

Paris, le 23 janvier 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-017

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la 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 le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X qui estime avoir été victime d'une discrimination fondée sur ses activités syndicales,

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

À défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations en cas de saisine du conseil de prud'hommes compétent.

Jacques TOUBON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X d'une réclamation relative à des faits de discrimination en raison de ses activités syndicales.

I. FAITS :

2. Par contrat à durée indéterminée en date du 2 mai 2000, Monsieur X est recruté par la société Z, spécialisée dans le secteur de l'édition de logiciels informatiques, en qualité de responsable de la fonction support, statut cadre. La société est présidée par Monsieur A.

3. Le réclamant explique avoir adhéré au syndicat FO de l'entreprise au mois de juin 2004.

4. Par lettre recommandée du 9 juillet 2004, il est convoqué à un entretien préalable à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

5. Par lettre recommandée du 26 juillet 2004, une mise à pied disciplinaire d'une journée lui est notifiée. Il lui est reproché d'avoir adressé un mail à plusieurs collaborateurs relatant expressément une divergence de point de vue avec son supérieur hiérarchique concernant l'état d'avancement de la console d'administration qualifiée d'« *action de dénigrement portant atteinte à l'autorité de ce dernier* ».

6. Par lettre remise contre décharge du 30 juillet 2004, il est de nouveau convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement.

7. Par lettre recommandée du 30 août 2004, il se voit notifier une rétrogradation disciplinaire au poste d'analyste programmeur accompagnée d'une baisse de sa rémunération. Une insuffisance professionnelle concernant les délais relatifs au développement de la console d'administration et une absence de communication d'information à son responsable lui sont reprochés.

8. Par lettre recommandée du 24 septembre 2004, le réclamant conteste cette sanction. Suite à l'intervention de l'inspection du travail, elle est annulée au mois d'octobre 2004.

9. Par courrier du 18 octobre 2004, le syndicat CGT-FO communique à l'employeur la liste des candidats aux élections professionnelles de la délégation unique du personnel, ayant pour objet d'exercer les attributions des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. Monsieur X se présente en tant que membre suppléant du collège cadre.

10. Par lettre recommandée du 30 janvier 2005, le réclamant dénonce auprès de l'employeur « *l'éclatement de la fonction support* » qu'il dirige avec des changements de bureaux et d'affectation ainsi qu'une réduction d'effectifs, sans concertation préalable.

11. Le 23 mai 2005, Monsieur X est désigné délégué syndical FO.

12. Par lettre recommandée du 23 septembre 2005, un blâme lui est notifié pour avoir posé tardivement des RTT à deux reprises, sans en informer sa hiérarchie.

13. Par courriel du 16 janvier 2006 et deux courriers des 2 et 21 février 2006, Monsieur X sollicite l'ouverture de la négociation annuelle obligatoire dite NAO qui tarde à être mise en place par l'employeur. Il alerte également l'inspection du travail.

