> Groupe de travail RDS, *Syndicalisation des salariés.e.s*, 2007.

<sup>5</sup> Groupe de travail RDS, *Syndicalisation des salariés.e.s*, 2007.

<sup>6</sup> V. DARES, Rapport sur la syndicalisation en France, rev. DARES Analyses, mai 2016, n° 25 (Pièce DDD n° 8). Il s'agit d'un des plus faibles taux de syndicalisation en Europe.

<sup>7</sup> CEDH, 30 juill. 2009, *Danilenkov c/ Russie*, req. n° 67336/01.

## II. RECEVABILITE DE L'ACTION DE GROUPE

16. **Introduction de l'action par un syndicat représentatif.** Une action de groupe en matière de discrimination dans l'emploi est possible lorsque plusieurs personnes physiques font l'objet d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif imputable à une même personne.
17. Au terme de l'article L. 1134-7 du code du travail, une action de groupe dans l'emploi peut être introduite par une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du même code.
18. La Fédération X est un syndicat représentatif au niveau de la branche de la métallurgie, au sens de l'article L. 2122-5 du code du travail. Elle satisfait en effet aux conditions générales de l'article L. 2121-1 du code du travail, dispose d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche et a recueilli 30.30 % des suffrages exprimés lors des élections professionnelles additionnés au niveau de cette branche<sup>8</sup>.
19. **Respect de la phase de négociation préalable.** L'article L. 1134-7 alinéa 3 du code du travail dispose que l'action de groupe engagée pour la défense des intérêts de plusieurs salariés ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective alléguée, ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande. L'article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle, prévoit que l'irrespect de ce délai est une cause d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office.
20. En l'espèce, la Fédération X a mis en demeure le 23 mai 2017, par voie d'huissier, la société Y de faire cesser la discrimination syndicale qu'elle dénonce.
21. Par courrier recommandé en date du 9 juin 2017, la Fédération X a contesté la position de la société Y et l'invitait à ouvrir une négociation en débutant par l'adoption d'un accord de méthode encadrant les discussions à venir.
22. Une réunion a eu lieu le 26 septembre 2017. Les parties ne se seraient pas entendues sur les modalités de la négociation dans le cadre de cette première phase de l'action de groupe.
23. Par courrier en date du 20 décembre 2017, la Fédération X a adressé un projet d'accord de méthode à la direction de la société Y. Pour sa part, cette dernière a sollicité, le 5 février 2018, la communication des pièces sur lesquelles le syndicat fonde son action.
24. Par un courrier en date du 16 mars 2018, la Fédération X a informé la société mise en cause qu'aucune discussion n'étant possible, elle allait engager la seconde phase de l'action de groupe en l'assignant devant le Tribunal de grande instance de Z.
25. L'assignation a été notifiée le 27 mars 2018.
26. Une période de 9 mois et 20 jours visant à négocier s'est donc écoulée avant l'engagement de la phase judiciaire.
27. **Une action de groupe en cessation du manquement et en réparation.** L'action engagée par la Fédération X a pour but de mettre fin à la discrimination syndicale systémique et

---

<sup>8</sup> V. MINISTRE DU TRAVAIL, *Arrêté fixant la liste des organisations syndicales représentatives dans la métallurgie*, 22 décembre 2017, JORF du 30 décembre 2017, NORMTRT1706179A (pièce DDD n° 9) ; MINISTRE DU TRAVAIL, *Tableau des résultats définitifs de la représentativité syndicale par branche* (pièce DDD n° 10).

collective qu'elle dénonce au sein de la société Y, puis d'obtenir la réparation des préjudices subis. Sont notamment visés les 36 salariés dont les situations individuelles sont citées pour illustrer la discrimination systémique et collective dénoncée.

28. Il s'agit donc d'une action en cessation du manquement et en responsabilité de l'employeur.
29. **Office du juge.** La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle explicite le rôle du juge saisi de l'action de groupe en discrimination. Ses articles 65 et suivants indiquent qu'il peut ordonner, une fois le manquement constaté et après avoir déterminé le degré de responsabilité de l'employeur mis en cause, des mesures de nature à faire cesser ce manquement.
30. **Première étape. Constatation du manquement.** La loi ne précise pas l'office du juge lors de la première phase de l'action de groupe consistant à statuer sur la matérialité du manquement imputé à l'employeur défendeur.
31. Dans ses avis transmis au Parlement, le Défenseur des droits a souligné les lacunes du texte sur cette phase préalable fondamentale au cours de laquelle la discrimination est constatée<sup>9</sup>. Il rappelait notamment que le juge doit décider dans un premier temps si le syndicat demandeur présente suffisamment d'éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination collective au préjudice du groupe de personnes dont la situation est citée en exemple<sup>10</sup>.
32. Il est en effet constant qu'en matière de discrimination, les textes internationaux et nationaux prévoient une règle probatoire spéciale visant à aménager la charge de la preuve au profit du demandeur. Il appartient à ce dernier de rapporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et, le cas échéant, il incombe au défendeur de prouver que la différence de traitement identifiée repose sur des éléments objectifs, étrangers à la discrimination alléguée<sup>11</sup>.
33. La Cour de cassation a précisé qu'il s'agit pour le juge de déterminer si les éléments de fait présentés par le demandeur, permettent, lorsqu'ils sont pris dans leur ensemble<sup>12</sup>, de faire présumer l'existence d'une discrimination, c'est-à-dire de faire naître une hypothèse raisonnable de son existence. Il lui appartiendra ensuite de déterminer si le défendeur produit des éléments objectifs pour écarter cette présomption de discrimination.
34. Ce n'est qu'après avoir tenu ce raisonnement en deux temps que le juge pourra constater ou au contraire réfuter le manquement allégué.
35. **Deuxième étape. Détermination des mesures permettant de faire cesser le manquement.** Lorsque le juge constate un manquement, c'est-à-dire lorsqu'il qualifie une discrimination, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle lui permet d'enjoindre au défendeur de faire cesser la discrimination en cause et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin, au besoin avec l'aide d'un tiers qu'il désigne<sup>13</sup>. Il peut même prononcer une astreinte.

---

<sup>9</sup> V. DDD, avis n° 15-13, 2 juin 2015, préc. ; avis n° 15-23, 28 octobre 2015, préc. ; avis n° 16-10, du 7 avril 2016 (Pièces DDD n°s 4, 5 et 6).

<sup>10</sup> V. spéc., DDD, n° 16-10, du 7 avril 2016, préc. (Pièce DDD n° 6).

<sup>11</sup> V. *infra* n°s 178 et s.

<sup>12</sup> Sur l'appréciation du faisceau d'indices laissant présumer une discrimination, v. *infra* n°s 187 et s.

<sup>13</sup> V. art. 65, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, *loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, JORF 19 nov. 2016 (Pièce DDD n° 11).

36. Dans ses avis sur le projet de loi, le Défenseur des droits a rappelé que les mesures propres à faire cesser un manquement résultant d'une discrimination collective sont divers, mais toujours spécifiques <sup>14</sup>.
37. Ainsi, mettre fin à des discriminations résultant d'un accord collectif nécessite de juger que certaines dispositions sont réputées non écrites, de les écarter au profit des normes internationales et internes d'ordre public. Il s'agira ensuite de préciser comment celles-ci doivent être interprétées et les mesures nécessaires pour mettre fin à la discrimination établie.
38. **Appréciation du degré de responsabilité de l'employeur.** Lorsque l'action de groupe tend également à la réparation des préjudices subis, le juge statue sur la portée de la responsabilité de l'employeur défendeur. Dans ce cas, il définit le groupe de personnes à l'égard desquelles la responsabilité du défendeur est engagée en fixant des critères de rattachement à ce groupe, puis détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes membres du groupe <sup>15</sup>. Ensuite, il fixe le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement peuvent se prévaloir du jugement sur la responsabilité et adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice <sup>16</sup>. Enfin, pour que ces derniers en soient informés, le juge ordonne au défendeur les mesures de publicité adaptées <sup>17</sup>.

### III. RAPPEL DES FAITS

39. La fédération X est implantée au sein de la société W depuis sa création le 29 mai 1945. Elle indique qu'elle constate de longue date l'existence de discriminations dans l'évolution de carrière et dans la progression salariale de ses représentants. Pour le syndicat, cette situation n'a pas cessé depuis que la société W a été intégrée à la société Y le 19 mai 2016.
40. Le 16 janvier 2004, un accord de groupe « *sur le développement du dialogue social* » est signé entre la direction de la société W et les organisations syndicales représentatives, dont la Fédération X.
41. Aux termes de cet accord, la direction affirme son souhait de mettre fin à toute discrimination syndicale et accepte de mettre en place un outil de suivi de l'évolution professionnelle et salariale des salariés élus et mandatés.
42. Le 9 juillet 2004, un autre « *accord de groupe relatif au règlement des différends sur l'évolution professionnelle passée de représentants syndicaux ou représentants du personnel* » est conclu. Il stipule qu'« *il est apparu nécessaire aux parties de mettre fin aux litiges concernant l'évolution de carrière antérieure des titulaires de mandats de représentants du personnel dans les sociétés du groupe W qui déclarent avoir subi ou subir à ce titre un préjudice dans leur évolution de carrière* ».
43. Aussi, l'accord propose une méthodologie pour reconstituer la rémunération d'un salarié mandaté ou élu (art. 3.1 et 3.2), ainsi que son évolution de carrière (art. 3.3).
44. Cette méthode est contestée par la Fédération X qui a refusé de signer l'accord aux motifs que le « *groupe de référence* » des comparants, pour pouvoir effectuer ces reconstitutions,

---

<sup>14</sup> V. spéc., DDD, n° 16-10, du 7 avril 2016, préc. (Pièce DDD n° 6).

<sup>15</sup> Art. 66, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, préc. (Pièce DDD n° 11).

<sup>16</sup> Art. 66 *in fine*, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, préc. (Pièce DDD n° 11).

<sup>17</sup> Art. 67, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, préc. (Pièce DDD n° 11).

exclut « *les salariés qui ont été promus dans le cadre d'un changement de catégorie professionnelle (exemple ouvrier promu agent de maîtrise ou technicien promu cadre ...)* » et plafonne le repositionnement salarial sur la base d'un salaire moyen du groupe de référence, dans la limite de 10 % (art. 4.2) et sur une période maximum de 15 ans (art. 3.1 et 3.2).

45. Entre le 23 décembre 2004 et le 7 janvier 2005, des protocoles d'accord de fin de contentieux sont signés entre la Fédération X et six sociétés du groupe W. Ils prévoient des dommages et intérêts pour réparer le préjudice passé de 168 salariés, ainsi que le repositionnement de la rémunération des salariés mandatés ou élus en poste <sup>18</sup>.
46. Par courrier en date du 30 novembre 2005 adressé au Directeur des ressources humaines de la société W, la Fédération X dénonce le fait que les salariés ayant fait l'objet d'un rattrapage dans le cadre de l'accord du 9 juillet 2004 auraient été écartés des mesures d'augmentation annuelles.
47. A partir de l'année 2005, le rachat par la Société A de la société W, entraîne la naissance de la société Y et la dénonciation des accords de groupe existants, dont l'accord du 16 janvier 2004 sur le développement du dialogue social.
48. Le 19 juillet 2006, un nouvel « *accord sur le développement du dialogue social dans le groupe Y* » est signé. Il reprend dans son article 17 l'outil de suivi de l'évolution de carrière des salariés mandatés ou élus tel que prévu par l'accord du 16 janvier 2004, soit sur la base d'une comparaison du salaire moyen des salariés de la même catégorie professionnelle, d'âge et d'ancienneté comparables.
49. Le 30 janvier 2009, la société Y a signé un accord avec les organisations syndicales représentatives, dont la Fédération X. Son article 6.2 reprend les termes de l'article 17 de l'accord de groupe.
50. A compter du 4 avril 2011, un groupe de travail est mis en place pour améliorer l'outil de suivi de l'évolution de carrière des salariés mandatés ou élus, mais aucune précision ou nouvelle disposition n'est adoptée.
51. Le 12 janvier 2012, une note émanant du Directeur des relations sociales du groupe Y à l'attention des coordinateurs syndicaux, leur indique que l'article 17 de l'accord sur le développement du dialogue social est unilatéralement modifié pour faire évoluer le groupe de référence permettant de reconstituer les évolutions de carrière et de rémunération.
52. Il est alors prévu que, dorénavant, cette reconstitution se fasse selon une comparaison par catégorie professionnelle pour les non-cadres (ouvriers, employés, techniciens et agents de maîtrise) et par position pour les cadres (de I à III). La condition d'âge comparable est également étendue.

---

<sup>18</sup> V. protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société W, 23 décembre 2004; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société S, 29 décembre 2004 ; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société Wa, 31 décembre 2004 ; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société Wb, 13 janvier 2005 ; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société Wc, 7 janvier 2005 (Pièces FÉDÉRATION X n<sup>os</sup> P.G. 3.1 à 3.8).

## VI. ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS

53. **Enquête sur les éléments versés aux débats.** Dans le cadre de l'assignation de la société Y par la Fédération X devant le TGI de Z, les parties ont produit des écritures dont il résulte plusieurs éléments de fait et de droit qui ont permis au Défenseur des droits de présenter à la société Y son analyse du dossier.
54. **Enquête contradictoire.** Par un courrier en date du 13 février 2019, reçu le 15 février 2019, le Défenseur des droits a en effet adressé à la société Y une note récapitulative et l'a invitée à formuler des observations en réponse. Cette note a pour objet de permettre à la société mise en cause d'apporter des justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne se prononce.
55. **Réponse de la société défenderesse.** En réponse, par un courrier en date du 12 mars 2019, la société Y a de nouveau présenté au Défenseur des droits les conclusions qu'elle entend produire devant le TGI, sans apporter d'arguments nouveaux ou répondre aux problèmes de droit sur lesquels le Défenseur des droits avait attiré son attention.
56. La société Y confirme cependant qu'elle « *conteste toute discrimination syndicale à l'encontre des représentants de la fédération X* » et se prévaut, pour le soutenir, « *d'une argumentation circonstanciée sur ce point devant le tribunal* ». Aussi, les conseils de la société renvoient « *à l'ensemble des éléments que l'entreprise a produit [...] devant la juridiction compétente* ».
57. **Problématiques juridiques relevant du droit de la non-discrimination.** Pour autant, et malgré le fait que la société Y ne s'est pas saisie de l'opportunité d'un échange contradictoire lors de l'enquête administrative du Défenseur des droits, l'analyse des éléments produits par chaque partie permet à l'institution de constater l'existence d'une discrimination syndicale systémique et collective et de présenter au juge une analyse sur les questions juridiques soulevées devant lui.

## V. ANALYSE JURIDIQUE

58. En cas d'accord collectif, comme en l'espèce, la protection juridique effective de la liberté syndicale repose sur l'importance du contrôle de sa conformité et de ses modalités de mise en œuvre par le juge judiciaire (1). Il est alors nécessaire d'explicitier la qualification de la discrimination prohibée et le principe d'aménagement de la charge de la preuve existant en ce domaine (2), ainsi que la réparation du préjudice des victimes (3).

### 1. LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA LIBERTE SYNDICALE

59. La liberté syndicale est consacrée par les sources les plus éminentes du droit international et interne des droits de l'Homme (1.1). Elles confèrent à l'interdiction des discriminations syndicales, qui en assurent l'effectivité, un caractère d'ordre public absolu (1.2), dont il n'est pas possible d'éluider l'application par voie de convention, comme entend s'en prévaloir la société mise en cause (1.3).

