

Paris, le 15 juin 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-122

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 les conventions n°87, 88 et 111 de l'OIT ;

Vu le Code du travail, et notamment ses articles L. 1132-1 et L. 2141-5 ;

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 ;

Saisi par Madame X qui estime avoir subi des faits de discrimination fondés sur ses activités syndicales au sein de l'entreprise, Y ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de YH dans le contentieux opposant Y au ministère du travail qui s'oppose au transfert du contrat de travail de Madame X ;

Décide également de présenter ses observations devant toute juridiction prud'homale compétente, dans le cas où Madame X déciderait de porter son affaire au contentieux.

Jacques TOUBON

Observations

au titre de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi, le 10 mars 2020, de la réclamation de Madame X au sujet de faits de discrimination qu'elle estime fondés sur ses activités syndicales au sein de l'entreprise Y. Les 12 et 13 mars 2020, il a été saisi des mêmes difficultés rencontrées par Madame B et par Monsieur C. Ces dossiers font actuellement l'objet d'une mise en état en vue de leur instruction.

LES FAITS :

2. A l'époque des faits litigieux, Madame X travaille au sein du restaurant Z depuis le 18 octobre 2000 en tant qu'équipière polyvalente puis en qualité d'hôtesse à compter du 1^{er} février 2002. Elle est candidate aux élections de délégué du personnel et du CE pour le syndicat SUD en 2017.
3. Madame X évoque un contexte de collusion entre son employeur et le syndicat FO. Ce dernier accepterait d'appuyer les actions et les initiatives de la direction de sorte que les autres syndicats, tels que la CFDT, la CGT et SUD auraient formé une intersyndicale en 2017. Cette collusion se serait manifestée de manière encore plus visible à la suite des élections professionnelles de juin 2017 où de manière inattendue, le syndicat SUD a obtenu de bons résultats au sein du restaurant des Z.
4. Si Madame X n'a finalement pas été élue le 7 juin 2017, sa section syndicale, SUD, pourtant créée quelques mois auparavant, recueille 164 voix contre 84 pour FO, 68 pour la CFDT et 26 pour l'UNSA. Elle obtient ainsi 41% des suffrages au sein du restaurant des Z (contre 17% pour la CFDT, 21% pour FO et 8,67% pour l'UNSA) et 12% au sein de l'entreprise toute entière, soit quatre délégués du personnel et deux membres au comité d'entreprise.
5. Quelques semaines après ces élections, Y aurait décidé de céder le restaurant des Z. Cette cession devait conduire au transfert des contrats de travail de l'ensemble des représentants syndicaux. Toutefois, l'employeur aurait au préalable fait bénéficier à deux représentants syndicaux FO de mobilités exceptionnelles. Cette opération aurait conduit à entraver l'implantation du syndicat SUD au sein de l'entreprise Y et à favoriser le syndicat FO au sein du comité d'entreprise de l'établissement, au détriment des autres organisations syndicales. Parallèlement, des représentants syndicaux FO, dont les contrats devaient être transférés, auraient bénéficié juste avant la cession de promotions opaques, peut-être en contrepartie de leur transfert.
6. Le 1^{er} décembre 2017, le restaurant des Z de la société Y, appartenant initialement au groupe A, est cédé en partie à la société D, à savoir une joint-venture 50/50 entre le locataire gérant, Monsieur E, et la SA A (société mère de Y).
7. Les contrats de travail de 161 salariés devaient ainsi être transférés pour l'exploitation dudit restaurant, y compris plusieurs dizaines de salariés protégés, dont Madame X, Monsieur C et Madame B.
8. A la suite de ces annonces, un mouvement social a lieu sur le site le 11 octobre 2017. Madame X allègue avoir été agressée par Monsieur F, son manager et supérieur hiérarchique, qui détient un mandat FO. Victime d'un malaise sur son lieu de travail, elle est transportée aux urgences et placée en arrêt-maladie jusqu'au 31 octobre 2017. Elle dépose une main courante à ce sujet le 12 octobre 2017.