14. Le 4 décembre 2006, il est élu secrétaire et représentant de la délégation unique du personnel (DUP) et membre du CHSCT.
15. Lors d'une réunion extraordinaire de la DUP du 11 juillet 2007, Monsieur A annonce l'intention de la société de se rapprocher du groupe Y, jusqu'alors concurrent direct, avec cession de l'intégralité du capital social. L'intégration de la société Z au groupe Y est entérinée le 23 juillet 2007. Monsieur B devient le président de la société et Monsieur A son directeur général.
16. Le 14 décembre 2007, un plan de restructuration est annoncé avec la suppression de plusieurs postes dont celui du réclamant.
17. À compter du 3 janvier 2008, la prise en charge de l'application « *gestion des indicateurs médico-sociaux* » lui est confiée et sa collaboration au développement de l'application de « *gestion des fédérations dans l'environnement.net* » est envisagée. Le réclamant soulève un problème de positionnement, l'équipe ayant déjà un chef de projet.
18. Le 26 février 2008, Monsieur X assiste Monsieur W, ancien directeur commercial de la société Z, lors de son entretien préalable à licenciement. Le réclamant refuse de signer le compte-rendu rédigé par la direction. Il estime que Monsieur W n'a pas été en mesure de poser de questions. Il rédige un compte-rendu séparé. Des courriels sont échangés avec Monsieur B qui lui demande de signer le compte-rendu de la direction.
19. Par courriel du 17 septembre 2008, Monsieur B lui indique que l'avocat de Monsieur W lui a transmis le compte-rendu de l'entretien établi par ses soins qui, selon lui, comporte des passages altérant significativement la réalité de l'entretien et préjudicant à la société. Il le convoque à un entretien le 24 septembre 2008 « *en vue le cas échéant de procéder aux rectifications et précisions qui s'imposent* ».
20. Par courriel du 23 septembre 2008, le réclamant informe Monsieur B de son refus de se présenter à l'entretien, considérant qu'il s'agit d'une forme d'entrave aux fonctions de délégué du personnel exercée lors de l'entretien préalable concerné.
21. Lors de la réunion de la DUP du 29 septembre 2008, les échanges entre la direction et Monsieur X sont évoqués. Le réclamant estime avoir subi des pressions de la part de Monsieur B. Il alerte l'inspection du travail sur les faits.
22. Le 6 octobre 2008, à la demande de Monsieur B, une réunion extraordinaire du comité d'entreprise est organisée. Le procès-verbal établi par le réclamant indique que Monsieur B l'aurait accusé de « *s'être fait désigner délégué syndical pour se protéger, d'instiller un climat délétère et d'être manipulateur, mettant en péril l'entreprise* », aurait qualifié le compte-rendu établi par ses soins de « *faux* » et lui aurait déclaré « *j'ai un problème avec vous et je vais le régler* ». Il aurait conclu en indiquant qu'il serait prochainement convoqué à un entretien préalable en vue d'une sanction.
23. Par courriel du 27 octobre 2008, Monsieur B indique au réclamant qu'il a eu communication de son projet de compte-rendu de la réunion. Il le qualifie de « *document très long et très verbeux* » et lui reproche un manque de rigueur et d'objectivité.
24. Par lettre remise en main propre le 30 octobre 2008, le réclamant est convoqué à un entretien préalable à licenciement fixé au 14 novembre 2008.
25. Par lettre remise en main propre du 13 novembre 2008, il met en cause sa convocation auprès de Monsieur B et allègue son « *rejet notoire des syndicats* », les pressions qu'il estime avoir subies et « *les attaques récentes et non étayées de Madame E* », sa responsable hiérarchique, qui selon lui visent à justifier son éviction de l'entreprise.

26. Monsieur B y répond le 14 novembre 2008, soulignant notamment : « *Il est vrai que depuis le 23 mai 2005 vous avez su conjuguer avec maestria la défense de vos intérêts personnels sous couvert de représentation du personnel. Ainsi vous avez cru constituer un abri contre le licenciement auquel vos avaries professionnelles vous exposaient* ».
27. Les 13 et 27 novembre 2008 ont lieu les élections professionnelles de la DUP aux termes desquelles Monsieur X est élu membre titulaire du collège cadre.
28. Le 24 novembre 2008, a lieu une réunion extraordinaire de la DUP afin d'examiner le projet de licenciement de Monsieur X et le procès-verbal de l'entretien du 6 octobre 2008. Une insuffisance professionnelle et une insubordination systématique vis-à-vis de sa hiérarchie sont invoquées par la direction pour justifier son licenciement pour faute. Son refus de signer le compte-rendu de l'entretien préalable de Monsieur W établi par la direction est invoqué au titre de l'insubordination.
29. Le 4 décembre 2008, l'employeur sollicite l'autorisation de le licencier pour faute grave auprès de l'inspection du travail.
30. Par décision du 30 janvier 2009, l'inspection du travail refuse l'autorisation, considérant que l'insuffisance professionnelle et l'insubordination permanente reprochées au salarié ne sont pas établies et relevant que les déclarations de Monsieur B dans son courriel du 17 septembre 2008 et lors de la dernière réunion extraordinaire du comité d'entreprise s'appuient sur des faits en lien avec les mandats détenus par Monsieur X.
31. Le 5 mars 2009, la société Z forme un recours hiérarchique contre cette décision auprès du ministre du travail lequel, par décision du 15 juillet 2009, confirme la décision de l'inspection du travail.
32. Lors des élections professionnelles de 2010, Monsieur X est élu membre titulaire de la DUP sous l'étiquette FO.
33. Le 8 avril 2011, il est placé en arrêt de travail pour maladie jusqu'au 7 février 2012 pour une affection longue durée.
34. Le 9 février 2012, il reprend ses fonctions dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique jusqu'en juillet 2013. Il dénonce le fait de ne pas avoir bénéficié d'entretien à son retour. Il estime également avoir été tenu à l'écart de formations et, plus précisément, de la formation « *Excel 2010 Expert* » en juin 2012 et « *Entity Framework4* » en novembre 2012.
35. Lors des élections professionnelles de 2012, le réclamant n'est pas réélu membre de la DUP.
36. À compter du 1^{er} juin 2013, il est placé en invalidité première catégorie.
37. Lors de son entretien d'évaluation du 17 mars 2014, il est informé de son affectation prochaine au sein de l'équipe informatique décisionnelle dirigée par Monsieur D. Il s'y oppose en refusant de signer le compte-rendu de son entretien.
38. Lors des élections professionnelles de 2014, il n'est pas réélu membre de la DUP.
39. Par courriel du 5 janvier 2015, le réclamant informe Madame E de sa disponibilité pour effectuer une nouvelle mission, son activité sur l'application « *alfa indicateurs* » dont il avait la charge étant achevée.
40. Par courriel du 6 janvier 2015, elle lui indique qu'il peut se « *replonger dans les outils décisionnels* » sous la responsabilité de Monsieur D, actant ainsi son changement d'équipe.