## 1.1. SOURCES NORMATIVES

60. **Droit des Nations Unies.** La liberté syndicale est un droit fondamental essentiel dans toute société démocratique. A ce titre, il est protégé par l'article 23 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, selon lequel « *toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* ». L'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels des Nations unies stipule également que les syndicats ont le droit d'exercer librement leur activité, sans aucune limitation.
61. L'Organisation internationale du travail (OIT) protège la liberté syndicale au titre des conventions n<sup>os</sup> 87 et 88. La convention n<sup>o</sup> 111 relative à l'interdiction des discriminations est présentée comme la condition d'existence et d'exercice de la liberté syndicale. Les conventions de l'OIT sont d'effet direct en droit français (v. notamment, Cass. soc., 13 février 2019, pourvois n<sup>os</sup> 18-17.042 et autres).
62. **Droit du Conseil de l'Europe.** Le Conseil de l'Europe garantit également la liberté syndicale et l'interdiction des discriminations dans son exercice au titre des articles 11 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.
63. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle avec constance que l'interdiction de porter atteinte au droit fondamental qu'est la liberté syndicale implique que les Etats assurent, par leur législation, une « *protection claire et effective* » contre la discrimination syndicale (Cour EDH, 30 juillet 2009, req. n<sup>o</sup> 673336/01).
64. Par ailleurs, la Charte sociale européenne affirme, dans son article 28, qu'« *afin d'assurer l'exercice effectif du droit des représentants des travailleurs de remplir leurs fonctions de représentants, [ils doivent] bénéfic[i]er dans l'entreprise d'une protection effective contre les actions qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs dans l'entreprise* ».
65. **Droit de l'Union européenne.** Dans le droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux garantit le respect de la liberté syndicale et de l'exercice des droits syndicaux dans son article 12. Elle affirme ensuite, à l'article 21, l'interdiction des discriminations dans ce domaine. La charte est d'application directe en droit interne (CIJUE, 17 avril 2018, Egenberger, C 414/16).
66. La Cour de justice de l'Union européenne se fonde également sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme pour reconnaître à la liberté syndicale la valeur d'un principe général du droit communautaire (CJCE, 28 octobre 1975, aff. 36/75, §32 ; CJCE, 6 déc. 2007, aff. C-438/05 ; CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05).
67. **Constitution.** En droit interne, la liberté syndicale est proclamée par les 6<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> alinéas du Préambule de la Constitution de 1946. Ils affirment respectivement que « *tout Homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* » et que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».
68. **Loi n<sup>o</sup> 2008-496, du 27 mai 2008.** Pour s'assurer de l'effectivité de l'interdiction des discriminations et respecter les engagements internationaux de la France dans ce domaine, le législateur a adopté la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Non codifié, ce

texte source définit les manifestations de la discrimination réprimées en droit français et fixe le régime juridique de cette prohibition <sup>19</sup>.

69. **Code du travail.** L'exercice de la liberté syndicale est aussi garanti par le code du travail. L'article L. 1132-1 de ce code pose en effet un principe de non-discrimination dans les relations professionnelles en vertu duquel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en raison de ses activités syndicales.
70. L'article L. 2141-5 du code du travail précise l'étendue de l'interdiction des discriminations syndicales en rappelant que l'employeur ne peut pas prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière 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.
71. Enfin, il convient de rappeler que les dispositions relatives au respect de la liberté syndicale figurent parmi les clauses obligatoires des conventions collectives susceptibles d'extension (art. L. 2261-22 c. trav.).
72. **Code pénal.** L'importance de l'interdiction des discriminations syndicales est enfin signifiée par son incrimination dans le code pénal, lequel a une valeur symbolique forte dès lors qu'il énonce les intérêts que l'Etat entend protéger. Or, ses articles 225-1 et 225-2 disposent qu'une discrimination est constituée par « *toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement [...] de leurs activités syndicales* ». C'est un délit puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Lorsqu'il est commis par une personne morale, elle encourt le quintuple de cette peine d'amende, soit 225 000 euros (art. 131-38 du code pénal).
73. **Engagements des partenaires sociaux.** Il existe un engagement de longue date des partenaires sociaux pour proscrire les discriminations dans l'évolution de carrière et la progression salariale des représentants du personnel élus ou mandatés. Il a été rappelé par la position commune des partenaires sociaux sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, en date du 9 avril 2008. Ils insistaient sur le fait que « *le principe de non-discrimination en raison de l'exercice de l'activité syndicale doit trouver sa traduction concrète dans le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales, de façon à ce que l'exercice normal de telles responsabilités ne pénalise pas l'évolution professionnelle des intéressés* <sup>20</sup> ».
74. Cette déclaration s'est traduite par une garantie de non-discrimination salariale instaurée à l'article L. 2141-5-1 du code du travail par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. Il dispose qu'« *en l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant les garanties d'évolution de la rémunération des salariés [élus ou mandatés] au moins aussi favorables que celles mentionnées au présent article, ces salariés, lorsque le nombre d'heures de délégation dont ils disposent sur l'année dépasse 30 % de la durée de travail fixée dans leur contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement, bénéficient d'une évolution de rémunération au sens de l'article L. 3221-1, au moins égale, sur l'ensemble de la durée de leur mandat, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable ou, à*

---

<sup>19</sup> Pièce DDD n° 31.

<sup>20</sup> La position commune du 9 avril 2008, signée par la CFDT et la CGT d'une part et le MEDEF et la CGPME d'autre part.

défaut, de tels salariés, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles ».

75. **Accord de branche de la métallurgie.** L'accord de branche du 26 avril 2010 sur les voies et moyens du dialogue social dans la Métallurgie, applicable en l'espèce, prévoit que « l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale ne peuvent, en aucun cas, être pris en compte pour arrêter des décisions en matière notamment d'embauche, de formation, de rémunération et d'évolution de carrière » (Titre V). Ainsi, les modalités de la conciliation de l'exercice du mandat et de la poursuite de l'activité professionnelle sont envisagées (art. 18).

## 1.2. ORDRE PUBLIC ABSOLU

76. **Caractère d'ordre public absolu en droit interne.** La force normative des dispositions qui consacrent la liberté syndicale précédemment rappelées confère à l'interdiction des discriminations en raison des activités syndicales qui en garantissent l'effectivité, un caractère d'ordre public absolu. Les juridictions le rappellent avec constance lorsqu'elles se fondent, pour condamner les discriminations syndicales, sur le « caractère d'ordre public absolu des règles sur le droit syndical et la protection qui y est attachée » (v. not. CA Caen, 21 déc. 2018, RG n° 16/04727<sup>21</sup> ; CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038<sup>22</sup>).

77. De plus, l'article L. 2141-8 du code du travail dispose expressément que les dispositions relatives à l'interdiction des discriminations syndicales [articles L. 2141-5 à L. 2141-7] « sont d'ordre public. Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts ».

78. **Ordre public international et européen.** L'ordre public européen traduit une ambition collective minimum à l'échelle internationale et européenne visant à protéger un ensemble de droits fondamentaux<sup>23</sup>. L'interdiction des discriminations, parce qu'elle assure l'égalité jouissance à tout individu de ces droits fondamentaux, dont la liberté syndicale, est une garantie essentielle pour l'effectivité de l'ordre public transnational (Cour EDH, 13 nov. 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n° 57325/00)<sup>24</sup>.

79. **Ordre public indérogeable.** En droit interne, le respect de cette hiérarchie des normes est organisé par l'article 6 du code civil, selon lequel « on ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La prohibition des discriminations relève donc d'un ordre public absolu, non-supplétif de volonté. Il n'est donc pas possible de se soustraire à l'application de l'interdiction des discriminations par convention. Son effectivité s'en trouverait nécessairement altérée.

80. **Obligation de respect par les accords collectifs de l'interdiction des discriminations.** Il en résulte que les acteurs sociaux, lorsqu'ils négocient et concluent des accords collectifs, doivent veiller au caractère licite de leur contenu et de leurs effets. Ces exigences relèvent de la responsabilité des négociateurs. L'autonomie collective trouve une limite dans les lois d'ordre public auxquelles il est absolument interdit de déroger par accord collectif, peu

---

<sup>21</sup> Pièce DDD n° 14.

<sup>22</sup> Pièce DDD n° 15 : « Considérant que l'interdiction de la discrimination syndicale assure la protection du principe constitutionnel de la liberté syndicale, reconnu également en droit international et européen par la convention 87 de l'Organisation internationale du travail, les articles 11 de la convention européenne des droits de l'homme et 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

<sup>23</sup> V. C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, préf. F. SUDRE, Doc. fr., 2001.

<sup>24</sup> V. en ce sens, F. SUDRE, *L'ordre public européen*, in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 109, n° 19.

important, par exception aux principes généraux, que celui-ci ait ou non œuvré dans un sens plus favorable aux salariés.

81. Le code du travail rappelle en effet à l'article L. 2251-1 que, si le législateur permet aux conventions et accords collectifs de déroger aux dispositions légales en vigueur, sans être nécessairement plus favorables aux salariés, ils ne sauraient, en toute hypothèse, déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.
82. Il est donc admis de longue date, par la Cour de cassation, qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou d'entraver pour les salariés l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti (Cass. soc., 7 juin 1995, pourvoi n° 93-42.789).
83. De même, constitue une discrimination la stipulation d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux qui limite pour ces seuls salariés la progression de rémunération dont ils peuvent bénéficier à la suite d'une promotion (Cass. soc., 24 sept. 2008, pourvoi n° 07-40.935 ; Cass. soc., 26 sept. 2012, pourvoi n° 07-40.935).
84. Par ailleurs, un employeur ne peut pas se prévaloir de l'« *effet globalement plus favorable* » d'un accord collectif par l'ensemble des salariés, dès lors que celui-ci a des conséquences discriminatoires à l'égard de certains (Cass. soc. 5 mai 2017, pourvoi n° 15-19.449 ; Cass. soc., 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-19.949 <sup>25</sup>).
85. **Contrôle par le juge judiciaire de la conformité des accords collectifs.** Le juge judiciaire a un rôle éminent dans le contrôle de la conformité des accords collectifs aux dispositions d'ordre public. Il est en effet le seul compétent pour apprécier *a posteriori* la légalité d'une convention collective, même entendue.
86. La Cour de cassation a donc récemment rappelé qu'il revient au juge judiciaire d'exercer un contrôle de licéité sur les accords collectifs afin de vérifier qu'ils respectent les dispositions légales et conventionnelles d'ordre public interdisant les discriminations (Cass. soc., 17 janvier 2018, préc. <sup>26</sup>).
87. La Cour de justice renvoie également régulièrement à cet office du juge qui se doit d'écarter les stipulations des conventions collectives comportant des clauses discriminatoires ou ayant des effets discriminatoires. Elle insiste sur le fait que les accords collectifs conclus par les partenaires sociaux doivent respecter le principe de non-discrimination protégeant un droit fondamental visé par les conventions internationales et les principes généraux du droit, à l'instar des lois nationales des Etats membres (v. not., CJCE, 30 janvier 1985, Demark, 143/83 ; CJCE, 7 février 1992, Nimz, C-184/89 ; CJCE, 29 janvier 1993, Enderby, C 127/92 ; CJUE, 13 septembre 2011, Prigge, C-184/89 ; CJUE, 12 décembre 2013, Hay, C-447/09 <sup>27</sup>).
88. Il faut rappeler que les dispositions conventionnelles susceptibles de produire une discrimination interdite par la loi ne bénéficient pas d'une présomption de justification liée à leur signature par des organisations syndicales représentatives (Cass. soc., 17 janvier 2018, préc. <sup>28</sup>), contrairement à ce qui est admis en matière d'atteinte au principe de l'égalité de traitement.
89. Enfin, la Cour de cassation a récemment précisé que, dans les domaines où le droit de l'Union est mis en œuvre, à l'instar du droit de la non-discrimination, il ne saurait y avoir de présomption générale de justification des différences de traitements opérée par voie de convention ou d'accords collectifs en ce que cela revient à le priver d'effet en faisant peser

---

<sup>25</sup> Pièce DDD n°s 16 et 17.

<sup>26</sup> Pièce DDD n° 17.

<sup>27</sup> Pièce DDD n° 18.

<sup>28</sup> Pièce DDD n° 17.

sur le demandeur la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité (Cass. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.1970).

### 1.3. CONTRADICTION AVEC LES ACCORDS APPLICABLES AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ Y

90. **Arguments de la Fédération X demanderesse.** En l'espèce, la Fédération X estime qu'il existe au sein de la société Y une discrimination frappant les salariés élus et mandatés qui lui sont affiliés en raison de leurs activités syndicales. Elle serait notamment constituée par « *l'addition d'actes défavorables de différentes natures et de différents auteurs au sein de l'entreprise* ». Le syndicat demandeur dénonce notamment à ce titre les accords successivement conclus au sein de l'entreprise et du groupe <sup>29</sup>.
91. **Arguments de la société Y défenderesse.** La société Y se prévaut pour sa part de la force obligatoire de son accord de groupe sur le développement du dialogue social en date du 19 juillet 2006. Elle le présente comme un « *outil supra légal* » <sup>30</sup>.
92. La société Y tire en premier lieu argument de l'existence même de cet accord au motif que, si l'article L. 2141-5 alinéa 2 du code du travail dispose qu'il doit être négocié « *un accord [qui] détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales* », il n'existe pas une obligation légale de négocier ou de conclure un accord collectif au sein de l'entreprise ayant vocation à garantir une évolution de rémunération des salariés mandatés ou élus <sup>31</sup>.
93. En second lieu, la société Y s'en remet à la légitimité intrinsèque de ses accords, en ce qu'ils procéderaient de la négociation collective <sup>32</sup>.
94. **Rappel des stipulations conventionnelles discutées.** Le Défenseur des droits rappelle que l'accord du groupe Y sur le développement du dialogue social en date du 19 juillet 2006, détermine le cadre « *de l'évolution salariale et [des] audit[s] de positionnement professionnel des élus et mandatés* » <sup>33</sup>.
95. L'article 17 stipule en effet : « *avant les décisions concernant les mesures salariales de l'année en cours, la direction met à disposition de chaque organisation syndicale un document retraçant l'évolution du positionnement salarial individuel de ses élus et mandatés sur les 3 dernières années. Ce positionnement est établi par une comparaison au salaire moyen des salariés de la même catégorie professionnelle (cadres, employés, techniciens, agents de maîtrise, ouvriers), d'âge et d'ancienneté comparables. D'autres éléments peuvent être pris en considération, parmi lesquels le niveau de formation. Cette analyse comporte un bilan du nombre d'entretiens individuels réalisés et du suivi des formations retenues lors de ces entretiens.*
- Elle ne doit pas conduire à communiquer les salaires individuels. Par conséquent, pour toute catégorie professionnelle inférieure à 10 salariés, cette comparaison ne sera pas mise à disposition.*
- La direction et l'organisation syndicale établissent un constat partagé sur l'évolution salariale du salarié mandaté sur cette période en tenant compte de l'appréciation portée par la hiérarchie. [...].*
- Chaque société définit avec les partenaires sociaux les modalités de mise en œuvre de ces principes ».*
96. Cette stipulation a été unilatéralement modifiée le 12 janvier 2012, par l'intermédiaire d'une note émanant du Directeur des relations sociales du groupe Y à l'attention des coordinateurs

<sup>29</sup> V. Conclusions pour la fédération X devant le TGI de PARIS en date du 11 mars 2019 p. 26 et s.

<sup>30</sup> V. Conclusions pour la société Y devant le TGI de PARIS en date du 5 février 2019 p. 11.

<sup>31</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 22.

<sup>32</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 22 et s.

<sup>33</sup> Art. 17, Accord du Groupe Y sur le développement du dialogue social, 19 juillet 2016 (Pièce DDD n° 19).

syndicaux. Un « *descriptif de la méthodologie pour la gestion de l'évolution de carrière des élus ou mandatés* » est annexé <sup>34</sup>.

