

Paris, le 16 Janvier 2023

Décision du Défenseur des droits n°2023-007

La Défenseure 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 ;

Saisie d'une réclamation de Monsieur X qui estime avoir subi une discrimination en matière d'évolution de carrière et de rémunération ainsi qu'un harcèlement moral discriminatoire fondés sur ses activités syndicales.

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour d'appel de Z

Claire HÉDON

Observations devant la cour d'appel de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

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

I. LES FAITS :

2. Le 1^{er} juillet 1997, Monsieur X a été engagé par la succursale française de la société Y en contrat à durée déterminée en qualité d'agent de fret, puis en contrat à durée indéterminée à compter du 1^{er} janvier 1998.
3. Le 18 mai 2001, la société Y a fait l'objet d'une réorganisation à l'issue de laquelle la succursale a été scindée en deux : Y (transport de passagers) et A (fret aérien).
4. Le contrat de travail de Monsieur X a ainsi été transféré le 15 mai 2001 à la société A qui comprenait 12 salariés.
5. Au cours de sa carrière, Monsieur X a été promu le 19 avril 2001 au poste d'agent de coordination des relations clientèles fret, le 7 avril 2003 au poste d'attaché commercial et le 15 octobre 2007 au poste d'attaché commercial senior, statut agent de maîtrise.
6. En 2010, la société lui a proposé le statut de cadre qu'il avait alors refusé pour des raisons financières (plus d'heures supplémentaires ou de récupération).
7. Le 23 mai 2011, Monsieur X a été élu membre de la délégation unique du personnel jusqu'au 30 septembre 2015.
8. Le 29 juin 2011, il a été désigné délégué syndical par l'organisation syndicale B.
9. Le 31 mars 2015, le syndicat B a déposé un préavis de grève reconductible à compter du 7 avril 2015 afin de demander notamment une augmentation pour l'ensemble du personnel du groupe et une enquête médico-sociale pour déterminer l'impact de la dégradation des conditions de travail sur l'ensemble du personnel.
10. La grève a duré 2 jours du 7 au 8 avril 2015.
11. Le périmètre des élections ayant été modifié, la société n'a pas organisé de nouvelles élections professionnelles en 2015.
12. Le 3 mars et 25 mars 2016, le syndicat B a désigné Monsieur X représentant de la section syndicale pour le groupe Y France et pour les sociétés Y et A.
13. La société a contesté les mandats de Monsieur X devant le tribunal d'instance et a demandé la condamnation de l'organisation syndicale mais également de celui-ci au titre de l'article 700 du code de procédure civile.
14. Par un jugement du tribunal d'instance de Z du 18 mars 2016, la société a été déboutée de ces demandes.
15. Monsieur X allègue une différence de traitement et une dégradation de ses conditions du travail à compter de l'exercice de ces mandats en mai 2011 et notamment :
 - La baisse de ses notes d'évaluation ;

- La contestation de son mandat de représentant syndical de la section B en mars 2016 devant le tribunal d'instance avec une demande de condamnation personnelle ;
 - Le refus de le faire passer cadre pendant près de 10 ans malgré ses demandes ;
 - Des altercations avec sa responsable ;
 - Un bonus inférieur à celui des autres salariés...
16. Par ailleurs, alors qu'il aurait remplacé le responsable des ventes durant de nombreux mois, sa candidature n'a pas été retenue pour remplacer Monsieur D, licencié par courrier en date du 30 novembre 2017 en raison de ses absences répétées et prolongées.
17. Le 1^{er} avril 2018, l'entité A a été réintégrée au sein de la succursale Y et le contrat de Monsieur X a été de nouveau transféré.
18. Monsieur X est en arrêt maladie depuis le 12 avril 2018 et n'a pas repris le travail depuis cette date.
19. Le 2 mai 2018, la société a recruté, en externe, un nouveau responsable des ventes Fret, Monsieur L.
20. Monsieur X a bénéficié du statut cadre à compter du 1^{er} juin 2018 (coefficient 300).
21. Le 4 juin 2018, le réclamant a saisi le conseil de prud'hommes de C aux fins de voir condamner la société Y à le reclasser au poste de responsable des ventes et à lui payer des dommages-intérêts au titre de la discrimination syndicale et de la stagnation de carrière en découlant et au titre de l'atteinte à la dignité et à la santé du salarié résultant de la dégradation de ses conditions de travail.
22. Par jugement du 4 décembre 2019, le conseil de prud'hommes de C a retenu que la dégradation de son état de santé était « *au moins partiellement* » d'origine professionnelle mais a débouté Monsieur X de ses autres demandes aux motifs qu'il ne parvenait pas à démontrer qu'il occupait strictement le même poste que Monsieur D, qu'aucune tâche de management ne lui incombait et que son niveau de responsabilité était différent dans la relation commerciale et le suivi de certains gros clients et qu'aucun élément ne permettait de caractériser une discrimination syndicale à son encontre.
23. Monsieur X a interjeté appel du jugement près la cour d'appel de Z.
24. Le 20 mai 2019, la CPAM, après avoir recueilli l'avis du comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles, a reconnu la maladie de Monsieur X d'origine professionnelle (incapacité physique égale ou supérieure à 25%). Une contestation est en cours devant le pôle social du tribunal judiciaire de Z.
25. Le 18 septembre 2019, la maison départementale des personnes handicapées de Z a transmis au réclamant une décision lui notifiant la reconnaissance de sa qualité de travailleur handicapé.
26. Le réclamant indique que la société aurait continué à s'acharner contre lui alors qu'il n'est plus présent dans l'entreprise depuis avril 2018, notamment en envoyant des informations erronées à la CPAM concernant son arrêt, en commettant des erreurs sur son indemnisation et en supprimant son accès à sa messagerie professionnelle.