41. Lors d'un entretien du 12 janvier 2015, sa première tâche dans le décisionnel lui est confiée portant sur « *la compta dans GRH* ».
42. Par lettre recommandée du 21 janvier 2015 adressée également par courriel du 22 janvier 2015, il prend acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur. Il considère que sa nouvelle affectation constitue une modification de son contrat de travail avec une rétrogradation par rapport à ses fonctions initiales de chef de projet. Il dénonce également une « *placardisation consécutive à l'échec d'une procédure abusive de licenciement initiée fin 2008 par Monsieur B, en période d'élections professionnelles, à visée clairement anti-syndicale* ». Il fait valoir que cette placardisation s'est notamment traduite par l'absence de toute augmentation salariale ou prime non obligatoire, l'insuffisance de formation ou la mise à l'écart de formations qui le concernaient, la mise à l'écart des réunions techniques, l'absence de véritable entretien d'évaluation depuis leur généralisation en 2011 et l'absence de toute perspective d'évolution.
43. Par lettre recommandée du 28 janvier 2015, Monsieur A souligne sa stupéfaction et par lettre recommandée du 2 mars 2015, il conteste la modification unilatérale de son contrat et la rupture aux torts de l'employeur.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

44. Au vu des éléments présentés par Monsieur X au soutien de sa réclamation, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, sollicité par courrier la société Z devenue la société Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
45. Monsieur A, directeur général de la société, y a répondu par courrier du 16 novembre 2015.
46. Après analyse des éléments de réponse de la société, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier du 24 novembre 2017, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination et l'invitant à présenter tout élément et document utile sur l'ensemble des éléments recueillis au cours de son enquête.
47. Par courrier du 23 février 2018, le conseil de la société y a répondu en apportant des éléments complémentaires qui ont été examinés par les services du Défenseur des droits.

III. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

48. Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte telle que définie à l'article 1^{er} 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, en raison de ses activités syndicales.
49. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précise que tout agissement subi par une personne sur le fondement de ses activités syndicales et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue une discrimination.
50. L'article L.2141-5 du code du travail précise qu' « *Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture de contrat de travail (...)* ».

51. Il convient de relever que l'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
52. S'agissant du régime probatoire, l'article L.1134-1 dudit code définit le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *Le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} 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. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».
52. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale¹, qu'au nombre de ces éléments pouvait figurer un rapport établi par un inspecteur du travail² et que pouvait également être prise en compte la chronologie des faits³.
53. L'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.
54. La Cour de cassation est venue préciser que la prise d'acte faisant suite à une mesure discriminatoire doit produire les effets d'un licenciement nul⁴. C'est également ce qu'ont retenu certaines juridictions du fond dans des affaires où le Défenseur des droits avait présenté des observations⁵.
55. L'article L.1134-5 du code du travail prévoit le principe de la réparation intégrale du préjudice résultant de la discrimination, la nullité ayant pour objectif de replacer les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la survenance des faits de discrimination.