9. Sur la base de son enquête et d'un rapport d'expertise médicale, la CPAM reconnaîtra, le 29 janvier 2018, que Madame X a été victime d'un accident de travail.
10. Conformément à l'article L. 2414-1 du Code du travail, le transfert de son contrat de travail, ainsi que celui de Monsieur C et de Madame B, devaient faire l'objet d'une autorisation de l'inspection du travail.
11. Le 22 décembre 2017, l'inspection du travail s'est opposée à ces transferts de contrat au motif qu'ils étaient en lien avec l'appartenance syndicale des salariés. Ces derniers ont alors été mis à disposition de la joint-venture et ont continué à travailler auprès du restaurant des Z en attendant la décision du ministère du travail, saisi d'un recours hiérarchique.
12. Le 12 octobre 2018, les refus de transfert de ces trois salariés affiliés au syndicat SUD en particulier ont été confirmés par la ministre du travail.
13. A la suite de cette décision, Madame X a été transférée, le 24 octobre 2018, au sein du restaurant G. Elle estime qu'il s'agit d'un restaurant sans commune mesure avec celui dans lequel elle travaillait. La surface de vente des Z était de 600m². Celle du restaurant de la rue de G est de moins de 70 m² et elle y travaille en sous-sol. Ses conditions de travail se sont donc dégradées. Par ailleurs, elle ne s'y sent pas en sécurité. Elle s'est également plainte d'avoir perdu sa prime d'hôtesse. Elle a dénoncé des conditions de travail difficiles et hostiles notamment à la suite d'une altercation avec son directeur et a demandé à pouvoir changer de site, ce qui lui a été refusé. Depuis le 3 mai 2019, elle est en arrêt-maladie, qu'elle a déclaré comme un accident de travail. Elle fait toujours partie des effectifs et ne s'est pas représentée aux dernières élections professionnelles.
14. Madame X estime que la volonté de son employeur de transférer son contrat de travail auprès de l'entité cédée est discriminatoire et qu'elle fait l'objet de faits de harcèlement discriminatoire en lien avec ses activités syndicales.

La société Y a contesté le refus de transfert du contrat de Madame X devant le tribunal administratif de H.

15. Le contentieux dont le tribunal administratif est saisi dépasse le seul cas de Madame X. Il concerne également une vingtaine d'autres salariés protégés rattachés à l'intersyndicale CFDT/SUD/CGT et à l'UNSA. Selon l'inspection du travail et le ministère du travail, il existe un lien entre la demande d'autorisation de transfert des contrats de travail des salariés protégés visés par le projet de cession du restaurant Z et les mandats syndicaux de ces derniers.
16. L'inspection du travail a refusé une trentaine de demandes de transfert de tous les salariés protégés du restaurant des Z, y compris ceux qui sont affiliés au syndicat FO. A la suite du recours hiérarchique de la société Y, la ministre a confirmé l'ensemble des décisions de l'inspecteur du travail refusant le transfert des contrats de travail des salariés protégés appartenant aux syndicats CFDT, CGT, SUD et ENSA travaillant dans le restaurant des Z, et notamment celle concernant Madame X. Elle a, en revanche, autorisé le transfert des salariés protégés affiliés à FO.
17. Dans le cadre de la mise en état du dossier et de son enquête, le Défenseur des droits a obtenu communication de divers documents le 19 décembre 2019, de la part de la direction générale du travail (DGT).
18. Il a adressé une note récapitulative à la société Y en s'appuyant sur les pièces et éléments fournis par Madame X ainsi que sur ceux transmis par la DGT. Il s'agit

notamment des décisions de l'inspection du travail et du ministère du travail concernant des salariés protégés au sein de Y, du rapport de l'inspecteur du travail daté du 4 avril 2018, du rapport du contre-enquêteur du 25 mai 2018, des requêtes introductive d'instance devant le tribunal administratif de H en date du 3 décembre 2018 demandant l'annulation des décisions relatives au transfert du contrat de Madame X.

19. La société Y a répondu, par l'intermédiaire de son conseil, le 19 mai 2020, en communiquant diverses pièces. Tout en remettant en cause le respect du principe du contradictoire, faute d'avoir pu prendre connaissance des pièces justificatives du dossier du Défenseur des droits. Elle a également contesté son analyse préliminaire en s'appuyant sur le fait que son opération de vente était justifiée sur la seule base de considérations opérationnelles, stratégiques et économiques.
20. Répondant à la demande de communication des pièces formulée par la société Y, il convient de relever que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a rappelé le caractère secret des enquêtes du Défenseur des droits en particulier dans deux avis en date du 16 octobre 2014 et du 24 septembre 2015. La CADA y précise que les documents communiqués par les parties, dans le cadre de l'instruction, sont couverts par le secret professionnel et qu'ils ne peuvent, à ce titre, être transmis à aucune d'elles notamment au regard de l'article 38 de la loi organique du 29 mars 2011. L'instruction permet alors au Défenseur des droits de se prononcer au terme de son enquête administrative sur l'existence de la discrimination alléguée ou, dans le cas contraire, de constater son absence.
21. En tout état de cause, pour établir sa note récapitulative et la présente décision, le Défenseur des droits s'est fondé sur les pièces de l'enquête de l'inspection du travail qui lui ont déjà été communiquées ou lui étaient communicables à sa demande par l'inspection du travail et le ministère du travail, conformément aux articles L311-1 et L.311-2 du Code des relations entre le public et l'administration.
22. Enfin, concernant l'application du principe du contradictoire, le Défenseur des droits a transmis une note récapitulative précisant son analyse du dossier permettant à l'entreprise mise en cause de répondre. En outre, la Cour de cassation reconnaît que la faculté du Défenseur des droits de présenter des observations en justice au sens de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011 « ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ses observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire »¹.