27. Le 5 septembre 2019, l'organisation syndicale a désigné Monsieur X représentant syndical au conseil économique et social, désignation contestée par la société Y devant le tribunal judiciaire de Z.
28. Par jugement en date du 14 février 2020, le tribunal judiciaire a débouté la société de sa demande d'annulation de la désignation. Ce jugement a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 8 septembre 2021¹.

II. L'ENQUÊTE DU DEFENSEUR DES DROITS :

Le pouvoir d'enquête du Défenseur des droits et celui de présenter des observations devant une juridiction

29. Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée en vertu de l'article 71-1 de la Constitution. Conformément à la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé notamment de connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international auquel la France est partie.
30. Dans le cadre de cette mission, le législateur lui a conféré des pouvoirs d'enquête, conformément aux articles 18 à 22 de la loi organique du 29 mars 2011.
31. Le Défenseur des droits dispose ainsi de larges pouvoirs pour faire valoir les droits et libertés des personnes qui saisissent l'institution. Les réclamations font l'objet d'une enquête menée par des agents assermentés pour rassembler, analyser les éléments de preuve et déterminer les modalités d'intervention du Défenseur des droits.
32. Le Défenseur des droits peut ainsi demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui. Il peut demander que lui soient communiqués des informations et des documents, quel qu'en soit le support.
33. Le Défenseur des droits peut également, conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, présenter ses observations écrites ou orales devant toutes les juridictions, à leurs demandes, à la demande des parties ou selon sa propre initiative. Dans ce cas, son audition est de droit.
34. Le Défenseur des droits n'agit pas en tant que partie au procès mais comme un « expert », un « sachant » ou encore un « observateur ». En effet, la Cour de cassation a reconnu à la Haute autorité de lutte contre les discriminations – et *a fortiori* au Défenseur des droits qui a repris ses missions² – un statut *sui generis*. Ce positionnement a été confirmé par la cour d'appel de Z, qui a jugé que le Défenseur des droits n'avait pas la qualité juridique d'intervenant volontaire ou forcé et partant n'était pas une partie au procès³.
35. Par conséquent, lorsqu'il présente des observations en justice, le Défenseur des droits n'est pas lié par les délais que doivent respecter les parties.
36. Enfin, il convient de rappeler que la Cour de cassation a jugé que lorsque le Défenseur des droits présente des observations en justice qui sont portées à la connaissance des parties, « *cette faculté 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*

¹ Cass. Soc., 8 sept. 2021, n°20-13.694

² Article 44 de la loi organique n°2011-333

³ CA Paris, 11 sept. 2014, S12/02280

oralement par ses observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire »⁴.