➤ **Sur les éléments de fait présentés par Monsieur X**

53. Au soutien de sa réclamation, Monsieur X produit plusieurs éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de ses activités syndicales au sein de la société Z devenue la société Y.
54. En premier lieu, alors qu'il n'avait jamais été sanctionné par son employeur, il s'est vu notifier trois sanctions disciplinaires à compter de l'exercice de ses activités syndicales en 2004. La rétrogradation disciplinaire du 30 août 2004 a finalement été annulée par ladite société, ce qui ferait suite à l'intervention de l'inspection du travail au sein de l'entreprise.
55. Ainsi que l'a relevé l'inspection du travail dans sa décision du 30 janvier 2009, Monsieur B semble avoir considéré que la direction de la société Z s'était montrée bienveillante à l'égard du salarié : « *Monsieur X a bénéficié de la mansuétude de l'équipe dirigeante [de la société Z] à cette époque (...)* ».
56. La société Y a, quant à elle, sollicité une demande d'autorisation de licenciement à l'encontre du réclamant pour insuffisance professionnelle et insubordination permanente, refusée par l'inspection du travail puis par le ministre du travail, tous deux ayant relevé un lien entre les faits reprochés au salarié et ses mandats au sein de l'entreprise.

¹ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792 ; Cass. soc., 4 mars 2015, n°13-23447

² Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-27261

³ Cass. soc., 6 nov. 2013, n°12-22270

⁴ Cass. soc., 12 déc. 2012, n°10-28166

⁵ CPH Lyon, 26 fév. 2015, 10/03750 et Déc. DDD n°MLD/2012-55 ; CA Paris, pôle 6 chambre 6, 7 fév. 2018, n°S/14/13927 et Déc. DDD n°2017-239

57. En deuxième lieu, il convient de souligner le rôle particulièrement actif de Monsieur X en tant que représentant du personnel au sein de l'entreprise.
58. À ce titre peuvent être cités l'établissement d'un protocole d'accord transactionnel, le 4 juin 2007, entre la société Z et le CE représenté par Monsieur X suite au non-versement de sommes relatives au financement des activités du CE ainsi que la demande de réunion exceptionnelle pour entraves au fonctionnement régulier du CE, le 31 mars 2008, à l'initiative du réclamant auprès de Monsieur A, directeur général de la société. Enfin, l'engagement de Monsieur X dans l'assistance de Monsieur W dans le cadre de la procédure de licenciement engagée à son encontre le démontre également.
59. Plusieurs éléments, et notamment les échanges avec Monsieur B ainsi que les comptes rendus des réunions de la DUP, permettent de constater un climat conflictuel entre le président de la société Y et le réclamant, lié aux activités syndicales de ce dernier.
60. Certaines déclarations de Monsieur B ont d'ailleurs été relevées par l'inspection du travail, notamment le courriel du 18 septembre 2008 adressé au réclamant à propos du compte-rendu de l'entretien préalable de Monsieur W ainsi que ses déclarations lors de la réunion extraordinaire du CE du 24 novembre 2008 : « *Le 23 mai 2005, Monsieur X se fait nommer délégué syndical. Pour information, ce cas s'est déjà présenté à [la société Y]. Un salarié s'étant fait nommer délégué syndical afin de se protéger, Monsieur B a contesté cette nomination et obtenu gain de cause auprès des tribunaux, ceux-ci ayant considéré que c'était une désignation frauduleuse (...). Monsieur X a bénéficié de la mansuétude de l'équipe dirigeante [de la société Z] à cette époque (...)* ».
61. Les termes du courrier de Monsieur B du 14 novembre 2008 peuvent également être relevés : « *Il est vrai que depuis le 23 mai 2005 vous avez su conjuguer avec maestria la défense de vos intérêts personnels sous couvert de représentation du personnel. Ainsi vous avez cru constituer un abri contre le licenciement auquel vos avanies professionnelles vous exposaient* ».
62. Il convient de relever que Monsieur X a aussi dénoncé les interventions et pressions de la direction à l'occasion des élections professionnelles.
63. Ainsi, concernant les élections professionnelles de 2008, le réclamant fait valoir que des pressions auraient été exercées afin de voir plusieurs candidats se désister. Il produit en ce sens des courriels de la direction faisant état du retrait de trois candidats. Un candidat ayant maintenu sa candidature, confirme les déclarations du réclamant dans une attestation écrite.
64. Monsieur X a expressément mentionné sur le procès-verbal des élections de 2014 : « *fortes interrogations concernant le respect par l'employeur de son obligation de neutralité* ».
65. Par une attestation en date du 1^{er} décembre 2013, le candidat ayant maintenu sa candidature explique avoir également subi des pressions de la part de l'employeur concernant la rédaction du compte-rendu d'entretien préalable du réclamant qu'il assistait en novembre 2008 : « *(...) Monsieur B m'a demandé de le reprendre en totalité avec Monsieur A (...) À ma grande surprise, j'ai reçu (...) un compte-rendu de Messieurs B et A complètement différent du mien. La brutalité des échanges ainsi que les termes employés avaient été extrêmement édulcorés* ».
66. En troisième lieu et au soutien de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail, Monsieur X fait valoir une absence d'augmentation de sa rémunération – hors augmentation et prime obligatoire. Au soutien de sa réclamation, il fait également valoir que quatre collègues chefs de projet placés dans une situation comparable, dont Messieurs F et G, bénéficient d'une rémunération supérieure à la sienne malgré un coefficient moindre qui s'est accentuée avec l'intégration de la société Z au groupe Y. Le réclamant produit ses bulletins de paie à compter de 2007 et les avenants à la convention collective applicable, qui démontrent que sa