CADRE JURIDIQUE :

23. La liberté syndicale est un droit fondamental des salariés protégés par les alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lesquels « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhère au syndicat de son choix », « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

¹ Cass. Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-40.628 et Cass. Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.387

24. Cette liberté fondamentale de valeur constitutionnelle² est également reconnue dans diverses conventions internationales telles que les conventions n°87, 135 et 111 de l'OIT³.
25. Cette liberté et l'interdiction des discriminations syndicales sont également consacrées par les articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'interdiction de porter atteinte à la liberté syndicale implique que les Etats assurent, par leur législation, une « protection claire et effective » contre la discrimination syndicale⁴.
26. La plupart des représentants du personnel bénéficient d'un statut protecteur spécifique. Ce statut de salarié protégé permet d'inciter à l'engagement syndical et de développer le dialogue social. Il permet ainsi à celui qui s'expose particulièrement au sein d'un collectif de travail de le représenter et représenter ses intérêts de manière effective.
27. Ce statut exige que des décisions telles que le transfert d'un salarié protégé dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ne puisse intervenir qu'après autorisation de l'inspection du travail et, en cas de recours hiérarchique, le ministre du travail.
28. En cas de transfert d'établissement, l'article L. 2421-9 du Code du travail prévoit ainsi que l'inspection du travail « s'assure que le salarié [protégé] ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire ». Conformément à une circulaire de la DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 (en vigueur au moment des faits et remplacée en septembre 2019 par le guide du ministère du travail relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés⁵), elle examine ainsi si ce transfert est ou non en rapport avec le mandat détenu, sollicité ou antérieurement exercé par les représentants du personnel⁶, et s'assure qu'il ne découle pas de la volonté de l'employeur d'éliminer les plus actifs⁷.
29. Conformément à l'article L.1132-1 du Code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en raison de ses activités syndicales.
30. Aux fins de définir la notion de discrimination telle qu'elle est prohibée dans les relations professionnelles, l'article L.1132-1 du Code du travail renvoie 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. Cet article précise que « la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], subi 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 ».
31. L'article L. 2141-5 du Code du travail précise 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 qui sont en lien notamment avec le recrutement, l'évolution de carrière et la rupture du contrat de travail.

² Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989

³ V. Cass. Soc., 13 février 2019, N°18-17.042 sur l'effet direct des conventions de l'OIT

⁴ CEDH 30 juillet 2009, Req. n° 673336/01

⁵https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_-

[_decisions_administratives_en_matiere_de_licenciement_des_salaries_proteges_v2019.09.20_.pdf](#)

⁶ CE ass 5 mai 1976, *Sté d'aménagement foncier et d'établissement rural et ministre de l'agriculture c./ Bernette*, n° 98.647, Rec. p. 232 ; CE section, 18 février 1977 *Abellan*, n° 95.354, Rec. p. 97

⁷ Cass. Soc. 20 juillet 1977 n° 77-60.555 et CE 12 octobre 1990 *Frisonne et Catherine*, n° 87.204 et 87. 617

32. L'interdiction des discriminations syndicales ne se limite pas aux seules différences de traitement entre salariés syndiqués et non syndiqués. Elle vise également l'hypothèse où un employeur traite différemment les salariés syndiqués selon leur appartenance à un syndicat déterminé⁸.

ANALYSE JURIDIQUE

33. En matière civile, le législateur a décidé d'aménager la charge de la preuve des discriminations. Ainsi que le Défenseur des droits l'a rappelé en septembre 2019 dans un mémento concernant les discriminations syndicales dans l'emploi privé⁹, cela signifie que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit constituer un faisceau d'indices. Il ne lui est pas demandé de rapporter la preuve incontestable de la discrimination qu'il allègue, mais seulement de faire naître une présomption dans l'esprit du juge quant à son existence.
34. En vertu de l'article L. 1134-1 du Code du travail, si le salarié établit ainsi des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur de démontrer que ses décisions reposent sur des éléments objectifs, étrangers à la discrimination alléguée.
35. La circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 ainsi que le guide du ministère du travail relatif aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés publié en septembre 2019¹⁰ préconisent de recourir à la méthode du faisceau d'indices tout en relevant la grande variété des éléments de présomption, à savoir la concomitance avec l'engagement du salarié dans l'exercice de fonctions représentatives¹¹, le comportement hostile de l'employeur à l'égard du ou des syndicats, les conflits collectifs existants ou préexistants au sein de la société, les observations de l'inspecteur du travail sur le fonctionnement des instances représentatives du personnel¹², les disparités de traitement non-objectivées, l'affectation du salarié à l'entité cédée à une époque proche de l'opération de cession etc.
36. Le manque de transparence de l'employeur et son refus de donner accès à des informations sont également des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte¹³.
37. Au vu de l'enquête du Défenseur des droits, les faits suivants laissent présumer l'existence de pratiques discriminatoires fondées sur les activités syndicales :

1/ L'existence de tensions et de conflits à l'encontre des représentants syndicaux n'appartenant pas la section FO, durant la période précédant les élections professionnelles jusqu'à la demande de transfert :

⁸ CA Paris, 1^{er} févr. 1999, RG n°98-2328.