97. Au titre des « *modalités de la comparaison* » et spécifiquement de sa composition, il est indiqué :
- « *La comparaison doit contenir au moins 10 salariés pour être effectuée :*
- *par catégorie professionnelle pour les non-cadres (O/E/T/AM) ;*
  - *par position pour les cadres ;*
- en ne prenant en compte que les salariés ayant un âge comparable (+ ou - 5 ans) à celui de l'élu mandaté.*
- A défaut d'un panel de comparaison valable (au moins 10 salariés) avec la condition précédente, la condition d'âge comparable sera étendue à + ou - 7 ans.*
- A nouveau, à défaut d'un panel de comparaison valable (au moins 10 salariés) avec la condition précédente, la condition d'âge sera alors exclue ».*
98. Toujours, dans les « *modalités de la comparaison* », le descriptif méthodologique précise « *la référence salariale du panel de comparaison* ». Il prévoit à ce titre que :
- « *Le salaire de base brut moyen pour le panel de décembre à l'exclusion de :*
- *Toutes les autres prises (fonction, commandement, travail de nuit, en équipes ...)*
  - *Heures supplémentaires*
  - *Primes d'ancienneté, etc. ... ».*

99. L'accord applicable au sein de la société Y sur le droit syndical et les institutions représentatives du 30 janvier 2009, se fait plus précis dans son article 6.2 relatif aux « *modalités de suivi* » et selon lequel :

« *Afin de permettre un échange avant les décisions concernant l'évolution de carrière des élus et mandatés, un bilan de situation des détenteurs de mandats est réalisé chaque année par la direction d'établissement avec deux représentants de l'organisation syndicale. A cette occasion, elle remet aux représentants un document retraçant l'évolution du positionnement salarial individuel des élus et mandatés de l'organisation syndicale sur les trois dernières années.*

*Ce positionnement est établi par une comparaison, au niveau de l'entreprise, au salaire moyen des salariés de la même catégorie professionnelle (cadres employés, techniciens, agents de maîtrise, ouvriers), d'âge et d'ancienneté comparable. D'autres éléments peuvent être pris en considération, parmi lesquels le niveau de formation. Cette analyse comporte un bilan du nombre d'entretiens individuels réalisés et du suivi des formations retenus et réalisées.*

*L'analyse comparative ne doit pas aboutir à communiquer les salaires individuels. Par conséquent, pour toute catégorie professionnelle inférieure à 10 salariés la base de comparaison serait élargie.*

*En cas de positionnement et/ou d'évolution de carrière inférieurs à la moyenne des rémunérations des salariés comparés, le salarié détenteur de mandat sera reçu par la hiérarchie afin que cet aspect soit explicité ».*

100. **Rappel des conditions jurisprudentielles d'une reconstitution objective des carrières et des rémunérations.** Ainsi définis, les critères adoptés par le groupe Y et repris par l'accord d'entreprise de la filiale Y pour établir un panel de comparaison ne correspondent pas à ceux fixés par la jurisprudence pour garantir un examen objectif et précis de la situation professionnelle et salariale des représentants du personnel.

101. En effet, si la Cour de cassation laisse traditionnellement aux juges du fond une liberté dans l'appréciation des faits et des preuves, elle leur impose de contrôler la pertinence des panels

<sup>34</sup> Groupe Y, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

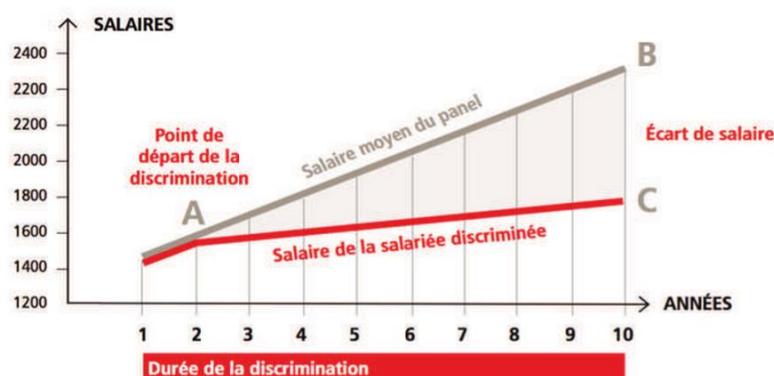
de comparaison qui leur sont soumis à l'appui d'une allégation de discrimination affectant l'évolution de carrière. Elle a donc identifié un certain nombre de conditions objectives pour la réalisation d'un panel de comparaison pertinent, c'est-à-dire permettant une reconstitution fidèle d'un parcours professionnel ordinaire.

102. **Critères de comparaison.** Il est ainsi désormais acquis qu'il convient de comparer la situation du salarié qui s'estime victime d'une discrimination à celle de salariés placés dans une situation comparable, laquelle s'entend comme celle des salariés qui :

- appartiennent à la même entreprise, voire au même établissement lorsqu'il existe ;
- embauchés à des niveaux de qualifications similaires (identité ou équivalence des diplômes) ;
- embauchés à une date proche, dans un écart de 1 à 3 ans maximum ;
- embauchés sur un emploi similaire.

Arrêtés par la chambre sociale de la Cour de cassation, ces critères minimum pour la réalisation d'un panel de comparaison précis (Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 ; Cass. soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-46.419 ; Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n°s 12-24.175 et autres ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362 ; Cass. soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-12.295 ; Cass. soc., 7 novembre 2018, pourvoi n° 16-20.759 <sup>35</sup>), ont également été consacrés par la chambre criminelle qui requiert des preuves très objectives (v. not. Cass. crim, 9 novembre 2004, n° 04-81.397 <sup>36</sup>).

103. **Méthode de calcul des écarts.** Lorsqu'un panel de comparaison est élaboré sur la base de ces critères jurisprudentiels, il convient de calculer le différentiel entre le traitement de celui qui allègue la discrimination avec le traitement moyen de cet échantillon de référence. Ce calcul se fait selon une « *méthode triangulaire* » ou encore dite « *méthode de triangulation* », en ce qu'elle est réalisée sur le modèle de l'aire d'un triangle A-B-C : A représente la date d'apparition de la différence de traitement, B le traitement du salarié au point final de la comparaison et C le traitement des salariés comparants à cette même date. La discrimination est alors démontrée lorsque la comparaison au point final C fait état d'une disparité. Elle est enfin quantifiée par le différentiel entre le niveau de positionnement et de rémunération de la victime et le niveau moyen de ses comparants.



104. **Applications par les juges du fond.** L'ensemble des juridictions du fond se réfèrent aux critères jurisprudentiels de constitution des panels et à la méthode de triangulation pour identifier un retard de progression professionnelle et/ou salariale en raison des activités syndicales <sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Respectivement, pièces DDD n°s 22 à 27.

<sup>36</sup> Pièce DDD n° 28.

<sup>37</sup> V. not., et récemment,

105. Il n'est donc pas exact pour la société Y de soutenir que la Fédération X réclame à la juridiction saisie la reconnaissance d'une « obligation de conclure un accord collectif entérinant "sa" méthode de comparaison <sup>38</sup> ».
106. S'il est vrai que cette méthode a été mise en place par un de ses adhérents, Monsieur B, qui l'a diffusée au sein de la fédération X <sup>39</sup>, elle est entérinée par la Cour de cassation <sup>40</sup> et les juridictions du fond qui n'hésitent pas à s'y référer pour rejeter les allégations de discriminations syndicales qui ne serait pas assez étayées sur son fondement <sup>41</sup> ou les écarter en validant les panels des employeurs qui lui correspondent <sup>42</sup>.
107. De plus, cette méthode est reprise par l'ensemble du paysage syndical français. La CDFT <sup>43</sup>, la CFTC <sup>44</sup>, la CFE-CGC <sup>45</sup>, le syndicat FO <sup>46</sup> et des syndicats indépendants <sup>47</sup> s'en emparent pour établir la discrimination subie par leurs salariés élus et mandatés.
108. De nombreuses entreprises se prévalent aussi de la méthode de triangulation pour apprécier les évolutions de carrières de leurs représentants syndicaux et identifier des situations de discrimination à réparer <sup>48</sup>.

CA Agen, 14 août 2018, RG n° 17/00097	CA Paris, 1 <sup>er</sup> avril 2015, RG n° 12/09371 et 12/09373 (2 arrêts)
CA Aix en Provence 10 février 2009, RG n° 07/10799 et 07/11520 (2 arrêts)	CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/00722
CA Aix-en-Provence, 28 avril 2017, RG n° 14/17102	CA Paris, 26 septembre 2018, RG n° 14/14483
CA Amiens, 31 janvier 2018, RG n° 16/03206	CA Paris, 27 juin 2018, RG n° 16/05360
CA Angers, 31 janvier 2017, RG n° 14/02042	CA Paris, 28 mars 2018, RG n° 14/13240
CA Besançon, 15 janvier 2019, RG n° 17/02448	CA Paris, 29 novembre 2012, RG n° 10/06462, 10/06463, 10/06464, 10/06465 (4 arrêts)
CA Caen, 2 février 2018, RG n° 16/02344	CA Paris, 4 juin 2015, RG n° 14/00271
CA Colmar, 13 septembre 2012, RG n° 10/01985, 10/02462, 10/01984, 10/01984, 10/01986 (4 arrêts)	CA Paris, 4 mars 2016, RG n° 12/10491
CA Colmar, 28 janvier 2016, RG n° 14/01392	CA Paris, 4 octobre 2016, RG n° 14/14360, 14/14365, 14/14366, 14/14368 (4 arrêts)
CA Douai, 20 décembre 2013, RG n° 2627/13	CA Pau, 12 décembre 2013, RG n° 11/0446
CA Douai, 31 mars 2017, RG n° 999/17	CA Poitiers, 21 mars 2018, RG n° 16/02290
CA Lyon, 10 janvier 2014, RG n° 13/03119 -	CA Rennes, 1 <sup>er</sup> mars 2017, RG n° 13/07560
CA Lyon, 16 mars 2018, RG n° 16/00170	CA Toulouse, 12 février 2010, RG n° 08/06198 et 09/00509 (2 arrêts)
CA Lyon, 28 janvier 2015, RG n° 13/08937	CA Toulouse, 1 <sup>er</sup> avril 2016, RG n° 12/04429
CA Nancy, 2 décembre 2016, RG n° 14/00826	CA Toulouse, 8 juillet 2016, RG n° 10/06109 et 13/06109 (2 arrêts)
CA Nancy, 4 septembre 2009, RG n° 06/00848	CA Versailles, 14 novembre 2006, RG n° 05/05037
CA Nîmes, 5 juillet 2016, RG n° 15/04705	CA Versailles, 18 avril 2013, RG n° 11/02096
CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038	CA Versailles, 21 juin 2016, RG n° 14/03226 et 08/06104, 08/06106, 08/06130, 08/06192, 08/06194 (6 arrêts)
CA Paris, 10 janvier 2019, RG n° 18/01710	
CA Paris, 15 juin 2016, RG n° 15/01366	
CA Paris, 18 mai 2017, RG n° 18 mai 2017	

<sup>38</sup> V. Conclusions pour la société Y devant le TGI de PARIS en date du 5 février 2019, p. 27.

<sup>39</sup> V. *Agir contre la discrimination syndicale. Le droit en pratique*, Dr. ouvr., avr. 2005 ; *Discrimination syndicale. La stratégie de la CGT*, Sem. soc. Lamy, 15 nov. 2004 ;

<sup>40</sup> V. *supra* n° 102.

<sup>41</sup> V. not., CA Amiens, 31 janvier 2018, RG n° 16/03206 ; CA PARIS, 22 mars 2017, RG n° 14/05653.

<sup>42</sup> V. not., CA Paris, 24 janvier 2019, RG n° 15/03318.

<sup>43</sup> V. not., CA Poitiers, 21 mars 2018, RG n° 16/02290 ; CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/00722 ; CA Amiens, 31 janvier 2018, RG n° 16/03206 ; CA Colmar, 28 janvier 2016, RG n° 14/01392 ; CA Paris, 22 mars 2017, RG n° 14/05653 ; CA Toulouse, 1<sup>er</sup> avril 2016, RG n° 12/04429 ; CA Nîmes, 5 juillet 2016, RG n° 15/04705.

<sup>44</sup> V. not., CA Paris, 28 mars 2018, RG n° 14/13240.

<sup>45</sup> V. not., CA Paris, 4 mars 2016, RG n° 12/044291.

<sup>46</sup> V. not., CA Paris, 10 janvier 2019, RG n° 18/01710.

<sup>47</sup> V. not., CA Paris, 27 juin 2018, RG n° 16/05360 ; CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038.

<sup>48</sup> V. notamment les accords sur le dialogue social applicables au sein des groupes PSA (2009), DCNS (2012), GRDF (2014) et Solvay France (2016 et 2017). *Adde* Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc., p. 65.

109. La méthode de triangulation est également utilisée par les parties, et validée par les juges, dans d'autres contentieux que la discrimination syndicale, comme celui des discriminations fondées sur l'origine <sup>49</sup>, le handicap <sup>50</sup>, le sexe <sup>51</sup> ou encore l'état de grossesse et le bénéfice de congés parentaux <sup>52</sup>.
110. Enfin, le Défenseur des droits en fait usage pour apprécier l'existence de discriminations dans l'évolution de carrière en raison des activités syndicales <sup>53</sup>, mais aussi lorsque ce type de discrimination est fondé sur un autre critère comme le sexe <sup>54</sup> ou l'origine <sup>55</sup>.
111. **Analyse de la licéité de l'outil conventionnel de suivi des carrières au sein de la société Y.** En considération des critères jurisprudentiels d'un panel de comparaison pertinent et de la méthode de calcul triangulaire qu'il permet de déployer, le Défenseur des droits observe que l'outil de suivi des carrières prévu par l'accord de groupe du 19 juillet 2006 et l'accord d'entreprise du 30 janvier 2009, n'est pas de nature à identifier l'ampleur des blocages ou ralentissements dans l'évolution de carrière des salariés élus et mandatés à 4 égards :
112. **1) Absence de considération des conditions d'embauche par une appréciation rétroactive et limitée dans le temps de l'évolution de carrière.** Il est constant que, pour reconstituer *a posteriori* une évolution de carrière, il convient de se référer aux conditions d'embauche, en sélectionnant des salariés comparants « *recrutés à la même période, au même niveau de qualification et à des postes de même niveau* <sup>56</sup> ».
113. Or, en choisissant d'analyser l'évolution de carrière d'un représentant du personnel que sur 3 années de façon rétroactive, la société Y réalise des panels de comparaison conventionnels qui évincent les comparants embauchés dans les mêmes conditions que la victime de discrimination potentielle, alors même que c'est vis-à-vis d'eux qu'il est possible d'apprécier des conditions de progression professionnelle ordinaire. Il s'agit en effet de considérer l'avancée de ceux qui avaient les mêmes chances de départ que l'intéressé, en considération des qualifications et du poste occupé. Une date d'entrée proche dans les effectifs, selon une variable de 1 à 3 ans maximum, permet ensuite de considérer que tous ont eu les mêmes opportunités de promotion ou de formation.
114. Il n'y a donc pas lieu d'exclure de la comparaison, comme le font *de facto* les stipulations litigieuses en se référant à des comparants relevant du même statut, les salariés qui ont « *connu une progression particulière ou qui ont changé de statut ou de positionnement au cours de leur carrière ne peuvent pas être retirés du panel représentatif* <sup>57</sup> ».
115. Au contraire, l'exclusion des salariés embauchés dans les mêmes conditions d'emploi et de qualification à une date similaire à celui dont la situation est évaluée, souligne le fait que le panel conventionnel, du fait de sa rétroactivité limitée, est inapproprié pour

<sup>49</sup> CPH Bobigny, 23 mai 2017, RG n° 14/03308 ; CPH Calais, 24 janvier 2014, RG n° 13/00288.

<sup>50</sup> V. not., CA Douai, 29 juin 2018, RG n° 15/04404.

<sup>51</sup> V. not. CA Paris, 15 février 2017, RG n° 15/09060.

<sup>52</sup> V. not., CA Paris, 1<sup>er</sup> avril 2015, RG n° 14/00903.

<sup>53</sup> V. not. ; par ex. DDD, déc. n°2017-179 du 26 janvier 2017 ; DDD, déc. n° 2013-241 du 12 déc. 2013 ; DDD, déc. n° 2012-156 du 20 novembre 2012 ; DDD, déc. n° 2012-20, du 20 février 2012.

<sup>54</sup> V. not. DDD déc. n° 2015-116 du 13 mai 2015 ; DDD déc. n° 2012-49 du 24 mai 2012.

<sup>55</sup> V. not., DDD n° 2015-269 du 17 novembre 2015 ; DDD, déc. n° 2012-49 du 24 mai 2012

<sup>56</sup> V. not., Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 ; Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n°s 12-24.175 et s. ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362 ; déc. précitées à la note de bas de page n° 42.