En l'espèce

37. Au vu des éléments présentés par Monsieur X et en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a adressé à la société Y une note en date du 1^{er} décembre 2022 donnant une première analyse en fait et en droit de la situation dénoncée. Il a été demandé à l'entreprise mise en cause, en application de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail, de démontrer que les différences de traitement alléguées par le réclamant étaient justifiées par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination.
38. La société a communiqué les éléments demandés par courrier en date du 23 décembre reçu le 26 décembre 2022.
39. La société a demandé au Défenseur des droits d'attendre les conclusions et pièces qui doivent être transmises à la cour d'appel de Z avant le 10 janvier 2022 avant « *d'émettre d'éventuelles observations et/ou recommandations dans ce dossier* ».
40. Monsieur X a transmis au Défenseur des droits lesdites conclusions, qui ont donc été prises en compte par la présente décision.

III. CADRE & ANALYSE JURIDIQUES :

41. Il convient d'analyser, dans un premier temps, les faits de discrimination fondée sur l'activité syndicale du salarié (A), les agissements de l'employeur constitutifs de harcèlement discriminatoire (B) et enfin le manquement à l'obligation de sécurité par la société (C).

A. Faits constitutifs de discrimination fondée sur l'activité syndicale

1) Cadre juridique de la non-discrimination

- a) *La protection contre les mesures discriminatoires en raison de l'activité syndicale*

42. La liberté syndicale est consacrée en droit international et en droit interne. Ils confèrent à l'interdiction des discriminations syndicales, qui en assurent l'effectivité, un caractère d'ordre public absolu.
43. **En droit international et européen**, de nombreux textes consacrent la liberté syndicale : l'article 23 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, les conventions n°87, 88 et 111 de l'Organisation internationale du travail, les articles 12 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, les articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.
44. 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

⁴ Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 et Cass. soc., 28 sept. 2016, n° 14-26.387

assurent, par leur législation, une « *protection claire et effective* » contre la discrimination syndicale⁵.

45. Comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme, en sollicitant une « *protection judiciaire et effective contre la discrimination anti-syndicale* », le fait de pénaliser toute personne qui s'engage dans la défense des salariés, qui s'investit dans les institutions représentatives du personnel, constitue un moyen d'affaiblir, voire d'éliminer, la présence syndicale au sein de l'entreprise⁶.
46. **En droit interne**, la liberté syndicale est proclamée par les 6^{ème} et 8^{ème} 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* ».
47. 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 n° 2008-496 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 définit les manifestations de la discrimination réprimées en droit français, notamment en raison de l'activité syndicale, et fixe le régime juridique de cette prohibition.
48. L'exercice de la liberté syndicale est aussi garanti par le code du travail. L'article L. 1132-1 de ce code pose 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.
49. 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.
50. Ainsi, les articles susmentionnés 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.
51. Par ailleurs, en présence d'un salarié soutenant qu'il est victime de discrimination syndicale, les juges doivent vérifier les conditions dans lesquelles sa carrière s'est déroulée⁷.
52. De plus, l'article L. 2141-8 du code du travail dispose 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* ».
53. Pourtant d'après l'enquête menée par le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail dans le cadre du 12^{ème} Baromètre de la perception des

⁵ Cour EDH, 30 juill. 2009, req. n° 673336/01

⁶ CEDH, 30 juill. 2009, Danilenkov c/ Russie, n° 673336/01

⁷ Cass. soc., 27 nov. 2002, n° 00-44.736

discriminations dans l'emploi⁸, près de la moitié (46%) des personnes syndiquées estiment avoir déjà été discriminées au cours de leur carrière professionnelle en raison de leur activité syndicale. Pour 51% d'entre elles, leur activité a représenté un frein à leur évolution professionnelle. Plus de quatre personnes syndiquées sur dix (43%) estiment que les relations avec leur hiérarchie se sont dégradées en raison de leur activité syndicale.

b) Le régime de la preuve en matière de droit de la non-discrimination

Le principe d'aménagement de la charge de la preuve

54. L'efficacité de l'interdiction des discriminations implique l'existence d'un régime probatoire permettant à la personne qui s'estime victime d'une discrimination d'en rapporter la preuve.
55. En matière de discrimination, il existe un aménagement de la charge de la preuve au bénéfice du demandeur afin de faciliter l'établissement de la preuve.
56. En effet, l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 et l'article L. 1134-1 du code du travail 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.
57. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés en effet par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée⁹.
58. Le fait pour un employeur de ne pas fournir les informations nécessaires pour vérifier si la différence de traitement dénoncée est objectivement justifiée peut constituer un élément de présomption de la discrimination¹⁰.
59. La chronologie des faits peut constituer un élément de présomption d'une discrimination. Elle consiste à distinguer différentes périodes de la carrière de la personne qui s'estime victime d'une discrimination avant et après l'apparition du critère prohibé, ou sa connaissance par l'employeur¹¹.
60. Cette méthode est notamment utilisée pour démontrer l'existence d'une discrimination syndicale (avant/après la prise d'un mandat)¹² ou en raison de l'état de santé¹³.
61. Une différence de traitement dans le déroulement de la carrière et la rémunération peut être également établie sur la base d'une comparaison entre le salarié qui allègue la discrimination et un salarié ou un groupe de salariés comparables.
62. En effet, bien qu'il ne soit pas nécessaire de procéder à une comparaison pour caractériser une discrimination¹⁴, celle-ci résulte souvent d'une différence de traitement entre un délégué syndical et ses collègues placés dans une situation comparable, sans