⁹ Mémento sur la lutte contre les discriminations syndicales dans l'emploi privé (septembre 2019), https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/memento_sur_les_discriminations_syndicales_dans_l_emploi_privé.pdf

¹⁰ https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_-_decisions_administratives_en_matiere_de_licenciement_des_salaries_proteges_v2019.09.20_.pdf

¹¹ Cass. Soc., 6 novembre 2013, N°12-22.210 et Décision DDD n°2016-21 du 1^{er} février 2016

¹² Cass. soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.261

¹³ CJCE 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. C-109/88, CJUE 19 avril 2012, *Galina Meister*, aff. C-415/10

38. Bien que contestés par Y devant le Défenseur des droits, il ressort notamment des rapports d'enquête et de contre-enquête de l'inspection du travail les faits suivants :

- Créée le 20 septembre 2016, la section syndicale SUD n'a obtenu un local syndical de l'employeur que le 28 avril 2017. Elle n'a pas bénéficié de moyens matériels, notamment informatiques, avant les élections professionnelles du 7 juin 2017. Cette situation, contraire à l'article L. 2142-8 du Code du travail, a été relevée par l'inspection du travail dans ses observations du 3 novembre 2017 ; ce point est d'ailleurs confirmé par les pièces transmises au Défenseur des droits par Y. Il s'agit de documents signés par Monsieur I, représentant du syndicat SUD, attestant avoir reçu les clés du local syndical ainsi que du matériel informatique le 28 avril et le 20 juin 2017 respectivement. Y se défend de toute entrave en alléguant que le syndicat SUD n'avait pas sollicité ces éléments matériels avant.
- Madame X, candidate DP et CE SUD, a été agressée durant une grève se tenant le 11 octobre 2017, par Monsieur F, son responsable également délégué du personnel FO. Ayant mené une expertise médicale, la CPAM a reconnu qu'il s'agissait d'un accident de travail¹⁴; Y affirme que Madame X a été reçue par le service des ressources humaines à la suite de cet incident et que l'agression n'est pas avérée, protégeant ainsi l'auteur, alors qu'il ne communique pas d'élément probant en ce sens. Ce faisant, Y semble se contredire par rapport à son courrier du 9 novembre 2017, dans lequel la société exprime ses regrets à Madame X, au sujet de la situation que cette dernière a pu vivre « suite à un problème de compréhension » avec son responsable, Monsieur F.
- Un élu CE CFDT¹⁵ dénonce, auprès de son employeur dans un courrier intitulé « harcèlement moral » du 29 novembre 2017, les pressions qu'il subissait de la part d'un candidat FO et le manque d'impartialité de sa direction. Y ne le conteste pas mais affirme qu'un entretien a eu lieu avec ce salarié et que l'incident est clos ;
- Selon le rapport de l'inspection du travail du 4 avril 2018, l'employeur et la section FO auraient agi de concert lors de la réunion de consultation du comité d'entreprise du 19 octobre 2017 pour faire obstacle à l'exercice du droit d'alerte économique, tel que prévu par les articles L. 2312-63 du Code du travail. Tant la direction que le secrétaire du CE, Monsieur J, DS FO, auraient déclaré en réunion ne pas avoir reçu de courrier écrit en ce sens, alors qu'un courriel du 15 octobre 2017 leur avait été adressé, puis ne pas vouloir y donner suite dans la mesure où l'inscription du déclenchement de cette procédure à l'ordre du jour n'était pas expressément demandée. Cette situation a eu pour effet de permettre l'expression d'un vote à l'issue de la réunion et donc éviter d'entraver le projet de cession. Y conteste les faits en relevant en particulier que le courriel n'a jamais été reçu et qu'il avait de toute façon été convenu que les communications devaient être faites par courrier recommandé ;
- L'inspection du travail précise expressément qu'au cours de l'enquête contradictoire concernant la demande d'autorisation de transfert de salariés protégés, des représentants de la CFDT auraient été menacés par le président de l'entreprise Y en raison de leurs déclarations et de celles des autres syndicats appartenant à l'intersyndicale. Y affirme ne pas être au courant de cette situation.

2/ Une chronologie suspecte : la cession d'un restaurant stratégique ayant été envisagée moins d'un mois après les élections professionnelles de juin 2017

39. L'inspection du travail conclut, dans ses rapports, que la décision de Y de céder le restaurant des Z n'aurait été prise qu'après le résultat des élections professionnelles favorables au syndicat SUD.