<sup>57</sup> V. en ce sens, CA Lyon, 16 mars 2018, RG n° 16/00170 : « *attendu que pour mettre en évidence une discrimination subie par un salarié dans l'évolution de sa carrière et celle de sa rémunération, une comparaison de la situation de l'intéressé doit être opérée avec celle d'autres salariés placés dans une situation comparable ; Qu'ainsi s'agissant d'une demande portant sur une discrimination en matière d'évolution professionnelle et de rémunération, il appartient au juge de se prononcer sur la base d'un panel de comparaison qui doit être réalisé à partir de salariés embauchés au même niveau et sensiblement à la même époque que le salarié qui invoque la discrimination ; Que les salariés ayant connu une progression particulière ou qui ont changé de statut ou de positionnement au cours de leur carrière ne peuvent pas être retirés du panel représentatif* ».

apprécier l'impact de l'engagement syndical sur la carrière d'un salarié et s'il a neutralisé son évolution de carrière, et ce *a fortiori* s'il a débuté avant la période de trois ans analysée.

116. Pour les juges du fond, il est au contraire acquis que « *le panel de comparaison doit être réalisé à partir de salariés embauchés au même niveau et sensiblement à la même époque que [celui qui s'estime victime d'une discrimination et] avec un niveau de formation comparable* », de sorte « *ne peuvent être retirés du panel représentatif des salariés ayant connu une progression particulière ou qui ont changé de statut ou de positionnement au cours de leur carrière* » (CA Lyon, 10 janvier 2014, RG n° 13/03119 ; CA Lyon, 16 mars 2018, RG n° 16/00170).
117. De plus, et c'est fondamental, l'appréciation rétroactive sur 3 ans de l'évolution de carrière ne prend pas en considération la date du premier mandat, soit la date à laquelle l'employeur a incontestablement eu connaissance des activités syndicales de l'intéressé. Pour qualifier une discrimination, il faut identifier si l'engagement syndical est ce qui motive la différence de traitement dans l'évolution de carrière et de rémunération dénoncée. Ainsi, sauf à rechercher une rupture d'égalité de traitement entre salariés, sans référence au critère prohibé des activités syndicales, il n'est pas pertinent de ne pas se référer au 1<sup>er</sup> mandat. L'ignorer revient à limiter l'identification et la réparation de la discrimination sur une période maximum de 4 ans. L'incidence de l'éventuel engagement syndical passé d'un salarié n'est alors pas considérée.
118. A cet égard, les accords de la société Y sont manifestement illicites puisqu'ils sont en contradiction avec l'article L. 1134-5 du code du travail aux termes duquel il convient de « *réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».
119. Ces insuffisances du panel de comparaison conventionnel ont déjà été signifiées au groupe Y par la Cour d'appel de C, le 15 mars 2018, constatant une situation de discrimination syndicale dans l'évolution de carrière au sein d'une autre filiale, la société D<sup>58</sup>. Elle lui rappelait que « *le contrôle de l'existence d'une différence de traitement en cours de carrière est différent de celui visant à faire respecter la règle "à travail égal, salaire égal". En effet l'application de cette règle nécessite de se placer à un moment donné et de comparer les salaires de personnes exerçant les mêmes fonctions dans un même service. En revanche, l'existence d'une éventuelle discrimination lors de l'évolution de la carrière nécessite de comparer la situation des salariés embauchés à la même époque, à un niveau professionnel comparable depuis la date d'apparition de la situation susceptible de discrimination (point initial de comparaison)*<sup>59</sup> ».
120. **2) Des comparants non-pertinents sélectionnés en considération de leur situation présente dans un périmètre trop vaste.** Dans les accords de groupe et d'entreprise de la société Y, la comparaison se fait d'une part, au titre de la catégorie professionnelle pour les non-cadres et selon un écart d'âge de 5 ans, voire de 7 ans et même sans une quelconque référence à l'âge<sup>60</sup>.
121. S'agissant d'abord de la référence à la catégorie professionnelle, c'est-à-dire à la qualité d'employé, de technicien, d'agent de maîtrise ou d'ouvrier, le Défenseur des droits relève qu'elle est trop large pour permettre une juste appréhension des compétences du salarié dans une fonction donnée. C'est pourtant bien celles-ci qui déterminent ses opportunités d'évolution de carrière, notamment quant à son positionnement au sein d'une catégorie professionnelle et aux missions qui peuvent lui être confiées.

<sup>58</sup> CA C, 15 mars 2018, *Société D c. Alain G.*, RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

<sup>59</sup> CA C, 15 mars 2018, *id.*, RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

<sup>60</sup> V. *supra* n°s 96 et s. ; Groupe Y, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

122. C'est la raison pour laquelle les Cours d'appel estiment que « *la comparaison concernant le déroulement de carrière doit être faite avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplômes et de qualification à une date voisine, dès lors que la possession de diplômes sanctionne des connaissances et des compétences acquises au cours d'études secondaires, utiles à l'exercice des fonctions occupées* » (CA Versailles, 18 avril 2013, RG n° 11/02096). Elles expliquent ainsi que « *le panel de comparaison est pertinent [lorsque] les salariés qui y ont été intégrés se trouvent dans une situation comparable caractérisée par des fonctions identiques ou proches reposant sur les mêmes formations et savoir-faire et une ancienneté similaire permettant des mises en parallèle significatives de leurs carrières respectives* » (CA Colmar, 13 septembre 2012, RG n°s 10/01984 et s. – 5 arrêts <sup>61</sup>).
123. En l'espèce, l'amplitude du panel de comparaison conventionnel fondée sur la catégorie professionnelle a été corrigée par la Direction des relations sociales du groupe Y dans sa note du 12 janvier 2012, pour les seuls cadres, dont la situation est depuis appréciée selon leur position. Mais l'imprécision de la comparaison demeure pour les non-cadres, soit pour la majorité des représentants du personnel.
124. S'agissant ensuite de l'écart d'âge entre les comparants, il apparaît qu'il accroît le manque de pertinence du panel conventionnel en entretenant une confusion entre l'âge et l'ancienneté des comparants qu'ils amalgament. Seule l'ancienneté est un critère de comparaison pertinent en ce qu'elle peut expliquer objectivement une différence de traitement procédant d'une valorisation distincte de l'expérience professionnelle acquise au sein de l'entreprise <sup>62</sup>.
125. Or, sélectionner des référents ayant un écart d'âge de 5 à 7 ans au moment de la comparaison rétroactive sur 3 ans, comme l'indique le descriptif de la méthodologie pour la gestion de l'évolution de carrière des élus ou mandatés <sup>63</sup>, n'est pas un gage d'une ancienneté comparable et d'une valorisation similaire de l'expérience professionnelle au sein de l'entreprise. Elle n'est donc pas pertinente.
126. Enfin, il est particulièrement inapproprié d'écarter expressément de la comparaison les salariés ayant la même formation que celui qui s'estime victime d'une discrimination <sup>64</sup>. Pour cause, c'est la formation et les diplômes qui sont des critères d'individualisation objectifs des positionnements et des niveaux de rémunération lors de l'embauche.
127. Ils doivent donc *a minima* être pris en considération lorsque le début de la relation contractuelle de travail est le point de départ de la comparaison, mais aussi lorsque celle-ci est rétroactive. De fait, cela prive la comparaison de toute pertinence si la situation de plusieurs salariés est mise en parallèle alors qu'ils n'ont pas la même formation et donc le même salaire d'embauche.
128. **3) Une comparaison visant à déterminer un salaire théorique excluant les accessoires de salaires et les pertes de chances dans l'évolution de carrière.** Il ressort des stipulations combinées des accords de groupe et d'entreprise en débat que

---

<sup>61</sup> V. égal. CA Toulouse, 8 juillet 2016, RG n° 10/06109 : « *le panel de comparaison doit prendre en compte des salariés dont les données telles que l'environnement professionnel, l'ancienneté, la formation ou le degré de technicité dans l'exécution de la tâche sont similaires à celles du salarié invoquant la discrimination* ».

<sup>62</sup> V. Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2009, pourvoi n° 07-45.376, inédit.

<sup>63</sup> V. *supra* n°s 101 et s. ; Groupe Y, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

<sup>64</sup> V. *supra* n°s 96 et s. ; Groupe Y, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

la méthode conventionnelle de reconstitution des carrières, ou « audit de positionnement », se réfère à un salaire théorique.

129. Il est calculé sur une période des 3 années précédant le moment de la comparaison, par l'imputation du salaire réel annuel du salarié élu ou mandaté de l'année considérée (n), d'une majoration égale au budget annuel d'augmentations moyennes de l'année n+1 distribué pour sa catégorie professionnelle.
130. Ensuite, le niveau de salaire théorique est comparé année par année dans la limite de 4 années, dont trois complètes, avec le salaire réel de l'intéressé. Ce n'est que s'il existe un écart entre le salaire réel et le salaire théorique sur les 4 années observées et de façon consécutive, que la discrimination est constatée.
131. Le salaire de référence pour apprécier l'existence d'une différence de rémunération au préjudice du salarié élu ou mandaté discriminé ne tient donc pas compte de la perte de chance de l'évolution de sa carrière par un éventuel changement de catégorie ou promotion.
132. De plus, elle exclut expressément, selon le descriptif de cette méthode, les primes d'ancienneté au profit de l'unique évaluation du salaire de base brut moyen <sup>65</sup>.
133. A ce titre, le panel de comparaison conventionnel appliqué par la société Y entre directement en contradiction avec les dispositions de l'article L. 1132-1 du code du travail affirmant qu'« *aucun salarié ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...], notamment en matière de rémunération au sein de l'article L. 3221-3 [...] en raison de [...] ses activités syndicales* ». L'article L. 3221-3 du code du travail prévoit en effet que la rémunération s'entend du « *salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement en espèce ou en nature, par l'employeur* ».
134. **4) La limitation dans le temps de la discrimination identifiée dans l'évolution d'une carrière et le plafonnement corrélatif de sa réparation.** Il résulte également de la combinaison des accords de groupe et d'entreprise appliqués par la société Y <sup>66</sup>, ainsi que de ses propres écritures <sup>67</sup>, que lorsqu'un écart de rémunération apparaît, il est remonté dans le temps jusqu'au moment où l'intéressé aurait dû bénéficier de la promotion pour calculer l'écart de rémunération par rapport au salaire moyen de la population comparable, en âge et en ancienneté, dans une limite de 15 ans et le rattrapage n'est ensuite réalisée que dans la limite de 10 % du salaire <sup>68</sup>.
135. Pour la société Y ces stipulations permettent d'assurer un bon repositionnement au salarié dont la rémunération réelle est inférieure au salaire théorique dès lors qu'il est remonté dans le temps jusqu'au moment où l'intéressé aurait dû bénéficier de la promotion pour calculer l'écart de rémunération par rapport au salaire moyen de la population comparable, en âge et en ancienneté <sup>69</sup>.
136. Mais pour les juges du fond qui ont déjà été appelés à se prononcer sur l'outil conventionnel de suivi des carrières du groupe Y, sa méthode est critiquable « *en ce*

<sup>65</sup> V. *supra* nos 96 et s. ; Groupe Y, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

<sup>66</sup> V. Art. 3.1 à 3.2 et 17, Accord du Groupe Y sur le développement du dialogue social, 19 juillet 2016 (Pièce DDD n° 19)

<sup>67</sup> V. Conclusions pour la société Y devant le TGI de PARIS en date du 5 mars 2019 p. 29 et s.

<sup>68</sup> V. art. 4.2, Accord de l'entreprise Y sur le droit syndical et les institutions représentatives, 30 janvier 2009 (Pièce DDD n° 21).

<sup>69</sup> V. Conclusions pour la société Y, *id.*, p. 29 et s.

que c'est de façon théorique qu'elle répare une discrimination d'une durée supérieure à 15 ans<sup>70</sup> ».

137. **Insuffisance de l'outil conventionnel de suivi des carrières au sein de la société Y pour garantir l'effectivité de l'interdiction des discriminations.** Les juges du fond ont déjà pu constater que la méthode de comparaison rétroactive du groupe Y « présente l'inconvénient de privilégier les facteurs généraux, pour déterminer un salaire théorique de comparaison, en faisant des facteurs individuels, comparés à un panel de salariés de référence, une variable de révision possible, sans plus d'explicitation<sup>71</sup> ».
138. D'autres encore, ont en conséquence rappelé que « cette méthode ne peut constituer, du fait de son caractère conventionnel, qu'une base minimum d'évaluation de la réparation du préjudice considéré » et qu'il convenait de tenir compte des « facteurs personnels » tels que la date et la qualification d'embauche, l'évolution de celle-ci et la perte de chance d'évoluer normalement, compte tenu de la discrimination intervenue<sup>72</sup>.
139. Au terme de son analyse, le Défenseur des droits constate aussi que la méthode de comparaison rétroactive du groupe Y est très éloignée des conditions jurisprudentielles d'une reconstitution objective des carrières et des rémunérations<sup>73</sup>.
140. Il en ressort que le positionnement professionnel et salarial d'un représentant du personnel n'est apprécié que par rapport à la situation actuelle moyenne des salariés relevant de sa catégorie professionnelle, indépendamment du parcours qui aurait pu être le sien compte tenu de ses qualifications et des opportunités de promotions aux fonctions qu'elles lui permettent d'occuper.
141. De même, ses activités syndicales passées ne sont pas prises en considération. Selon la convention, seul l'engagement syndical présent ou durant les 4 années précédant le moment de la comparaison peut être pris en compte pour révéler les entraves qu'un représentant du personnel peut avoir subi dans son déroulement de carrière.
142. Dès lors, la réparation de son préjudice ne correspondra qu'à l'écart de rémunération constaté au cours de cette période de zéro à quatre ans, peu important que cet écart ait été plus ou moins grand sur une période précédente, pouvant courir depuis la prise de son premier mandat.
143. En outre, ne seront pas réparés les préjudices résultant de l'absence de perception des accessoires de salaire correspondant au positionnement corrigé, dont le préjudice de retraite, la perte de chance d'avoir pu bénéficier d'une évolution de carrière normale, ainsi que le préjudice moral<sup>74</sup>.
144. Pour le Défenseur des droits, l'outil de suivi des carrières de la société Y viole les dispositions de l'article L. 1134-5 du code du travail selon lequel aucun aménagement conventionnel ne peut s'opposer à la réparation intégrale du préjudice résultant d'une discrimination.
145. Enfin, le Défenseur des droits relève que l'insuffisance de cet outil se retrouve dans le fait particulièrement paradoxal qu'un des seuls éléments d'individualisation dans l'analyse de

---

<sup>70</sup> CA C, 15 mars 2018, *Société D c. Alain G.*, RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> CA PARIS, 29 novembre 2012, *J.-P. L. et FÉDÉRATION X c. SA A Défense sécurité*, RG n° 10/06462 (Pièce DDD n° 30).

<sup>73</sup> Sur lesquelles, v. *supra* n°s 100 et s.

<sup>74</sup> V. spécialement, CA PARIS, 29 novembre 2012, préc. : qui relève que le préjudice moral du salarié discriminé en raison de ses activités syndicales n'est pas réparé par la méthode conventionnelle (Pièce DDD n° 30).

l'évolution de carrière qu'il prévoit est « *l'appréciation portée par la hiérarchie* », alors qu'il est pourtant supposé la contrebalancer et éventuellement corriger son arbitraire <sup>75</sup>.