rémunération brute mensuelle était inférieure aux minima sociaux applicables en 2008, 2011 et 2013.

67. Monsieur X fait également valoir qu'il n'a pas bénéficié de formations suffisantes et qu'il n'a pas bénéficié de deux formations pourtant nécessaires à ses fonctions en 2012. En ce sens, il produit des éléments relatifs à ces formations ainsi que le plan de formation 2012 qui laisse apparaître qu'il n'a pas suivi de formation cette année-là.
68. Le réclamant invoque également l'absence de véritable entretien annuel d'évaluation malgré leur généralisation en 2011 ainsi que l'absence d'entretien à son retour en 2012, après une année d'absence pour maladie.
69. Enfin, il souligne la modification de son contrat de travail en 2015 avec rétrogradation de ses fonctions initiales vers des missions de développeur sous la direction de Monsieur D, lui-même chef de projet.
70. Au vu de ces éléments appréciés dans leur ensemble, conformément à la jurisprudence applicable, il appartient à la société Y de démontrer que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur les activités syndicales du réclamant.

➤ **Sur les éléments de réponse présentés par la société Y**

71. Dans ses réponses, la société nie toute discrimination syndicale à l'encontre du réclamant.
72. Concernant les sanctions prononcées, elle fait valoir qu'elle n'était pas informée en 2004 de l'adhésion de Monsieur X au syndicat FO et que les deux premières sanctions prononcées à son encontre ne pouvaient ainsi être fondées sur ses activités syndicales au sein de l'entreprise. Il conteste également le fait que la deuxième sanction ait été annulée suite à l'intervention de l'inspection du travail et fait valoir qu'il s'agissait d'une mesure de clémence de la part de l'employeur. « *Pour preuve : l'inspecteur du travail n'a pas pu intervenir relativement à ces épisodes puisque Monsieur X n'était ni élu CHSCT, ni délégué syndical en 2004* ».
73. Toutefois, il est relevé qu'avant sa désignation en tant que délégué syndical, par courriel du 1^{er} février 2005, le réclamant a alerté l'inspection du travail sur l'éclatement de la fonction support qu'il dirigeait. Il en a d'ailleurs fait part à l'employeur dans son courriel du 30 janvier 2005 : « *Je vous informe de ma décision d'alerter [l'inspection du travail] sur la détérioration de la situation* ». Les faits sont également évoqués en réunion du CHSCT du 16 février 2005, en présence de l'inspecteur du travail qui aurait relevé, selon le procès-verbal établi par le secrétaire du CHSCT, une situation de harcèlement moral à l'encontre du réclamant.
74. Il convient également de souligner que la protection en matière de discrimination syndicale n'est pas nécessairement liée à l'exercice effectif d'un mandat mais concerne notamment les candidats aux élections professionnelles dès lors que l'employeur en a connaissance. En l'espèce, l'employeur a eu connaissance de la candidature du réclamant aux élections professionnelles par courriel du 18 octobre 2004.
75. La société confirme que Monsieur X a fait l'objet d'un « *simple blâme* » en 2005 pour la pose de deux RTT. Elle indique qu'un entretien de travail était prévu l'un des deux jours avec ses responsables, sans plus de précision.
76. Afin de justifier la procédure de licenciement pour faute grave, l'employeur communique le recours hiérarchique formé à l'encontre de la décision de l'inspection du travail refusant l'autorisation de licenciement. Cette demande d'autorisation a toutefois été refusée à deux reprises par l'autorité administrative compétente qui a relevé un lien entre les faits reprochés au réclamant et ses mandats.