¹⁴ Rapport d'expertise de la CPAM du 2 février 2018

¹⁵ Il s'agirait de Monsieur POMMIER, élu CE CFDT

40. En effet, contrairement à deux autres restaurants (K et L) dont la cession était envisagée dès février 2017, l'employeur n'est pas en mesure de démontrer, notamment par des documents préparatoires (tels que des réunions, des projets, des études d'impact sur les conséquences financières et sur l'équilibre de la société après l'opération etc), que cette décision ait été prise avant les élections professionnelles de juin 2017.
41. La première trace écrite évoquant la cession du restaurant Z est un courriel du 14 septembre 2017 émanant de Monsieur M, senior vice-président de A,
42. Monsieur E, repreneur des restaurants cédés, et Monsieur M ont reconnu lors de l'enquête de l'inspection du travail que les premières discussions concernant la vente du restaurant des Z ne remontaient qu'à fin juin-début juillet 2017, soit moins d'un mois après les élections professionnelles.
43. Le projet de cession a fait l'objet d'une information auprès du comité d'entreprise (CE) et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), le 26 septembre 2017.
44. Même si le transfert d'établissements à des franchises était une pratique courante au sein du groupe A, la décision affectant la stratégie globale du groupe de céder le restaurant des Z a été prise et mise en œuvre dans un délai restreint de quelques semaines, juste après les élections professionnelles.
45. La société mère de Y, A SA, est restée détentrice de la moitié du capital dans le cadre d'une joint-venture car le repreneur n'aurait pas disposé, à lui-seul, du capital nécessaire pour racheter les restaurants.
46. Selon le rapport de l'inspection du travail du 18 mai 2018, cette opération « a [eu] notamment pour objet d'écartier l'intersyndicale SUD/CFDT/CGT, dans le but de favoriser le syndicat FO au sein de la société Y. En tout état de cause, le résultat obtenu à l'issue de l'opération de transfert est bien conforme à ce schéma»¹⁶.
47. Selon la société Y qui communique un rapport d'expertise en ce sens, cette opération de cession répondait à des considérations opérationnelles, stratégiques et économiques. Dans le cadre d'orientations définies par le groupe A, la cession des restaurants Z, K et L appartenant à la société Y aurait été décidée notamment en raison de leur situation déficitaire ou économiquement dégradée.
48. Y réitère que le projet de cession n'a donc rien à voir avec les situations personnelles des salariés et en particulier celle de Madame X.
49. Il convient néanmoins de relever que d'autres restaurants également déficitaires, tels que celui de N, qui ne comprend aucun élu CFDT ou SUD⁽¹⁷⁾, n'ont pas fait l'objet de cession.

3/ Des mutations et promotions conduisant à ne pas organiser d'élections partielles et à avantager le syndicat FO

50. Parallèlement à son opération de vente, la société Y a muté deux salariés protégés FO après les élections professionnelles, lesquels négocieraient par ailleurs des accords de branche. Leur mutation dans d'autres restaurants relevant de Y leur a permis

¹⁶ Inspection du travail, rapport de Monsieur SOARES, 18 mai 2018

¹⁷ Les autres restaurants déficitaires seraient ceux de N, des Z et de X. Le chiffre d'affaires du restaurant des Z en 2017 était de 11 millions d'euros (13 millions en 2013), tandis que celui de N était passé à 7 millions (contre 10 millions précédemment).

d'échapper, *in extremis*, au transfert de leurs contrats de travail auprès de la JV D. Ces mutations ont, en outre, été accompagnées de promotions initiées début août 2017 ne répondant pas à la procédure de promotion interne, connue sous le terme de « XX ».