146. **Subsistance des discriminations dans l'évolution de carrière et de rémunération des salariés mandatés et élus.** Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits constate que l'accord du groupe Y sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2006 et l'accord d'entreprise Y sur le droit syndical et les institutions représentatives du 30 janvier 2009, n'identifient pas toutes les situations de discriminations syndicales ou, lorsque c'est le cas, ne permettent pas d'en saisir l'ampleur et d'en organiser une réparation intégrale.
147. Pour le Défenseur des droits, ces accords sont défaillants en ce qu'ils laissent subsister des discriminations au préjudice des salariés mandatés et élus.
148. Ils n'assurent pas l'effectivité des règles, pourtant d'ordre public, qui garantissent le fait que nul ne doit subir une différence de traitement en raison de l'exercice d'activités syndicales et qui font vivre le droit fondamental, de rang constitutionnel, qu'est la liberté syndicale.
149. Se retrancher derrière un dispositif qui produit et qui laisse subsister des discriminations, revient à ignorer que la prohibition des discriminations relève d'un ordre public absolu, non-supplétif de volonté. Or, il n'est pas possible d'amoindrir ou de renoncer à son effectivité en se bornant à appliquer un accord défaillant, s'agissant notamment de l'outil de suivi des carrières.
150. Dans ses écritures, la société Y récusé l'argument de la Fédération X selon lequel elle manquerait à une obligation positive de ne pas discriminer.
151. Mais, pour le Défenseur des droits, le débat est celui des moyens mis en œuvre par la société Y pour prévenir, identifier et proscrire toute discrimination en raison des activités syndicales. Le débat est celui de l'effectivité de l'interdiction des discriminations et lorsqu'elles existent, celui de leur cessation et de leur juste réparation.
152. Il convient par conséquent de rappeler qu'en application de l'article L. 4121-1 du code du travail, il incombe à l'employeur de protéger la santé et la sécurité des salariés. Cette obligation est une obligation de moyen renforcée en ce qu'il doit être démontré que tout a été mis en œuvre pour éviter sa violation (Cass. soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-24.444 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2016, pourvoi n° 14-79.702, à paraître).
153. Or, la discrimination, spécialement la discrimination dans l'évolution de carrière et la progression salariale qui perdure, porte atteinte à la santé des salariés en ce qu'elle est arbitraire et heurte leur dignité <sup>76</sup>.
154. En l'espèce, la société Y ne pouvait ignorer les insuffisances de son outil conventionnel de suivi des carrières pour discrimination, dans la mesure où elle a mis en place un groupe de travail à compter du 4 avril 2011 aux fins de le réformer et que la direction sociale du groupe Y en a précisé unilatéralement le contenu le 12 janvier 2012.
155. **Inapplication et nullité des stipulations illicites de l'article 17 de l'accord du groupe Y sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2016 et de l'article 6.2 de l'accord propre à la société Y du 30 janvier 2009.** Pour le Défenseur des droits, le contrôle de conformité de ces accords aux dispositions constitutionnelles, conventionnelles et aux règles d'ordre public prohibant les discriminations est négatif, en ce qu'ils ne saisissent pas la réalité des discriminations affectant les carrières des représentants du personnel et en cela, les entretiennent.

---

<sup>76</sup> V. *infra* n° 277.

156. Le caractère discriminatoire d'une stipulation conventionnelle étant un motif de pur droit, le juge peut, en constatant le manquement, le relever d'office et déclarer nulle cette stipulation (v. déjà en ce sens, Cass. soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-40.935).
157. Le Défenseur des droits constate, à l'instar de la Cour d'appel de Paris, que l'outil conventionnel de suivi des carrières prescrit par l'accord de groupe Y et précisé par convention au niveau de ses filiales est un outil « *issu de formules abstraites et théoriques dont les données de départ sont trop générales et échappent au contrôle des bénéficiaires* ». Or, « *tout outil qui ne prend pas en compte l'intégralité des préjudices est inférieur à la loi et ne peut être imposé ni aux salariés, ni au juge*<sup>77</sup> ».
158. Par conséquent, le Défenseur des droits constate que l'article 17 de l'accord du groupe Y sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2016 et l'article 6.2 de l'accord propre à la société Y du 30 janvier 2009 doivent être déclarées nulles et écartées.

## 2. LES DISCRIMINATIONS PROHIBÉES

159. Considérant que les accords sur le dialogue social applicables en l'espèce ne permettent pas d'assurer l'effectivité de l'interdiction des discriminations, la présentation des qualifications de discrimination (2.1) et de leur reconnaissance en application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve (2.2), permet de saisir l'ampleur des manifestations de la discrimination syndicale collective existant au sein de la société Y (2.3).

### 2.1. LES QUALIFICATIONS DE DISCRIMINATION

160. **Texte de référence.** Aux fins de définir la discrimination prohibée dans les relations professionnelles, le code du travail renvoie à l'article 1<sup>er</sup> de 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<sup>78</sup>.
161. **Discrimination directe.** Aux termes de cette disposition, une discrimination directe est constituée lorsqu' « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* », notamment en raison de ses activités syndicales (al. 1<sup>er</sup>).
162. **Discrimination indirecte.** Une discrimination indirecte doit être qualifiée lorsque « *un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], un désavantage particulier pour les personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* » (al. 2).
163. **Discrimination par harcèlement.** De plus, il est précisé que « *la discrimination inclut : 1° tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant humiliant ou offensant* ».
164. **Discrimination par injonction.** Enfin, la loi du 27 mai 2008, dispose que « *la discrimination inclut : [...], 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article*

<sup>77</sup> CA PARIS, 29 novembre 2012, J.-P. L. et FÉDÉRATION X c. SA A Défense sécurité, RG n° 10/06462 (Pièce DDD n° 30).

<sup>78</sup> Pièce DDD n° 31.

2 [soit toute discrimination directe ou indirecte en matière d'emploi en raison des activités syndicales] ».

165. **Discrimination systémique.** L'action de groupe, dans sa dimension collective oblige, à réfléchir autrement sur les qualifications de discrimination. Au-delà de chaque modalité de discrimination, il est nécessaire d'envisager l'hypothèse de leur cumul et de leur multiplication lorsque l'analyse porte sur la situation d'un groupe déterminé, soumis à une suite de diverses différences de traitement du fait d'un seul critère prohibé, comme les activités syndicales, au sein d'un collectif de travail.
166. C'est ainsi que la notion de discrimination systémique en droit français émerge à la faveur de l'action collective susceptible de la qualifier. Sa reconnaissance par les juges était souhaitée dans les travaux préparatoires de l'action de groupe <sup>79</sup>.
167. Madame PECAUT-RIVOLIER, conseillère à la Chambre sociale de la Cour de cassation, a en effet défini la discrimination systémique à cette occasion comme une « *discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre ...* ». Elle soulignait que « *cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux, la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories, la sous-évaluation de certains emplois, la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. A fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories* » <sup>80</sup>.
168. Le Défenseur des droits a déjà dénoncé la discrimination collective d'un groupe en raison de sa nationalité, dans l'affaire des cheminots marocains opposés à la SNCF <sup>81</sup>. Ils avaient été embauchés à des statuts moins favorables que les cheminots de nationalité française.
169. La discrimination systémique a ensuite été reconnue par la chambre sociale de la Cour d'appel de PARIS dans les 838 cas individuels qui lui étaient soumis <sup>82</sup>.
170. L'apport de la qualification de discrimination systémique est de permettre l'appréhension du jeu préjudiciable des stéréotypes dans un collectif de travail et plus encore une dynamique discriminatoire à l'œuvre dans son intégralité. Elle saisit les problématiques qui en sont à l'origine et qui ne pourraient être identifiées par le traitement des situations individuelles.
171. L'intérêt de cette qualification est donc de permettre de caractériser un cumul de discriminations, à la fois directes et indirectes envers un groupe stigmatisé, c'est-à-dire de comportements visant à exclure ou à défavoriser de manière volontaire ou non, mais perpétuant des stéréotypes ancrés et qui sont le fruit de préjugés inconscients.
172. De plus, le phénomène de reproduction d'inégalités ainsi identifié dérive parfois de discriminations directes en discriminations indirectes et prennent ensuite des formes plus dissimulées qu'il convient également de proscrire <sup>83</sup>. Ce sont notamment « *des échanges brefs*

---

<sup>79</sup> V. L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail*, rapport au Ministère de la justice, 2013, p. 27 et s. (Pièce DDD n° 32).

<sup>80</sup> L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail*, *id.*, p. 27 et 28 (Pièce DDD n° 32).

<sup>81</sup> V. DDD, décision n°2016-188, du 21 juillet 2016.

<sup>82</sup> V. CA Paris, 31 janvier 2018, RG n° S 15/11920 (pièce DDD n° 33).

<sup>83</sup> V. M. MERCAT-BRUNS, *La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?*, *Revue des droits de l'Homme*, 14/2018

*et quotidiens qui envoient des messages dénigrants à certaines personnes en raison de leur appartenance à un groupe*<sup>84</sup> ».

173. C'est ainsi la somme des actes envers le groupe discriminé qui va conduire à la reconnaissance de la discrimination systémique : l'effet cumulatif qui crée un climat d'exclusion et de discrimination. La qualification de discrimination systémique permet de débusquer des discriminations banalisées et de remettre en cause la pratique qui les génère<sup>85</sup>.
174. La stigmatisation d'un groupe cible relève bien souvent d'un système organisationnel notamment au sein des entreprises, et dans certains secteurs d'activité dits hautement concurrentiels, exigeant de leurs salariés disponibilité accrue et forte mobilité. Les critères de sélection ou de promotion des salariés tels que la disponibilité, la réactivité, la mobilité et la rentabilité peuvent avoir pour effet d'exclure toute une catégorie d'individus en raison d'un contexte susceptible de réduire leur performance eu égard à ces critères.
175. Il en est particulièrement ainsi des salariés élus ou mandatés qui, en raison du temps de délégation qu'ils consacrent à la représentation du reste du personnel, subissent des représentations négatives du fait de leur engagement. Il leur est notamment fait grief de leur manque de disponibilité<sup>86</sup>.
176. **Diversité des manifestations de la discrimination prohibée.** La discrimination est censurée dans ses manifestations les plus diverses. Lorsqu'elle est motivée par l'exercice des activités syndicales, les salariés qui la subissent sont confrontés à diverses mesures défavorables, qui peuvent être injustifiées ou disproportionnées, et prennent la forme d'une absence ou d'un ralentissement des promotions et des augmentations salariales, de dénigrement, de mises à l'écart, de notification de sanctions arbitraires, etc<sup>87</sup>.
177. Il convient de préciser que, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, les décisions de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié, sans revêtir nécessairement la forme d'une sanction, 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 pénal (Cass. crim., 28 avr. 2009, Bull. crim. n° 79).

---

<sup>84</sup> D. WING SUE, *Racial micro agressions in everyday life*, 2007.

<sup>85</sup> M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, 2016, p 153.

<sup>86</sup> V. Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc. p. 29 et 30.

<sup>87</sup> V. Rapports annuels du Défenseur des droits ; Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc.

## 2.2. LE PRINCIPE D'AMENAGEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

178. **Fondements.** L'article L. 1134-1 du code du travail et l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 posent un principe spécial d'aménagement de la charge de la preuve en matière de non-discrimination selon lequel, lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il revient à la partie défenderesse, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer que ses décisions reposent sur des éléments objectifs, étrangers à la discrimination alléguée.
179. Avant même l'adoption de ces textes, la Cour de cassation organisait un allègement du fardeau probatoire des justiciables s'estimant victimes de discrimination. Depuis 1997, elle juge en effet « *qu'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat* <sup>88</sup> ».
180. Cette jurisprudence relative au régime probatoire, ensuite consacrée par le législateur, est issue du droit de l'Union européenne. La Cour de justice explique en effet de longue date que « *la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations* <sup>89</sup> ». Désormais, l'ensemble des directives européennes de lutte contre les discriminations consacrent ce principe d'aménagement de la charge de la preuve <sup>90</sup>.
181. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme transfère la charge de la preuve au défendeur en faisant peser sur lui une présomption d'intention discriminatoire lorsque le requérant présente « *un certain nombre d'arguments sérieux* <sup>91</sup> » laissant présumer la discrimination « *au-delà de tout doute raisonnable* <sup>92</sup> ». Pour la Cour de Strasbourg, la preuve de la discrimination doit donc résulter « *d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutés, suffisamment graves, précis et concordants* <sup>93</sup> ».
182. **Justification.** Cette répartition du fardeau probatoire s'explique par la situation d'isolement dans laquelle se trouve une personne qui allègue une discrimination pour la démontrer. De fait, il existe une difficulté inhérente à toute preuve de discrimination dans la mesure où elles

<sup>88</sup> Cass. soc., 12 févr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 58. V. égal. Cass. soc., 23 nov. 1999, *Sellier*, *Bull. civ. V*, n° 447; Cass. soc., 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 126 ;

<sup>89</sup> CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, aff. 170/84, *Rec. CJCE*. 1607, point 31. Dans le même sens, CJCE, 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, *Rec. CJCE*. I-2591, point 16; CJCE, 27 oct. 1993, *Enderby c. Health Authority*, aff. C-127/92, *Rec. CJCE*. I-05535, point 14.

<sup>90</sup> Sur les cinq directives à l'origine du droit de l'Union européenne et du droit interne de la non-discrimination dans sa forme actuelle, v. art. 8, directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, JOCE, L 180, 19 juill. 2000. 22 ; art. 10, directive n° 2000/78/CE, du 27 nov. 2000, *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, JOCE, L 303, 2 déc. 2000. 16 ; art. 9, directive n° 2004/113/CE du 13 déc. 2004, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services*, JOCE, L 373, 21 déc. 2004. 37 ; art. 19, para. 1., dir. refonte n° 2006/54/CE, du 5 juill. 2006, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail*, JOCE L 204, 26 juill. 2006. 23.

<sup>91</sup> Cour EDH, 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, req. n° 41488/98, point 94.

<sup>92</sup> Cour EDH, 6 juill. 2005, *Natchova e.a. c. Bulgarie*, req. nos 43577/98 et 43579/98, point 166. V. égal. Cour EDH, 27 janv. 2015, *Cioran c. Roumanie*, req. nos 29414/09 et 44841/09. – Cour EDH, 17 févr. 2015, *Ion Balasoiu c. Roumanie*, req. n° 70555/10.

<sup>93</sup> V. Cour EDH, 6 juill. 2005, *Natchova e.a. c. Bulgarie*, *id.*

sont rarement assumées par leur auteur et prospèrent sur une volonté non-verbale, insidieuse, d'écarter, voire de pénaliser la personne perçue comme différente au sein du collectif de travail. Or, parce que l'employeur exerce son pouvoir de direction, par l'intermédiaire d'un pouvoir de décision, lui seul détient les éléments susceptibles d'établir la différence de traitement dont un salarié peut s'estimer victime.

183. Il n'aura en effet pas échappé au juge saisi de l'action de groupe discutée en l'espèce que la production de certaines pièces par la société Y est au cœur des débats.
184. **Application à l'action de groupe.** L'article L. 1134-7 du code du travail dispose que les syndicats représentatifs peuvent agir « *afin d'établir que [...] plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif figurant parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 [dont l'exercice des activités syndicales] et imputable à un même employeur* ».
185. Il résulte donc de la lettre du texte que l'action de groupe a pour but de « faire établir » l'existence d'une discrimination. Ce choix grammatical du législateur indique que la preuve de la discrimination est le produit d'ensemble de l'action.
186. Cette exclusion du principe probatoire général de l'article 1353 du code civil, selon lequel la charge probatoire pèse sur le demandeur, au profit de la règle spéciale d'aménagement de ce fardeau en matière de lutte contre les discriminations s'explique par l'office du juge dans ce domaine.
187. **Mise en œuvre – office du juge.** Il est en effet constant que « *si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier, en présence d'une discrimination syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée* » car « *la preuve de la discrimination n'incomb[e] pas au salarié* » (Cass. soc., 12 févr. 1997, Bull. civ. V, n° 58 <sup>94</sup>).
188. Dans cette perspective, la Cour de cassation demande aux juges du fond de prendre en considération les éléments de fait présentés par le demandeur dans leur globalité et non de les analyser séparément (Cass. soc., 29 juin 2011, Bull. civ. V, n° 166 ; Cass. soc., 6 oct. 2015, pourvoi n° 14-18.406 <sup>95</sup>).
189. Elle contrôle la qualification des faits permettant de présumer une discrimination (V. Cass. soc. 26 avr. 2017, pourvoi n° 14-29.089 <sup>96</sup>).
190. La Cour de cassation rappelle régulièrement que, lorsqu'une discrimination dans l'évolution de carrière et/ou la progression salariale est discutée, le juge doit vérifier la pertinence des panels de comparaison produits par les parties (Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.694 <sup>97</sup>) et ce, en tenant compte des critères jurisprudentiels objectifs tels qu'arrêtés par la Cour de cassation et les juges du fond (Cass. soc., 5 déc. 2018, pourvoi n° 16-28.745 <sup>98</sup>) <sup>99</sup>.
191. Ainsi, les débats dans les prétoires des juges du fond saisis d'actions en discrimination dans l'évolution de carrière et la progression salariale portent nécessairement sur la pertinence des éléments de preuves et non sur leur seule allégation.