77. Dans sa première réponse, l'employeur admet d'ailleurs que l'insubordination reprochée au réclamant était notamment fondée sur son refus de signer le compte-rendu d'entretien préalable de Monsieur W. Elle fait valoir : « *Certes l'insubordination de Monsieur X relative à cet événement a été relatée dans la demande d'autorisation de licenciement (...) mais elle s'inscrivait dans un ensemble de griefs qui lui étaient reprochés et c'est surtout l'insubordination dont a fait preuve Monsieur X que nous avons voulu sanctionner et en aucun cas le fait qu'il eût assisté un salarié lors d'un entretien préalable comme il tente de vous le faire croire* ».
78. Le fait que des faits en lien avec ses mandats aient été pris en compte pour fonder la demande de licenciement suffit à caractériser l'existence d'une discrimination. En effet, la sanction de la nullité prévue par l'article L.1132-4 du code du travail s'applique en cas de licenciement fondé sur une pluralité de motifs dès lors que l'un des motifs est prohibé⁶.
79. Peu importe également, comme le fait valoir la société, que le conseil de prud'hommes et la cour d'appel saisis du litige de Monsieur W aient validé le licenciement de ce dernier.
80. Concernant la mise à l'écart invoquée par Monsieur X, la société répond en indiquant qu'il s'agit d'une « *invention* » de ce dernier afin de justifier la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail.
81. Concernant la modification de son contrat de travail et la rétrogradation invoquée, l'employeur renvoie au courrier de Monsieur A du 2 mars 2015 qui indique notamment : « *Ainsi, dans le cadre de ce nouveau projet, et tout comme votre précédente mission vous deviez en référer à Madame E, chef de service. Il en est de même de Monsieur D qui présente le même profil de poste que vous et qui est en lien hiérarchique avec Madame E mais dont les connaissances en matière d'informatique lui confèrent une mission de coordination sur ce projet* ».
82. Or, le compte-rendu de l'entretien annuel du réclamant du 17 mars 2014 indique clairement que Monsieur D était devenu son supérieur hiérarchique : « *Commentaires du responsable hiérarchique : Monsieur X n'a jamais été évalué à l'aide de la grille, cela devra être fait par Monsieur D qui va superviser son travail sur le projet décisionnel* » ; « *Résumé des principes décisions prises : (...) Intégrer l'équipe BI pilotée par Monsieur D* »⁷.
83. Ces éléments, corroborés par les échanges de mails du mois de janvier 2015 communiqués par le réclamant, démontrent que ce dernier a été placé sous la subordination hiérarchique de Monsieur D, alors même qu'ils étaient tous deux chefs de projet, ce qui laisse présumer que le poste auquel Monsieur X a été affecté en 2015 constitue une rétrogradation emportant modification de son contrat de travail et non un « *tremplin professionnel* » ainsi que l'indique la société dans sa dernière réponse.
84. Concernant l'absence d'évolution de sa carrière et de sa rémunération, la société rappelle « *qu'une augmentation n'est pas une obligation et qu'elle repose sur le libre arbitre de l'employeur* ». Ce pouvoir ne doit pas être exercé de manière discriminatoire en raison de l'exercice d'une activité syndicale.
85. La société indique que le salaire du réclamant « *excédait le plafond conventionnel et a été revu ainsi qu'il suit* :
- 2008 : 2.764,50 €
 - 2009 : 2.827,00 €
 - 2010 : 2.856,00 €
 - 2011 : 2.913,00 €
 - 2012 : 2.913,00 €

⁶ Cass. soc., 26 sept. 2007, n°06-40039 ; Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-40139

⁷ Pages 4 et 6 du compte-rendu

- 2013 : 2.971,50 €
- 2014 : 3.031,50 € ».