51. Selon des informations non contestées par Y en réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, Monsieur J, secrétaire du CE et DS FO, a occupé plus de huit ans, un poste de chargé de formation au sein du restaurant L¹⁸. Le 1^{er} août 2017, il est affecté aux Z¹⁹, mais du fait de congés et d'heures de délégation, il ne se rend pas dans ce restaurant. Le programme qui lui est fixé jusqu'à fin septembre 2017 est écourté afin de lui permettre de rejoindre les effectifs du siège de l'entreprise avant l'annonce du projet de cession. Il est alors promu chargé de mission en formation opérationnelle le 5 septembre 2017 sans indication de lieu d'affectation²⁰, alors qu'il n'aurait pas fini sa formation et que son pré-test n'est pas encore validé²¹. Il semble ainsi avoir été promu sans respecter la procédure « XX ». A la suite de la réunion du CE du 26 septembre 2017, la direction communique une mise à jour des membres du CE. Monsieur J est alors affecté au siège social²². Il s'agit d'une création de poste au siège alors qu'il n'est pas cadre, cette création de poste n'ayant par ailleurs fait l'objet d'aucune information auprès du CE, ni d'aucun appel à candidature. Il convient de noter qu'il occupe aujourd'hui le poste de l'ancien directeur du restaurant des Z à O, Monsieur P, ce qui tend à démontrer une promotion tout à fait exceptionnelle²³.
52. De même, selon des informations non contestées par Y, Monsieur Q, élu FO au CE, était chargé de formation pendant dix ans et travaillait depuis trois ans au sein du restaurant K, qui devait également être cédé. A l'instar de Monsieur J, il est muté et promu le 1^{er} août 2017 au sein du restaurant N, en tant que manager, et ce, apparemment en méconnaissance du « XX ». Il n'a pas validé les tests prérequis avant sa promotion. Le 22 août 2017, il a, en outre, été remplacé dans son restaurant d'origine par un autre salarié protégé CFDT²⁴, Monsieur Q, occupant également un poste de chargé de formation niveau III – 1 (employé).
53. Dans le cadre de l'enquête menée par l'inspection du travail, Y justifie ces mutations en s'appuyant sur le potentiel de ces deux salariés. La société aurait expliqué qu'elles avaient eu lieu peu avant l'annonce de la cession des restaurants, compte tenu l'interdiction faite de promouvoir des salariés durant trois mois après les élections professionnelles, ainsi que le prévoit « le XX ». S'agissant de Monsieur J, l'inspection du travail relève que l'employeur se serait contredit lors de son enquête. Y avait d'abord expliqué que son affectation temporaire au restaurant des Z était fondée sur la nécessité de se constituer une expérience managériale, puis l'aurait justifiée par des considérations budgétaires et comptables.
54. En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, Y ne conteste pas ces faits et leur déroulement. La société fait valoir que ces promotions sont justifiées et s'inscrivent dans sa politique de gestion des ressources humaines sans apporter d'élément concret ou probant en ce sens. Elle n'explique pas non plus les raisons pour lesquelles la procédure interne d'évolution n'a pas été respectée.
55. Il convient de rappeler qu'en vertu de l'ancien article L. 2314-10 du Code du travail (modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017), des élections partielles

¹⁸ V. les listes des membres du CE et des DS, datées du 26 juin et 7 juillet 2017

¹⁹ PJ 17 du mémoire CFDT en annexe 10 de la contre-enquête de l'inspection du travail

²⁰ PJ 14 du mémoire CFDT en annexe 10 de la contre-enquête de l'inspection du travail

²¹ PJ 16 du mémoire CFDT en annexe 10 de la contre-enquête de l'inspection du travail

²² V. convocation à la réunion du CE du 19 octobre 2017, PJ 1 à 6 du mémoire CFDT en annexe 10 de la contre-enquête de l'inspection du travail

²³ V. organigramme des sociétés A

²⁴ Il s'agissait d'un ancien mandataire et candidat CFDT aux élections des délégués du personnel.

doivent être organisées à l'initiative de l'employeur si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre des membres du CE est réduit de moitié ou plus.

56. En application de cette règle, si les deux titulaires au sein du comité d'entreprise (CE), Messieurs Q et J, n'avaient pas été mutés avant la cession du restaurant des Z le 1^{er} décembre 2017, cinq membres titulaires du CE sur un total de sept auraient dû être transférés, ce qui aurait contraint l'employeur à organiser des élections professionnelles partielles.
57. Du fait de la mutation de ces deux salariés, Y devait alors conserver un comité d'entreprise où non seulement l'organisation syndicale FO ne perdait aucun élu mais où elle y obtenait, en outre, une majorité renforcée. FO devait passer de quatre membres titulaires sur sept (Madame R, Messieurs J, Q, et S) et trois membres suppléants (Mesdames T, U, et Monsieur V) avant le transfert, à trois membres titulaires sur quatre et deux suppléants sur deux. FO devait ainsi passer de sept mandats sur un total de douze à cinq sur un total de six, dans la nouvelle configuration de Y. Sa représentativité passait ainsi de 58% à 83%.
58. A l'inverse, du fait des transferts, les membres de la CFDT et SUD devaient perdre tous leurs mandats, ainsi que le démontrent la liste relative à la composition du CE avant le transfert ainsi que la liste prévisionnelle après transfert.