---

<sup>94</sup> Pièce DDD n° 36.

<sup>95</sup> Pièce DDD n° 37.

<sup>96</sup> Pièce DDD n° 38.

<sup>97</sup> Pièce DDD n° 39.

<sup>98</sup> Pièce DDD n° 40.

<sup>99</sup> Sur la définition jurisprudentielle du panel de comparaison et la fixation des éléments objectifs devant le composer, v. *supra* nos 100 et s.

192. Pour les guider, la Cour de cassation explique au fil de sa jurisprudence que, pour déterminer l'existence d'une différence de traitement en matière de classification et de rémunération et, le cas échéant, sa motivation par un critère de discrimination illicite, il convient de procéder à une comparaison en deux temps.
193. En premier lieu, il est nécessaire de comparer la situation du salarié qui allègue une différence de traitement avec celle des salariés placés dans une situation comparable, c'est-à-dire avec des salariés de la même entreprise, voire du même établissement, embauchés à des niveaux de qualification et sur un emploi similaire à une date proche (voir, notamment, Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n°s 12-24.175 et s. ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362 <sup>100</sup>)
194. En second lieu, il convient de comparer les situations individuelles des salariés en cause pour établir ce qui les distingue. S'il apparaît qu'aucun élément objectif ne peut justifier la différence de traitement constatée, tandis que celui qui la subit présente une caractéristique personnelle particulière, telle que l'exercice d'activités syndicales, ce traitement défavorable doit être présumé discriminatoire en application de l'article L. 1134-1 du code du travail (voir, notamment, Cass. soc., 22 octobre 2014, préc.).
195. En l'espèce, la comparabilité des situations est l'un des enjeux de la démonstration de la discrimination syndicale dénoncée au sein de la société Y.

### 2. 3. LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION SYNDICALE AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ Y

196. **Non incidence de la loi du 18 novembre 2016 consacrant l'action de groupe en discrimination.** Dans ses écritures, la société Y fait d'abord valoir que le tribunal doit analyser les seuls éléments de preuve présentés par le syndicat demandeur qui sont postérieurs au 20 novembre 2016 dès lors que « *l'article 87 de la loi du 18 novembre 2016 autorisant l'action de groupe pour des faits de discrimination, s'applique aux faits ou manquements postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, soit après le 20 novembre 2016* ».
197. Il apparaît donc utile au Défenseur des droits de rappeler la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « *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 diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fut-elle antérieure à la période non-prescrite* » (Cass., soc., 4 févr. 2009, Bull. civ. V, n° 33).
198. En matière de discrimination, le juge, pour forger sa conviction, peut observer en toute circonstance les faits antérieurs à la période pour laquelle il doit reconnaître ou écarter la qualification de la discrimination.
199. **Application du principe d'aménagement de la charge de la preuve à l'espèce.** La Fédération X estime qu'il existe au sein de la société Y un « *effet discriminatoire commun à tous* » frappant les salariés élus et mandatés affiliés à la Fédération X en raison de leurs activités syndicales <sup>101</sup>. Cet effet discriminatoire systémique serait constitué par « *l'addition d'actes défavorables de différentes natures et de différents auteurs au sein de l'entreprise* » <sup>102</sup>. La Fédération X se prévaut de 36 cas individuels pour démontrer la différence de traitement collective à l'œuvre <sup>103</sup>.

<sup>100</sup> V. égal., Cass. soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-46.419 ; Cass. soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-12.295.

<sup>101</sup> V. Conclusions pour la fédération X devant le TGI de PARIS en date du 11 mars 2019 p. 27.

<sup>102</sup> V. Conclusions pour la fédération X, préc. p. 27.

<sup>103</sup> V. Conclusions pour la fédération X, préc. p. 27 et s.

200. La société Y conteste pour sa part l'existence de toute discrimination syndicale, *a fortiori* une discrimination systémique et collective <sup>104</sup>.
201. Conformément au principe d'aménagement de la charge de la preuve applicable à l'action de groupe, il revient au syndicat demandeur de présenter des faits qui permettent de présumer l'existence d'une ou plusieurs discriminations. Les cas individuels dont il se prévaut illustrent une situation de discrimination collective. Les intéressés ne sont pas parties à la procédure. La preuve requise est donc une preuve systémique. Elle répond à une logique d'ensemble, ce qui implique de la part de la Fédération X la constitution d'un faisceau d'indices laissant présumer le traitement défavorable et arbitraire d'un ensemble de victimes se trouvant dans une situation similaire à celles des salariés cités en exemple.
202. Ce sont des indices que le juge se doit ensuite d'évaluer pour apprécier s'ils ont un caractère suffisant pour exiger de l'employeur défendeur qu'il les justifie par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.
203. Selon l'analyse du Défenseur des droits, les justifications de la société Y sont manquantes et il s'en déduit que les accords ont en eux-mêmes un caractère discriminatoire (2.3.1), tout comme leur mise en œuvre (2.3.2).

### 2. 3. 1. Le caractère discriminatoire des accords en eux-mêmes

204. **Éléments présentés par la Fédération X demanderesse.** En l'espèce, la Fédération X présente des panels de comparaison qu'elle a établis selon les critères jurisprudentiels, et même des « audits de positionnement » réalisés par la société mise en cause. Ils montrent le traitement défavorable dont ces salariés qu'elle cite en exemple font l'objet.
205. La Fédération X estime que des panels réalisés selon les critères jurisprudentiels de la Cour de cassation en vertu d'informations obtenues judiciairement, pour les 11 salariés de l'établissement E, démontrent l'existence d'une discrimination systémique en raison de l'exercice d'activités syndicales au sein de la société Y.
206. Pour le syndicat, le fait que ces panels montrent que plusieurs salariés mandatés et élus CGT ont eu une moindre progression de carrière et de rémunération que des salariés auxquels ils peuvent être pertinemment comparés, caractérise l'« *effet discriminatoire commun à tous* » qu'il dénonce.
207. Surtout, le fait que les cinq salariés de l'établissement E ayant bénéficié d'un repositionnement en vertu des accords de groupe continuent d'accuser un retard dans leur évolution de carrière lorsqu'elle est appréciée selon les critères jurisprudentiels <sup>105</sup>, trahit l'insuffisance des accords de groupe et d'entreprise s'agissant de l'outil conventionnel de suivi des carrières qu'ils imposent :

---

<sup>104</sup> V. Conclusions pour la société Y devant le TGI de PARIS en date du 5 mars 2019.

<sup>105</sup> V. ord. CPH Châlons-en-Champagne, 26 avril 2016, ordonnant à la société Y la communication des documents nécessaires à l'établissement d'un panel de comparaison fondé sur les critères jurisprudentiels (v. *supra* n° 105 et s.) afin que soit analysée la situation professionnelle est salariale de Monsieur F, Monsieur G, Monsieur H, Monsieur I et Monsieur J. V. Pièces FÉDÉRATION X n<sup>os</sup> BN 0 à 55 ; GP 0 à 28 ; KJY0 à 10 ; LP 0 à 19 ; PJC 0 à 19.

Noms	Ecarts selon le <b>panel conventionnel</b> / « audits de positionnement »	Ecarts selon le <b>panel jurisprudentiel</b> entre la rémunération mensuelle de l'intéressé et la rémunération mensuelle moyenne des comparants
F	Absence d'écart	8.77 %
G	3.3 %	7.03 %
H	Absence d'écart	6.63 %
I	Absence d'écart	18.47 %
J	Absence d'écart	16.97 %

208. **Justification apportée par la société Y défenderesse.** La société Y justifie pour sa part la pertinence de son panel conventionnel pour identifier les discriminations dans l'évolution des carrières et des rémunérations en se prévalant de la légitimité qu'il tire de la négociation collective <sup>106</sup>. Elle confirme donc ses méthodes de calcul, notamment rétroactives, mais sans en démontrer l'efficacité.
209. **Analyse du Défenseur des droits.** L'article 17 de l'accord du groupe Y sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2016 et l'article 6.2 de l'accord propre à la société Y du 30 janvier 2009, fixent des critères d'analyse des évolutions de carrière et de rémunération qui ne sont pas conformes à la jurisprudence pour établir des panels de comparaison objectifs <sup>107</sup>. Leurs lacunes laissent subsister des situations de discrimination en raison des activités syndicales <sup>108</sup>. Ces stipulations laissent en cela, présumer elles-mêmes une discrimination collective et systémique.
210. Le Défenseur des droits rappelle que, pour la Cour de cassation, la différence de traitement établie par un panel de comparaison est suffisante pour imposer à l'employeur l'obligation de se justifier sur celle-ci dès lors qu'il rassemble une pluralité d'éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination (Cass. soc., 21 janv. 2016, pourvoi n° 14-26.698, inédit).
211. En ne démontrant pas l'efficacité de ses méthodes de calcul pour correspondre aux critères jurisprudentiels, la société Y ne rapporte pas la preuve du caractère objectif des décisions qu'elle prend sur le fondement de ses accords de groupe et d'entreprise.
212. Comme l'a expressément rappelé la Cour d'appel de Z à une autre filiale du groupe Y, « se prévaloir de l'accord [d'entreprise sur le droit syndical] et déplorer que certains ne s'inscrivent pas dans le cadre de cet accord visant au règlement, par voie d'indemnisation, des différends relatifs à l'évolution professionnelle passée des représentants syndicaux ou représentants du personnel, ne prouve et ne prétend, d'ailleurs, pas prouver que la situation [des intéressés] en matière de qualification et de classification aurait été justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination <sup>109</sup> ».
213. En conséquence, il y a lieu de considérer que « l'existence de la discrimination dénoncée est, ainsi, avérée et justifie que soit alloué une indemnité tendant à la réparation [du] préjudice <sup>110</sup> ».

<sup>106</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 22 et s.

<sup>107</sup> *Id.*

<sup>108</sup> *Id.*

<sup>109</sup> CA PARIS, 29 novembre 2012, *J.-P. L. et FÉDÉRATION X c. SA A Défense sécurité*, RG n° 10/06462 (Pièce DDD n° 30).

<sup>110</sup> CA PARIS, 29 novembre 2012, *id.* (Pièce DDD n° 30).

214. De plus, il résulte des dispositions mêmes des accords de groupe et d'entreprise sur le dialogue social une injonction de discriminer en ce qu'il est demandé aux services des ressources humaines de calculer l'impact de l'engagement syndical des salariés sur leur déroulement de carrière et leur évolution salariale selon une méthode de calcul qui n'identifie pas et laisse perdurer les retards <sup>111</sup>.
215. Cette injonction de discriminer, formulée par la voie conventionnelle, est doublée de celle du Directeur des relations sociales du groupe Y qui, dans la note du 12 janvier 2012 à l'attention des coordinateurs syndicaux, édicte un « *descriptif de la méthodologie pour la gestion de l'évolution de carrière des élus ou mandatés* » <sup>112</sup>. Cette méthode a pour effet d'accroître les écarts d'âges des comparants, avec pour conséquence de relativiser le poids de l'expérience professionnelles des mandatés ou élus dont la situation est appréciée <sup>113</sup>. Elle exclut également de la comparaison certains éléments de la rémunération, contrairement aux prescriptions de l'article L. 1132-1 du code du travail <sup>114</sup>.

### 2.3.2. Le caractère discriminatoire de la mise en œuvre des accords

216. **Éléments présentés par la Fédération X demanderesse.** La Fédération X dénonce également le fait que les accords de groupe et d'entreprise n'atteignent pas l'objectif qu'ils affichent d'éradiquer pour l'avenir les discriminations syndicales dans l'évolution des carrières et ne comportent pas d'engagements substantiels de nature à favoriser une diminution effective des discriminations. Trois aspects de ces accords sont ainsi contestés.
217. Premièrement, ils ne prévoiraient aucune règle susceptible de favoriser une appréciation objective des activités syndicales au sein du groupe <sup>115</sup>.
218. Deuxièmement, la Fédération X dénonce le défaut de pertinence des panels de comparaison établis sur le fondement des accords de groupe et d'entreprise, puis l'opacité des informations transmises par les services des ressources humaines qui les réalisent. La méthode varierait en fonction de l'établissement et même du site concerné <sup>116</sup>.
219. Troisièmement, la Fédération X regrette le fait que les modalités d'évaluation des salariés syndicalement engagés ne soient pas envisagées. Elle déplore notamment le fait qu'il ne soit pas prévu d'alléger le poids que représente pour les services le fait d'avoir un ou plusieurs salariés investis de mandats ou de fonctions représentatives. Pour le syndicat, ces lacunes conduisent les responsables de services à exercer des pressions sur les salariés en vue de les dissuader d'avoir des activités syndicales, voire les y invitent implicitement <sup>117</sup>.
220. **Justification apportée par la société Y défenderesse.** Selon la société Y, la notion de discrimination systémique n'existerait pas en droit français. Pour elle, la Fédération X « *cherche de manière manifeste à entraver la possibilité pour l'entreprise de tenir compte de la performance individuelle* » <sup>118</sup>.
221. La société Y ajoute « *qu'il est normal et légitime que l'entreprise utilise ce critère pour prendre ses décisions en matière d'attributions de promotions et d'augmentations individuelles* » <sup>119</sup>.

---

<sup>111</sup> Sur cette analyse, v. supra n<sup>os</sup> 159 et s.

<sup>112</sup> V. supra n<sup>os</sup> 96 et 97 ; Groupes-Y, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n<sup>o</sup> 20).

<sup>113</sup> V. supra n<sup>os</sup> 120 et s.

<sup>114</sup> V. supra n<sup>os</sup> 128 et s.

<sup>115</sup> V. Conclusions pour la fédération X, préc. p. 27 et s.

<sup>116</sup> V. Conclusions pour la fédération X, préc. p. 31 et s.

<sup>117</sup> V. Conclusions pour la fédération X, préc. p. 27 et s.

<sup>118</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 19.

<sup>119</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 19.

222. Ainsi, le seul argument que la société Y avance pour justifier les déroulements de carrière contestés des salariés élus et mandatés CGT reste que « *la performance du salarié (telle qu'appréciée par la hiérarchie) est un critère significatif en matière de décision relative aux augmentations individuelles et de promotions. En d'autres termes, les décisions individuelles au sujet des salariés dépendent en particulier de leurs performances* ».
223. **Analyse du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits rappelle que la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, au sujet des mesures discriminatoires affectant le déroulement de carrière des salariés syndiqués, que sauf à être justifiée par des éléments objectifs au cas par cas, comme l'insuffisance professionnelle du salarié, toute différence de traitement caractérise une discrimination syndicale (Cass. soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 06-45.939 ; Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.003 <sup>120</sup>).
224. Il est également constant que, pour démontrer le caractère objectif de l'éviction d'un salarié ayant des mandats syndicaux d'un avancement collectif régulier, l'employeur ne peut se contenter d'invoquer son pouvoir discrétionnaire (Voir, notamment Cass. soc., 23 janvier 2007, pourvoi n° 04-48.530 ; Cass. soc., 30 avril 2009, Bull. civ. V, n° 121 <sup>121</sup>).
225. Or, il ressort des éléments présentés par la Fédération X que plusieurs de ses représentants ont des évaluations professionnelles dans lesquelles il est fait mention de leurs activités syndicales en des termes négatifs <sup>122</sup>. Pourtant, l'engagement syndical ne doit pas être pris en considération dans le cadre d'une évaluation objective et non-discriminante de l'activité d'un salarié, sa mention dans le compte rendu laisse présumer l'existence d'une discrimination (Cass., soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-72.733 ; Cass. soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-15-149).
226. Les appréciations dénoncées par la Fédération X permettent de saisir un biais subjectif pénalisant dans l'évaluation qui est faite par le supérieur hiérarchique de la performance, et son impact sur les opportunités subséquentes de promotion et d'augmentation.
227. Il est notamment possible, pour n'en relayer qu'une petite partie, de relever que, dans l'évaluation 2017 de Monsieur K, il est mentionné : « *il est difficile pour nous de planifier les livraisons moteurs (suite aux obligations sociales de K). J'aimerais que K puisse aussi livrer des moteurs, j'attends donc plus de disponibilité de sa part, dans la mesure du possible. J'ai bien pris note que Monsieur K souhaite travailler sur de nouveaux moteurs, en espérant que ce soit compatible avec ses obligations sociales* » <sup>123</sup>.
- De même, dans l'évaluation de Monsieur L pour l'année 2013, il est indiqué à deux reprises : « *objectif partiellement atteint : dû à sa fonction au CHSCT* ». L'exercice de son mandat le pénalise ainsi directement dans l'appréciation de sa performance, puisqu'en 2014, il est mentionné qu'il lui a été « *difficile de suivre la formation en anglais à cause de l'activité CHSCT* » <sup>124</sup>.
- Enfin, toujours à titre d'exemple, Monsieur M présente une évaluation pour l'année 2009 dans laquelle il est mentionné : « *les résultats [...] sont non satisfaisants [car] Monsieur M de par ses 5 mandats électifs (CE et CCE) n'est pas toujours maître de la fréquence et de l'organisation de toutes les réunions auxquelles il participe au titre de ses mandats* » <sup>125</sup>.
228. **Discriminations directes.** Le Défenseur des droits rappelle, que lorsque le manque de disponibilité en raison de l'exercice des activités syndicales est expressément pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié élu ou mandaté, l'employeur arrête

<sup>120</sup> Pièces DDD n°s 34 et 35.