86. Toutefois, ces éléments ne coïncident pas avec les informations constatées sur les bulletins de paie du réclamant par les services du Défenseur des droits :

- 2007 (décembre) : 2764,50 €
- 2008 (décembre) : 2764,50 €
- 2009 (décembre) : 2856,00 €
- 2010 (décembre) : 2913,00 €
- 2011 (décembre) : 2913,00 €
- 2012 (décembre) : 2971,50 €
- 2013 (janvier) : 2971,50 €

87. Les éléments communiqués par l'employeur ne permettent pas de constater l'augmentation de la rémunération du réclamant entre 2013 et 2014.

88. En outre, les textes conventionnels communiqués par le réclamant permettent de constater que sa rémunération était en-dessous des *minima* sociaux applicables en 2008, 2011 et 2013⁸. L'explication de la société concernant le dépassement du plafond conventionnel pour laquelle elle n'apporte pas d'élément ne saurait donc prospérer. Dans le compte-rendu de l'entretien annuel du réclamant du 17 mars 2014, Madame E indique d'ailleurs : « *Monsieur X n'a jamais été évalué à l'aide de la grille, cela devra être fait par Monsieur D qui va superviser son travail (...)* ».

89. Concernant les quatre salariés avec lesquels Monsieur X se compare, l'examen de leurs dossiers personnels communiqués par la société laissent apparaître qu'ils ne remplissent pas les critères de comparaison adéquats pour constituer un panel de référence.

90. En effet, une différence de traitement dans le déroulement de la carrière et la rémunération peut être établie sur la base d'une comparaison entre le salarié qui allègue la discrimination et un groupe de salariés comparables, appelé le panel de référence. Le panel de référence consiste à comparer le salarié discriminé avec des salariés entrés dans l'entreprise au même niveau, même coefficient, même filière professionnelle et ce dans les mêmes années - 3 à 5 ans maximum. Cette comparaison permet de retracer ce qu'aurait dû être le parcours professionnel d'un salarié discriminé. Les situations doivent être comparables mais pas nécessairement identiques, contrairement à ce qu'indique l'employeur dans sa dernière réponse.

91. En l'espèce, aucun des quatre salariés cités n'a été embauché au même niveau, au même coefficient et dans les mêmes années que le réclamant. Les deux premiers salariés n'ont pas été embauchés au poste de chef de projet et Messieurs F et G n'ont pas été recrutés au même coefficient que le réclamant.

92. Néanmoins, il peut être souligné que Messieurs F et G, recrutés en tant que chefs de projets à des coefficients inférieurs à celui du réclamant, ont néanmoins bénéficié d'une rémunération plus élevée. La situation de Monsieur F, recruté dans les mêmes années que le réclamant, mérite d'être relevée. Alors que le réclamant bénéficiait d'une rémunération plus élevée, un écart s'est instauré en sa défaveur à compter de 2010 et s'est creusé jusqu'en 2014 - de 87 € à 457,44 € - alors même que Monsieur F bénéficiait d'un coefficient inférieur à celui du réclamant jusqu'en 2012.

93. Pour expliquer cette différence de rémunération, l'employeur fait valoir que Monsieur F « *encadre une équipe de 5 à 8 développeurs pour environ 7 à 8 logiciels d'activité selon les périodes* » alors que Monsieur X « *travaille seul depuis 2008* ».