COMPOSITION DU COMITE AVANT ANNONCE DU TRANSFERT

Membres titulaires du Comité d'entreprise :

- M. AA, liste CFDT, restaurant Z
- Mme AB, liste CGT, restaurant W
- M. J, liste FO, restaurant Z
- Mme R, liste FO, restaurant Z
- M. Q, liste FO, restaurant K
- M. AC, liste SUD, restaurant Z
- M. S, liste FO, restaurant XZ

Membres suppléants du Comité d'entreprise :

- Mme AD, liste CFDT, restaurant Z
- Mme T, liste FO, restaurant XY
- M. V, liste FO, restaurant Z
- M. I, liste SUD, restaurant Z
- Mme U, liste FO, restaurant W

COMPOSITION PREVISIONNELLE DU COMITE APRES ANNONCE DU TRANSFERT

Membres titulaires du Comité d'entreprise :

- Mme AB, liste CGT, restaurant W
- M. J, liste FO, restaurant Z
- M. Q, liste FO, restaurant K
- M. S, liste FO, restaurant XZ

Membres suppléants du Comité d'entreprise :

- Mme T, liste FO, restaurant XY
- Mme U, liste FO, restaurant W

59. En outre, et sans que Y ne le conteste dans le cadre de l'enquête du Défenseur des droits, Monsieur F, DP FO, qui avait été le supérieur hiérarchique de Madame X au restaurant des Z, a pu négocier son embauche par le restaurant de W qu'il a intégré à

compter du 1^{er} mai 2018. Il semble avoir été le seul à avoir bénéficié d'un tel avantage, et ce, alors que la société Y avait refusé, par principe, de reprendre des salariés qui devaient être transférés. Cette mutation de dernière minute ne semble pas avoir respecté l'article 29.5 de la convention collective de la restauration rapide selon lequel « la fixation des horaires d'une semaine donnée ainsi que la modification éventuelle de la répartition de la durée du travail sont notifiées au salarié au moins dix jours calendaires avant le début de la semaine concernée »²⁵.

60. Au-delà de ces cas de mutation en dehors des entités cédées, les salariés affiliés au syndicat FO et travaillant dans le restaurant des Z, qui devaient donc être transférés, ont bénéficié de promotions juste avant la cession sans que Y ne le conteste dans le cadre de l'enquête du Défenseur des droits.
61. Madame R, élue FO au CE, a été promue en octobre 2017 au sein du restaurant des Z. Alors qu'elle occupait un poste d'assistante administrative (employé – niveau III-1), elle est devenue assistante en gestion administrative et du personnel (AGAP, agent de maîtrise - niveau IV-1), sans passer par les niveaux intermédiaires III.2 et III.3. Cette promotion de deux échelons en une seule fois ne respecte pas la procédure « XX ». En outre, Madame R n'a pas établi de book (rédaction d'une note sur un sujet lié à la sécurité alimentaire, le droit du travail...) alors que la procédure de promotion l'exige. Madame R aurait expliqué avoir négocié le transfert de son contrat de travail à l'inspection du travail. Son employeur a expliqué qu'elle accomplissait en réalité le travail de deux AGAP d'un niveau IV-1 et qu'il a décidé de la payer au niveau de ses responsabilités.
62. Madame R, à l'instar de Monsieur F, aurait depuis pu rejoindre le groupe A.
63. Monsieur V, DP et membre CE FO, a bénéficié d'une promotion sur le poste de chargé de formation à compter du 1^{er} décembre 2017 (document signé le 27 novembre 2017).
64. Madame U, DP FO, a été promue sur un poste d'assistante en gestion administrative et du personnel (AGAP) en octobre 2017.
65. Y ne conteste aucun de ces éléments en réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits qui les lui expressément exposés. La société se contente de dire, de manière générale, que ces promotions et affectations sont justifiées et s'inscrivent parfaitement dans la politique de gestion des ressources humaines sans toutefois apporter d'éléments concrets en ce sens. Elle estime, en outre, qu'il n'y a pas de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination dans la mesure où il n'est pas démontré que d'autres salariés affiliés à la CFDT, qui auraient également une promotion ou une nouvelle affectation, ne les auraient pas obtenues.

4/ Le refus de transparence de l'employeur sur ses pratiques, en dépit d'une ordonnance de référé, confirmée par la Cour d'appel de H

66. Le 29 août 2018, le syndicat CFDT HOTELLERIE TOURISME RESTAURATION XY a assigné en justice les sociétés A et Y afin que certains documents lui soient communiqués dans le cadre d'une procédure en référé prévue par l'article 145 du Code de procédure civile²⁶.

²⁵ V. courrier d'affectation daté du 26 avril 2018 pour une application au 1^{er} mai 2018

²⁶ « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé » (art. 145 CPC).