<sup>121</sup> Pièces DDD n° 41 et 42.

<sup>122</sup> V. *supra* n° 100 et s.

<sup>123</sup> Pièce FÉDÉRATION X n° SC 5.

<sup>124</sup> Pièce FÉDÉRATION X n° MM 6.

<sup>125</sup> Pièce FÉDÉRATION X n° LBD 12.

ses décisions en matière de promotion et de rémunération selon ce critère, ce qui est strictement interdit (Cass. soc., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.397).

229. Les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail disposent expressément que constitue une discrimination directe en raison de l'exercice des activités syndicales, le fait pour un employeur d'en tenir compte pour arrêter ses décisions notamment en matière de reclassement, d'affectation, de qualification et de promotion professionnelle.
230. L'employeur ne doit donc pas prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du travail d'un salarié (Cass. soc., 17 octobre 2006, Bull. civ. V, n° 306), et il ne peut pas non plus justifier son absence de progression de carrière par son manque de disponibilité lié à ses fonctions représentatives (Cass. soc., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.397).
231. **Discriminations par harcèlement.** De plus, le fait pour la société Y de s'appuyer sur des accords de groupe et d'entreprise défaillants, en ce qu'ils ne permettent pas aux représentants du personnel de connaître une évolution de carrière normale, peut être qualifié de discrimination directe se manifestant par harcèlement.
232. En effet, selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mai 2008, « *la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant humiliant ou offensant* ».
233. Tel est le cas d'un outil de suivi conventionnel des carrières faisant persister les discriminations au préjudice des salariés mandatés ou élus qui ne peuvent pas bénéficier d'un repositionnement réel et objectif.
234. **Discriminations indirectes.** Lorsque le manque de disponibilité en raison de l'exercice des activités syndicales n'est pas mentionné dans l'évaluation d'un salarié, mais que son moindre temps de présence affecte l'appréciation de sa performance, ce critère temporel est apparemment neutre, mais il revient à prendre en considération l'incidence des activités syndicales. Une discrimination indirecte doit donc être qualifiée.
235. **Cumul de qualifications pour saisir les discriminations dans l'évolution de carrière et la progression salariale en l'espèce.** En toute hypothèse, une discrimination dans l'évolution de carrière est établie lorsqu'il apparaît, après comparaison, que le salarié titulaire d'un mandat syndical a connu une progression moindre, non justifiée par des éléments objectifs (Cass. soc., 30 avril 2009, Bull. civ. V, n° 119 ; Cass. soc., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.802), voire une stagnation (CA Versailles, 15 janvier 2014, RG n° 13/01361 ; CA Paris, 15 septembre 2005, RG n° S 04/83390) ou un blocage de carrière sans justification (Cass. soc., 4 mars 2008, pourvoi n° 06-45258 ; CA Toulouse, 28 novembre 2013, RG n° 12/00498).
236. La société Y ne peut donc pas écarter le grief de discrimination syndicale dans l'évolution de carrière au préjudice des salariés élus ou mandatés CGT en se bornant à rappeler une jurisprudence selon laquelle, « *sauf accord collectif ou stipulation particulière du contrat de travail prévoyant une progression de carrière, l'employeur n'est pas tenu d'assurer cette progression par des changements d'emploi ou de qualification* » (Cass. soc., 6 juill. 2010, pourvoi n° 09-41.354).
237. Parce qu'une discrimination est constituée lorsqu'« *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* », notamment en raison de l'exercice d'activités syndicales ou d'un critère neutre revenant à les prendre en considération (art. 1<sup>er</sup> loi n° 2008-496 du 27 mai 2008), elle est principalement établie par une comparaison. Certes, aucune disposition n'impose à un employeur d'organiser

une évolution de carrière par des changements d'emplois et de qualifications, mais il se doit en revanche de veiller à ce que l'évolution mise en œuvre ne soit pas discriminatoire et à faire évoluer la classification d'un salarié mandaté ou élu s'il apparaît qu'il est le seul à ne pas avoir évolué par rapport au personnel se trouvant dans une situation comparable.

238. De plus, le Défenseur des droits constate que les discriminations dans l'évolution des carrières et des rémunérations sont entretenues par le fait que les accords de groupe et d'entreprise ne compensent pas la charge de travail manquante lors des délégations. Or, un biais subjectif négatif en résulte dans l'appréciation faite de la performance par les managers, ce qui est source de discrimination.
239. Tel est précisément le sens des commentaires des managers rapportés dans les évaluations précitées <sup>126</sup> :
- « nous aimerions que N [élu au CHSCT] soit plus présent, dans la mesure du possible, afin que nous ayons toute la capacité au contrôle démontage pour pouvoir traiter nos encours » <sup>127</sup> ;
  - « amélioration sur la communication (prévenir en cas d'absence par exemple) mais cela doit se faire de manière systématique afin que nous puissions anticiper /planifier la charge. Je rappelle que nous sommes en taille critique <sup>128</sup> » ;
  - « il est difficile pour nous de planifier les livraisons moteurs (suite aux obligations sociales de K) <sup>129</sup> ».
240. Le fait de ne pas aménager les conséquences des prises de mandat sur le collectif de travail, qu'elles ne doivent pas pénaliser, est une des carences les plus importantes de l'accord de groupe Y. Elle a été dénoncée comme telle par le Conseil économique, social et environnemental (CESE) dans un rapport relatif aux accords destinés à la valorisation des activités syndicales <sup>130</sup>. Parce que la baisse de productivité qu'implique les temps de délégation n'est pas compensée ou aménagée, les activités syndicales sont au contraire, comme en l'espèce, une source de stigmatisation au sein du collectif de travail.
241. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil économique et social recommande de « valoriser des approches opérationnelles en matière d'exercice des droits syndicaux pour garantir l'exercice de ces droits fondamentaux, prévenir les discriminations syndicales et créer les conditions d'un dialogue avec l'encadrement, permettant notamment de mieux gérer l'organisation du travail ou encore dans la mesure du possible, d'anticiper les indisponibilités liées à l'exercice du mandat <sup>131</sup> ».
242. Par ailleurs, en plus de s'appuyer sur un accord de groupe défaillant qui ne permet pas aux représentants du personnel de connaître une évolution de carrière normale, il arrive à la société Y de ne pas respecter les prescriptions de cet accord, notamment s'agissant des entretiens de prise de mandats tels que prévu à l'article 15 section II <sup>132</sup>.
243. La Fédération X montre aussi que les services des ressources humaines réalisent des panels de comparaison conventionnels ou « audits de positionnement » au niveau de l'entreprise <sup>133</sup>.

---

<sup>126</sup> V. *supra* n° 227.

<sup>127</sup> Pièce FÉDÉRATION X n° MM 6.

<sup>128</sup> Pièce FÉDÉRATION X n° XB 6.

<sup>129</sup> Pièce FÉDÉRATION X n° SC 5.

<sup>130</sup> V. Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc., p. 65 et s. (Pièce DDD n° 7).

<sup>131</sup> V. Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc., p. 75. (Pièce DDD n° 7).

<sup>132</sup> V. Art. 15, Accord du Groupe Y sur le développement du dialogue social, 19 juillet 2016 (Pièce DDD n° 19).

<sup>133</sup> V. Conclusions pour la fédération X préc., p. 32.

244. Pourtant, la note de la direction des relations sociales du groupe Y du 12 janvier 2012, rappelle expressément que pour la mise en œuvre de l'accord sur le développement du dialogue social, « *l'outil de positionnement devra être établi au niveau de l'établissement* <sup>134</sup> ».
245. Enfin, la Fédération X montre que les résultats des panels de comparaison établis sur le modèle conventionnel sont présentés de manière confuse et différente selon les années. Pour un même salarié dont la situation est appréciée, le cercle de ses comparants est fluctuant <sup>135</sup>.
246. Le Défenseur des droits rappelle que, pour la Cour de justice de l'Union européenne, le fait pour un employeur suspecté de discrimination de ne pas fournir les informations nécessaires pour vérifier si la différence de traitement dénoncée est objectivement justifiée caractérise une discrimination (CJUE, 19 avril 2012, Meister, C-415/10).
247. **Caractérisation de la discrimination systémique en l'espèce.** L'ensemble de ces constats, et les multiples qualifications de discrimination dont ils relèvent, sont révélateurs de la discrimination systémique à l'œuvre en l'espèce. En effet, au-delà des stipulations lacunaires de ses accords relatifs au dialogue social, la société Y néglige les dispositifs qui permettent de les mettre en œuvre. Or, ce fait témoigne de la moindre attention, si ce n'est d'une moindre considération, que les managers accordent à l'évolution de carrière des représentants du personnel.
248. C'est la raison pour laquelle le Défenseur des droits constate que la discrimination syndicale dénoncée dans le cadre de l'action de groupe est non seulement collective, mais plus encore systémique, en ce sens qu'elle procède de préjugés négatifs sur l'engagement syndical et cumule les effets des discriminations directes et indirectes au cœur de la gestion de la carrière des salariés élus et mandatés Fédération X.

### 3. LA REPARATION DES PREJUDICES DANS L'ACTION DE GROUPE

249. L'article L.1134-8 alinéa 1<sup>er</sup> du code du travail dispose que l'action de groupe « *peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis* ». La réparation des préjudices subis constitue donc l'un des objectifs mêmes de l'action de groupe et est soumise au constat préalable d'un manquement par le juge judiciaire.
250. La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, qui a introduit cette disposition, prévoit dans son article 92 II qu'elle n'est applicable qu'« *aux seules actions dont le fait générateur de responsabilité ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi* ».
251. Aussi, l'article L. 1134-10 du code du travail dispose que « *lorsque l'action tend à la réparation des préjudices subis, elle s'exerce dans le cadre de la procédure individuelle de réparation définie au chapitre I<sup>er</sup> du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle [al. 1<sup>er</sup>]* » et que « *le tribunal de grande instance connaît des demandes en réparation des préjudices subis du fait de la discrimination auxquelles l'employeur n'a pas fait droit [al. 2]* ».
252. La question de l'application de la loi dans le temps se pose en l'espèce (3.1), afin de déterminer les préjudices réparables par le Tribunal de grande instance de Z dans le cadre de l'action de groupe (3.2) et distinguer ainsi ceux qui sont antérieurs et postérieurs à l'engagement de celle-

<sup>134</sup> Groupe Y, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20). *Souligné dans le texte.*

<sup>135</sup> V. Conclusions pour la fédération X devant le TGI de PARIS en date du 11 mars 2019, p. 31 et s.

ci, pour la réparation desquels la juridiction doit réserver un droit d'action individuel devant le Conseil de prud'hommes (3.3).

### 3. 1. L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

253. **Prescription extinctive des actions en discrimination.** L'article L.1134-5 du code du travail dispose que « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination* » et que « *ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel* ». Le délai dans lequel le salarié peut agir pour faire reconnaître la discrimination dont il s'estime victime est donc d'ordre public.
254. La « *révélation de la discrimination* » au salarié doit être prise en compte comme point de départ de la prescription. Cette révélation s'entend de la mise en lumière du caractère discriminatoire d'une situation, dont il pouvait avoir auparavant une certaine prescience sans être en capacité d'en 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.
255. Au soutien de son action, un salarié peut donc produire des éléments antérieurs à cette date afin de faire valoir ses droits, surtout lorsque la discrimination subie a pour effet de créer pour lui un désavantage continu en termes d'affectation, de salaire ou lorsque des agissements de harcèlement sont invoqués. La discrimination suppose alors des actes répétés avec des conséquences qui s'échelonnent dans le temps <sup>136</sup>.
256. **Absence de prescription des faits en l'espèce.** Les faits dénoncés résultent des accords successivement conclus au sein de la société W le 9 juillet 2004, au sein du groupe Y le 19 juillet 2006 et au sein de la société Y elle-même, le 30 janvier 2009 encore applicables, et de leurs modalités de mise en œuvre qui emportent des effets jusqu'à ce jour.
257. Les faits du litige visent donc la cessation de discriminations continues et demandent la cessation de leurs effets après l'entrée en vigueur de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.
258. L'action de groupe, visant à la cessation du manquement et à la réparation des préjudices subis par le groupe de victimes de discrimination syndicale après la demande de cessation du manquement est donc recevable, contrairement à ce qu'avance la société Y.
259. **Date de mise en demeure de la société Y.** L'article L.1134-8 du code du travail dispose que « *sont seuls indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L. 1134-9* » du même code. La réparation des préjudices subis est donc soumise à la condition préalable de « *demander à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine* » de faire cesser la discrimination collective alléguée.
260. Ainsi, seuls peuvent être indemnisés en l'espèce, par le Tribunal de grande instance de Z, les préjudices nés postérieurement à la réception par l'employeur de cette mise en demeure, soit le 23 mai 2017.

### 3.2. LA REPARATION DES PREJUDICES

261. **Office du juge.** Pour déterminer les préjudices réparables dans le cadre de l'action de groupe, le juge doit raisonner en deux temps. Dans un premier temps, il doit mettre de côté l'accord, en prononcer la nullité et déterminer les règles applicables au repositionnement des salariés et à l'indemnisation des discriminations syndicales subies.

---

<sup>136</sup> CA Paris, 31 janvier 2018, RG n° S 15/11920 (Pièce DDD n° 33). V. égal. DDD, décision n°2016-188, du 21 juillet 2016.