⁸ 2008 : 2856€ bruts (coeff. 150) ; 2011 : 2971,50€ bruts (coeff. 150) ; 2013 : 3031,50€ bruts (coeff. 150)

94. Concernant Monsieur G, l'employeur indique qu'il « *a été embauché en 2008 pour encadrer 5 développeurs dans le cadre du développement [d'un] produit phare (...)* », produit sur lequel le réclamant semble avoir été amené à travailler en 2015 mais pas en tant qu'encadrant malgré sa qualification de chef de projet similaire à celui de Monsieur G.
95. Ces éléments laissent apparaître que contrairement aux autres chefs de projet, le réclamant n'a plus assuré de fonctions d'encadrement à compter de 2008, après l'intégration de la société Z au sein du groupe Y, ce qui laisse supposer une évolution de carrière défavorable.
96. Concernant les entretiens annuels, l'employeur fait valoir que la convention collective applicable prévoit un entretien tous les deux ans. Elle précise qu'elle a fait courir ce délai au retour d'absence pour maladie du réclamant en 2012 et qu'il a ainsi bénéficié d'un entretien le 17 mars 2014. Dans sa dernière réponse, l'employeur communique un compte-rendu d'entretien du 24 février 2011, non rempli, expliquant qu'il n'a pas été signé mais assurant que le réclamant y a bien assisté, ce qui n'est pas suffisant. Concernant le retour d'absence du réclamant en 2012, l'employeur fait valoir qu'un « *entretien informel a bien été tenu en février 2012* », sans toutefois fournir d'élément.
97. Concernant les formations du réclamant et, plus précisément les deux formations dont il n'aurait pas bénéficié en 2012, l'employeur indique qu'elles étaient respectivement destinées aux stagiaires et aux développeurs. Il fait valoir que la formation « oracle » lui a été proposée en 2014 et qu'il n'y a pas répondu. Toutefois, l'élément produit à ce sujet indique que la formation était destinée aux développeurs, en contradiction avec sa précédente explication. Plus largement, l'employeur indique que le réclamant n'effectuait pas de demandes de formation, s'agissant notamment de trois sessions inter-entreprises en 2014 alors qu'il « *avait connaissance du plan de formation dans le cadre de sa position de délégué* ».
98. En conclusion, l'employeur indique : « *À la vérité, il nous apparaît que Monsieur X n'a pas souhaité relever le défi professionnel qui l'attendait préférant nettement instruire un procès en sorcellerie contre son employeur en exhumant de vieilles lunes et en instrumentalisant le Défenseur des droits, procédé particulièrement en vogue au sein du groupe Y* ».
99. À ce titre, le Défenseur des droits rappelle qu'il constitue une autorité administrative indépendante créée par la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011. Il est compétent en matière de lutte contre les discriminations et mène, dans ce cadre et lorsqu'il existe des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, des enquêtes contradictoires auprès des employeurs. Le fait que plusieurs réclamations lui soient adressées au sein d'entreprises appartenant à la même entreprise ou au même groupe n'altère en rien l'objectivité et l'impartialité de ses enquêtes.
100. Enfin, dans sa dernière réponse, le conseil de la société fait valoir à plusieurs reprises que les faits invoqués par Monsieur X sont prescrits, remontant pour certains à 2004.
101. Sur ce point, il convient de souligner que l'article L.1134-5 du code du travail prévoit que « *L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination* ».
102. Il convient de prendre en compte comme point de départ de la prescription la « *révélation* » de la discrimination par le salarié qui s'entend par la mise en lumière du sens discriminatoire d'une situation, dont il pouvait avoir une certaine prescience sans être en capacité de mesurer l'étendue. Elle suppose la détention par le salarié d'informations de qualité, lui permettant d'apprécier la réalité et l'étendue de la discrimination et du préjudice subi.
103. Au soutien de son action, le salarié peut produire des éléments antérieurs afin de faire valoir ses droits, surtout lorsque la discrimination subie a pour effet de créer pour lui un désavantage continu notamment 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. C'est notamment ce qu'a retenu récemment la cour d'appel de Paris dans l'affaire dite des Chibanis pour laquelle le Défenseur des droits avait présenté des observations⁹.

104. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Considère que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination en raison de ses activités syndicales au sens des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail, de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 et de l'article L.2141-5 du code du travail ;
- Recommande à la société Y de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente, au titre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;
- À défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation et en cas de saisine du conseil de prud'hommes compétent, décide de présenter ses observations devant la formation de jugement, au titre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Jacques TOUBON

⁹ CA Paris, Pôle 6 chambre 10, 31 janvier 2018, n° S 15/11920 et 17/04524 ; Déc. DDD n°2016-188 du 21 juillet 2016