67. Le 10 janvier 2019, le tribunal de grande instance de H a rendu une ordonnance de référé (n° RG 18/01085) s'appuyant sur les décisions de l'inspection du travail et du ministère du travail. Jugeant que les situations de « promotions injustifiées » et « le choix délibéré de l'entreprise d'avantager l'organisation FO » pourraient nourrir différents contentieux dans le cadre d'actions en discrimination syndicale, le TGI a considéré la demande du syndicat CFDT légitime et enjoint à A et Y de lui remettre :
- le registre d'entrée et de sortie du personnel du siège social A et Y des années 2016, 2017 et 2018 ;
 - les contrats de travail initiaux de Monsieur J, Monsieur Q, Madame R, Monsieur AE, Madame AF, Monsieur P, Madame AG et Monsieur F ainsi que l'ensemble de leurs avenants ;
 - l'ensemble des tests d'évolution de Monsieur J, Monsieur Q, Madame R, Monsieur AE, Madame AF, Monsieur P, Madame AG et Monsieur F ;
 - l'ensemble des fiches de paie de Monsieur J, Monsieur Q, Madame R, Monsieur AE, Madame AF, Monsieur P, Madame AG et Monsieur F ;
 - les grilles des salaires X des années 2010 à 2013.
68. Cette décision devait être exécutée dans un délai de 15 jours sous astreinte de 150 euros par jour de retard. Mais la société Y s'est opposée à son exécution provisoire dans le cadre d'un recours en référé.
69. La société Y explique au Défenseur des droits s'être opposée à la communication de ces documents au motif qu'ils comporteraient des informations relevant de la vie privée et qu'un certain nombre des salariés visés ont d'ailleurs refusé que ces informations ne soient communiquées.
70. Elle a développé cette même analyse devant le TGI de H dans le cadre d'un référé en vue de s'opposer à l'exécution provisoire de l'ordonnance précitée. Or, le TGI l'a déboutée de sa demande dans le cadre d'une nouvelle ordonnance en référé du 29 mai 2019. D'une part, la juridiction a relevé que le respect de la vie privée des salariés ne faisait pas obstacle à l'application de la procédure prévue par l'article 145 du Code de procédure civile en vue de conserver et/ou de constituer des preuves. D'autre part, elle a précisé que le consentement des salariés n'était pas requis pour la communication de données personnelles à des tiers sur décision de justice lorsqu'il ne l'avait pas été au stade du recueil desdites données.
71. Le TGI a toutefois autorisé Y à consigner ces documents auprès du bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de H.
72. Dans un arrêt du 19 mars 2020, la Cour d'appel de H a confirmé l'ordonnance du TGI jugeant que « des promotions favorisant les salariés appartenant au syndicat FO » sont « suffisamment crédibles » et que « le favoritisme salarial peut être légitimement envisagé ». Elle a ordonné la communication des pièces demandées par le syndicat CFDT en limitant l'astreinte à une durée de 6 mois.
73. Aucune de ces pièces, qui aurait éventuellement pu permettre de réfuter les présomptions de discrimination s'agissant notamment de promotions et mutations suspectes et opaques favorisant le syndicat FO, n'a été communiquée au Défenseur des droits.
74. Il résulte de ce qui précède qu'il apparaît que Y a traité différemment les salariés selon leur appartenance syndicale au vu du faisceau de divers indices, tels que :

- la prise de décision, moins d'un mois après des élections professionnelles, de céder le restaurant des Z, sachant que ces élections étaient favorables au syndicat SUD,
 - les mobilités opaques juste avant la cession de ce restaurant de représentants syndicaux FO conduisant à maintenir le CE, sans avoir à procéder à des élections partielles au détriment de l'intersyndicale SUD/CFDT/CGT et à l'avantage de FO qui détenait alors une majorité écrasante ,
 - les promotions opaques, en méconnaissance des procédures internes à l'avantage de représentants syndicaux FO, avant l'annonce du projet de transfert,
 - le refus de l'employeur de rendre ces éléments transparents en méconnaissance de décisions de justice,
 - le tout s'inscrivant dans un contexte général de tensions sociales entre l'employeur et le syndicat FO, d'une part, et les autres syndicats, d'autre part.
75. Conformément aux règles de preuve posées par l'article L. 1134-1 du Code du travail, il appartenait à la société Y d'établir que ses diverses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
76. En l'absence de justification suffisante de la société Y, le Défenseur des droits conclut que la demande de transfert du contrat de travail de Madame X est liée à ses activités syndicales et donc discriminatoire, en méconnaissance des articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du Code du travail.
77. Le climat d'hostilité régnant dans la société Y à l'encontre des représentants syndicaux n'appartenant pas au syndicat FO semble avoir conduit à la dégradation de l'état de santé de Madame X qui avait été agressée par un représentant syndical FO, cette agression ayant été ensuite reconnue comme un accident de travail par la CPAM.
78. Cette situation, qui s'inscrit dans un contexte généralisé de discriminations syndicales à l'encontre du syndicat SUD auquel est affiliée Madame X, caractérise une forme de harcèlement discriminatoire contraire à l'article L. 1132-1 du Code du travail.
79. En conséquence, le Défenseur des droits décide de présenter des observations en justice devant le tribunal administratif de H opposant Y au ministère du travail au sujet du refus du transfert de contrat de travail de Madame X auprès de la société D.
80. En outre, il décide de présenter des observations devant toute juridiction prud'homale compétente, dans le cas où Madame X déciderait de porter son affaire au contentieux.

Jacques TOUBON