262. Dans un deuxième temps, le juge doit déterminer le groupe des personnes visées par l'accord qui peuvent prétendre à une réévaluation de leur positionnement et de leur indemnisation au regard des chefs de préjudice qu'il aura déterminé<sup>137</sup>..
263. **Modalités de la réparation des discriminations dans l'évolution de carrière et la progression salariale.** La réparation s'effectue par le biais d'une « *remise en l'état* », dont le principe est affirmé de longue date en droit français<sup>138</sup>.
264. Pour la Cour de cassation, en matière de discrimination, le juge peut « *ordonner le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée* »<sup>139</sup>.
265. Le salarié discriminé devra ainsi être reclassé au niveau de rémunération et de classification professionnelle qu'il aurait dû atteindre s'il n'avait pas été victime d'une discrimination prohibée<sup>140</sup>.
266. Il appartient au juge du fond, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, de décider du reclassement de l'intéressé et d'en fixer la date<sup>141</sup>.
267. Il peut se référer aux dispositions conventionnelles applicables à l'entreprise et prononcer le repositionnement du salarié victime au coefficient moyen du panel de comparaison assorti de la rémunération correspondante<sup>142</sup> ou à un niveau de « *classification correspondant à la situation médiane des membres du panel* »<sup>143</sup>. A cet égard, le juge ne doit pas procéder à une revalorisation en application d'une « *moyenne proposée par l'employeur* »<sup>144</sup>.
268. En l'absence de dispositions conventionnelles applicables, le juge peut procéder au repositionnement du salarié victime « *au regard des éléments de comparaison qu'il a appréciés souverainement, des compétences, de l'ancienneté et de la qualification acquises* » par l'intéressé<sup>145</sup>.
269. **Modalités de réparation des discriminations en l'espèce.** Pour organiser la réparation des préjudices subis en l'espèce, le juge doit donc ordonner le reclassement de chacun des membres du groupe en considération de la classification qui aurait dû être la leur par référence à des panels de comparaison individuellement établis selon les critères jurisprudentiels.
270. **Chefs de préjudice.** Plusieurs chefs de préjudice résultent d'une discrimination affectant la carrière et la progression salariale.
271. **Retard dans l'évolution de carrière** La réparation en nature par le repositionnement du salarié dont la discrimination a entravé l'évolution de carrière est toujours complétée par une

<sup>137</sup> Art. 66, loi n°2016-1547, 18 novembre 2016, *de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, préc. (Pièce DDD n° 11).

<sup>138</sup> Cass. civ 2<sup>ème</sup>, 28 octobre 1954, JCP, 1955, II, p.8765, obs. J. SAVATIER : « *Le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de placer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »

<sup>139</sup> Cass. soc., 4 juillet 2012, *W c. Mme M.*, pourvoi n° 11-17522, en matière de discrimination sexuelle ; Cass. soc., 23 novembre 2005, n°03-40826 ; Cass. soc., 19 janvier 2011, pourvoi n°09-70076 ; Cass. soc., 2 juillet 2004, pourvoi n°12-24175, en matière de discrimination syndicale.

<sup>140</sup> Cass. soc., 23 janvier 2007, pourvoi n°04-48.530 ; Cass. soc., 26 avril 2006, pourvoi n°04-45.208

<sup>141</sup> Cass. soc., 24 février 2004, pourvoi n°01-46499.

<sup>142</sup> CA Toulouse, 28 novembre 2013, SA Thalès Avionics

<sup>143</sup> Cass. soc., 16 novembre 2010, pourvoi n°09-42956 ?

<sup>144</sup> Cass. soc., 10 avril 2008, Sté Aventis Pharma, n°06-45821

<sup>145</sup> Cass. soc., 16 novembre 2010, préc.

réparation par équivalent de son préjudice financier, correspondant à la rémunération qu'il aurait dû percevoir en l'absence de discrimination et à son préjudice moral <sup>146</sup>.

272. **Rappels de salaire.** Mais, pour ce qui est de l'allocation de dommages et intérêts à ce titre, le juge ne doit l'ordonner que pour la quote-part correspondant au préjudice subi entre le 23 mai 2017, date de la mise en demeure de la société Y par la Fédération X et le jour du jugement d'indemnisation individuel définitif. Il doit en être de même pour tous les autres chefs de préjudices.
273. **Rappels des accessoires de salaire.** La poursuite du contrat doit être complétée par le versement de rappels de salaires et, le cas échéant, des accessoires de salaires (primes, indemnités, avantages en nature, etc.).
274. **Préjudice de retraite.** Dans la lignée de la jurisprudence fixant les conditions d'élaboration d'un panel de comparaison objectif pour apprécier le caractère discriminatoire d'une évolution de carrière et de salaire, une majoration de 30% du préjudice financier est admise pour compenser la perte pension de retraite <sup>147</sup>.
275. Il s'agit d'indemniser la perte de chance de mener une carrière normale. Une entreprise a pu ainsi être condamnée à verser à un salarié discriminé 580 000 euros « *au titre du préjudice financier découlant de l'entrave au déroulement de sa carrière et de la perte des droits à la retraite consécutifs à la discrimination subie* » <sup>148</sup>.
276. **Pertes de chance.** Des dommages et intérêts peuvent également être versés pour réparer par équivalent la perte de chance de bénéficier d'une promotion <sup>149</sup> ou réparer les préjudices résultant de la dégradation de l'état de santé, notamment au regard de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu l'employeur <sup>150</sup>, soit la perte de chance de rester en bonne santé <sup>151</sup>.
277. **Préjudices moraux.** Enfin, des dommages et intérêts sont toujours alloués pour réparer le préjudice moral causé par l'atteinte à la dignité qu'implique la discrimination <sup>152</sup>, même lorsque sa réparation se fait principalement en nature. Comme le rappellent les cours d'appel, « *le sentiment d'injustice et le traitement inéquitable sont à l'origine d'un préjudice moral distinct devant lui aussi faire l'objet d'une réparation* <sup>153</sup> ». La discrimination « *est source d'un préjudice moral très vif [devant] être compensé* <sup>154</sup> ». Aussi, les juges du fond réparent à ce titre non seulement « *le sentiment de dévalorisation* <sup>155</sup> », mais aussi « *la privation de la possibilité de*

---

<sup>146</sup> V. CA Pau, 4 sept. 2012, RG n° 10/04765, inédit. – CA Agen, 11 févr. 2014, RG n° 13/00532, inédit. – CA Versailles, 12 févr. 2014, RG n° 11/02639. – CA Versailles, 15 mai 2014, n° 13/00610. – CA Paris, 16 oct. 2015, RG n° 13/03526, inédit.

<sup>147</sup> CA Agen, 11 février 2014, RG n°13/00532 ; CA Paris, 19 février 2009, RG n°07/03072 ; CA Paris, 16 décembre 2008, RG n°07/03680. Voir, surtout, CA C, 15 mars 2018, *Société D c. Alain G.*, RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

<sup>148</sup> CA Paris, 10 mars 2011, *Crédit agricole – caisse régionale d'Ile-de-France*

<sup>149</sup> CA Douai, 31 juillet 2007, RG n°06/00297 ;

<sup>150</sup> Sur cette obligation de sécurité voir *supra* n° 157 et sur sa violation en l'espèce, voir *supra* n° 163.

<sup>151</sup> Cass. soc., 16 mars 2005, pourvoi n°03-42137.

<sup>152</sup> V. en ce sens, CA Pau, 4 sept. 2012, RG n° 10/04765 ; CA Agen, 11 févr. 2014, RG n° 13/00532 ; CA Versailles, 12 févr. 2014, RG n° 11/02639. ; CA Versailles, 15 mai 2014, n° 13/00610 ; CA Paris, 16 oct. 2015, RG n° 13/03526, inédit.

<sup>153</sup> CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 09/08065. V. égal. CA Lyon, 30 avr. 2015, RG n° 14/0174 : le salarié est fondé à demander réparation de son préjudice, essentiellement moral et distinct de la rupture de son contrat, occasionné par le comportement discriminatoire, car homophobe, de son employeur ; CA Douai, 29 janv. 2016, RG n° 15/00506 : « *indépendamment de l'indemnisation de la nullité de son licenciement, un salarié qui a subi un préjudice lié aux agissements vexatoires ou humiliants de son employeur, peut en obtenir réparation si celui-ci est distinct du préjudice réparé par l'allocation de dommages et intérêts pour licenciement nul et en lien avec une faute distincte de celle ayant entraîné la nullité du licenciement* ».

<sup>154</sup> CA Orléans, 24 janv. 2008, RG n° 04/01529.

<sup>155</sup> CA Versailles, 5 mai 2015, RG n° 14/01541.

*reconnaissance professionnelle*<sup>156</sup> », tant « *dans [l']entourage social que familial*<sup>157</sup> », ou encore « *le sentiment d'injustice généré par un traitement inéquitable de l'employeur [ayant un] caractère socialement intolérable*<sup>158</sup> ».

278. En matière de discrimination syndicale dans l'évolution de carrière, il a été jugé que le salarié qui en est victime éprouve « *un préjudice matériel lié à l'insuffisance de rémunération pendant la période de discrimination, ainsi que le préjudice moral causé au salarié tenu injustement à l'écart de l'évolution dont bénéficie la moyenne de ses collègues placés dans la même situation professionnelle* » (CA Toulouse, 12 février 2010, RG n° 08/06192<sup>159</sup>).
279. **Application aux discriminations syndicales constatées au sein du groupe Y.** Dans un arrêt du 15 mars 2018, la Cour d'appel de C a caractérisé, en considération de ces précédents jurisprudentiels, le préjudice subi par un salarié dont l'évolution de carrière et la progression salariale ont été entravées par une discrimination syndicale au sein de la filiale D, en dépit des stipulations de l'accord de groupe (CA C, 15 mars 2018, RG n° 15/02339<sup>160</sup>).
280. La Cour d'appel commence par rappeler que « *la demande en réparation n'a pas pour seul objet de réparer la perte de salaire résultant de la discrimination mais d'indemniser l'ensemble du préjudice subi par le salarié du fait de cette discrimination pendant toute sa durée, en prenant en considération le différentiel de rémunération existant avec la moyenne de rémunération des salariés comparants au point final de la comparaison* ».
281. Pour réaliser ce calcul, la Cour se réfère à la méthode dite « triangulaire » ou « de triangulation » précédemment exposée<sup>161</sup>, pour permettre de calculer le niveau de repositionnement de l'intéressé dans la grille des classifications. Elle poursuit alors en expliquant que « *le préjudice subi par le salarié discriminé au cours de sa carrière est égal à l'aire d'un triangle constitué de trois points: le point initial de la comparaison correspond à la date d'apparition de la cause de discrimination à laquelle le panel de salariés présente la même rémunération que le salarié discriminé (A), la rémunération du salarié discriminé au point final de comparaison (B), la rémunération des salariés comparants à ce même point (C). Le préjudice du salarié discriminé tel que déterminé par la méthode de « triangulation » qui a été validée par la jurisprudence est équivalent au différentiel de rémunération au cours de la carrière; la détermination de ce préjudice nécessite de multiplier AB (durée de la période de discrimination) par BC (différentiel de rémunération au point final de comparaison); ce résultat est divisé par 2 pour connaître la perte de rémunération subie par le salarié discriminé au cours de sa carrière* ».
282. La Cour d'appel de C ajoute que « *le résultat est enfin majoré de 30% afin de tenir compte de la perte de droits à la retraite du fait du différentiel de revenus non versés, ce taux étant généralement retenu par la jurisprudence pour réparer ce préjudice particulier. En effet, outre la perte de rémunération, il y a aussi la perte de cotisations sociales et la perte de cotisations de retraite ainsi que la perte d'une chance de n'avoir pas pu bénéficier pendant toutes ces années d'un salaire plus élevé à celui réellement perçu (pouvoir d'achat plus élevé, cotisations plus élevées, capacité d'emprunt plus élevée pour la réalisation de projets familiaux)* ».
283. Enfin, la Cour conclut en confirmant qu'il convient d'allouer au salarié « *une somme supplémentaire en réparation du préjudice moral subi caractérisé par l'absence de reconnaissance professionnelle durant plusieurs années, ce qui n'est pas sans avoir des*

<sup>156</sup> CA Nancy, 4 sept. 2009, RG n° 06/00848.

<sup>157</sup> CA Grenoble, 19 mai 2008, RG n° 07/01381.

<sup>158</sup> CPH Montluçon, 7 déc. 2015, RG n° 15/00079.

<sup>159</sup> Pièce DDD n° 45.

<sup>160</sup> Pièce DDD n° 30.

<sup>161</sup> V. *supra* nos 100 et s.

conséquences sur la qualité du travail fourni (dévalorisation du travail, déconsidération de soi) ».

### 3.3. LA REPARATION DES PREJUDICES ANTERIEURS ET POSTERIEURS A LA MISE EN DEMEURE

284. **Nécessité de réserver un droit d'action individuel pour la réparation du préjudice antérieur.** En application de l'article L.1134-8 du code du travail, « *sont seuls indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L. 1134-9 [demande de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée]* ».
285. Il ressort des débats parlementaires préalable à la création de cet article par la loi la du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle, que les rapporteurs du texte considéraient que, « *pour que l'action de groupe soit utile, elle doit permettre une réparation intégrale des préjudices, y compris moraux – ceux-ci étant les plus fréquemment observés en matière de discrimination – , à compter du fait générateur de la situation de discrimination* <sup>162</sup> ».
286. Mais, pour le Gouvernement, si « *les victimes ne [sont] indemnisées que pour la période qui sépare la mise en demeure du jugement, c'est-à-dire pour quelques mois, alors que la discrimination aura pu durer plusieurs années, [...]. Les victimes qui souhaiteraient obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices devraient s'adresser au conseil des prud'hommes, dans le cadre d'une action individuelle* <sup>163</sup> ».
287. Le juge appelé à statuer sur cette action collective doit donc expressément, par son jugement reconnaissant l'existence d'une discrimination, calculer la part des dommages postérieurs à la mise en demeure et réserver le droit aux personnes relevant du groupe d'obtenir réparation des préjudices nés antérieurement à la mise en demeure de la société mise en cause, en l'espèce le 23 mai 2017.
288. **Principe de réparation intégrale.** L'enjeu est d'organiser le respect du principe de réparation intégrale des préjudices causés par la discrimination tel qu'il a d'abord été posé par la Cour de justice <sup>164</sup>, avant de l'être par la Cour de cassation (Cass. soc., 23 nov. 2005, n°03-40826 ; Cass. soc., 10 avril 2008, n°06-45821 <sup>165</sup>).
289. Ce principe trouve sa source dans le principe général consacré par l'article 1240 du code civil au terme duquel le préjudice doit être réparé intégralement, sans qu'il en résulte pour la victime ni perte ni profit <sup>166</sup>. Il appartient aux juridictions du fond de réparer, dans les limites des conclusions des parties, le préjudice dont elles reconnaissent le principe, et d'en rechercher l'étendue, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation <sup>167</sup>.
290. La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations a définitivement entériné le principe de la réparation intégrale en matière de lutte contre les discriminations. Elle a introduit un article L. 1134-5 dans le code du travail, dont le 3<sup>e</sup> alinéa dispose que « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».

---

<sup>162</sup> Extrait du rapport de la commission des lois de l'Assemblée Nationale des mardi 3 et mercredi 4 mai 2016 sur le projet de loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle après adoption du Sénat.

<sup>163</sup> *Id.*

<sup>164</sup> CJCE, 2 août 1993, Marshall c. Southampton, C-271/91.

<sup>165</sup> Pièces DDD n°s 43 et 44

<sup>166</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 janvier 2003, pourvoi n°01-00200.

<sup>167</sup> V. Cass. soc., 5 mars 2002, pourvoi n°00-41453 ; Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi n°08-44002

291. **Justification par le caractère d'ordre public absolu de l'interdiction des discriminations.**  
La réparation intégrale du préjudice est nécessaire pour assurer le respect du principe général de non-discrimination et la protection corrélative des droits fondamentaux, dont la liberté syndicale. C'est la raison pour laquelle les dispositions interdisant les discriminations syndicales relèvent d'un ordre public absolu, auquel il n'est pas possible de déroger par convention.

## V. CONCLUSION

292. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que les discriminations observées caractérisent une discrimination directe, indirecte, par injonction, dont le cumul crée une discrimination collective et systémique en raison de l'exercice des activités syndicales ;
  - Constate que l'article 17 de l'accord du groupe Y sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2016 et l'article 6.2 de l'accord propre à la société Y du 30 janvier 2009, sont illicites en ce qu'ils ne garantissent pas l'effectivité des dispositions constitutionnelles, conventionnelles et d'ordre public interdisant les discriminations syndicales ;
  - Constate que l'article 17 de l'accord du groupe Y sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2016 et l'article 6.2 de l'accord propre à la société Y du 30 janvier 2009, encourent la nullité et qu'elles doivent être écartées ;
  - Constate que les préjudices individuels des personnes victimes de discrimination syndicale doivent cesser, être réparés pour l'avenir et que les droits des personnes doivent être réservés pour leur permettre un recours devant le Conseil de Prud'hommes pour les préjudices antérieurs qu'ils auraient subis;

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du Tribunal de grande instance de Z.

Jacques TOUBON