⁸ publié en septembre 2019 (édition consacrée aux discriminations syndicales)

⁹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792 ; Cass. soc., 6 mai 2014, n° 13-13.911 ; Cass. soc., 6 oct. 2015, n°14-18.406 ; Cass. soc., 16 sept. 2020, n° 18-19.889

¹⁰ CJUE, 19 avr. 2012, Meister, C-415/10

¹¹ Cass. soc., 6 nov. 2013, n°12-22.270 concernant la connaissance par l'employeur de l'orientation sexuelle du salarié

¹² Cass. soc., 10 janv. 2006, n° 04-43.070 ; Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.935, n° 06-46.179 et n° 06-46.180

¹³ Cass. soc., 28 juin 2018, n° 16-28.511

¹⁴ Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849 ; Cass. soc., 13 juin 2019, n° 17-31.295 ; Cass. soc., 14 oct. 2020, n° 19-15.825

que l'employeur soit en mesure de la justifier par des éléments objectifs indépendants de l'activité syndicale¹⁵.

c) Le droit à la réparation intégrale

63. L'article L.1134-5 du code du travail pose le principe de la réparation intégrale du préjudice subi, pendant toute la durée de la discrimination.
64. Par conséquent, un salarié victime d'une discrimination qui se poursuit dans le temps peut agir alors que cette discrimination existe depuis de nombreuses années et obtenir une réparation intégrale de son préjudice¹⁶.
65. Il s'agit alors de replacer la personne dans la situation dans laquelle elle se trouverait si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu, y compris en ordonnant le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée¹⁷, puisque toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des règles de non-discrimination est nul¹⁸.
66. En outre, la condamnation de l'employeur à repositionner le salarié dont la discrimination a entravé l'évolution de carrière est toujours complétée par une réparation financière, le préjudice du salarié victime de discrimination est constitué en principe de la différence entre ce qu'il aurait dû percevoir et ce qu'il a perçu effectivement (perte de revenu), outre l'incidence sur le montant de la retraite et des avantages dérivés du salaire.
67. Des dommages et intérêts peuvent également être alloués pour réparer le préjudice moral causé par l'atteinte à la dignité qu'implique la discrimination¹⁹. 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*²⁰ », la discrimination étant « *source d'un préjudice moral très vif [devant] être compensé*²¹ ».

2) Analyse juridique

68. En l'espèce, Monsieur X indique que, dès qu'il a été élu membre de la délégation unique et désigné en qualité de délégué syndical en 2011, il a subi une différence de traitement en matière d'évolution de carrière, d'évaluation et de promotion.

a) Le ralentissement de son évolution professionnelle et salariale depuis 2011

69. Le réclamant soutient que sa carrière a stagné de 2011 à 2018.
70. Il ressort effectivement des bulletins de salaire fournis par le réclamant que, à compter de son embauche, sa qualification et son indice ont régulièrement changé : de 1997 à 2007, son coefficient est passé de 197 à 280, soit une durée moyenne de passage d'un coefficient à un autre de 3,3 ans (3 changements de coefficient en 10 ans). Cette augmentation de coefficient s'est accompagnée d'une augmentation de la

¹⁵ Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 06-41.361

¹⁶ Cass. soc. 4 févr. 2009, n° 07-42.697

¹⁷ Cass. soc., 4 juill. 2012, n°11-17522, en matière de discrimination sexuelle ; Cass. soc., 23 nov. 2005, n°03-40826 ; Cass. soc., 19 janv. 2011, n°09-70076 ; Cass. soc., 2 juill. 2004, n°12-24175, en matière de discrimination syndicale

¹⁸ Cass. soc., 23 nov. 2005 n° 03-40.826; Cass. soc., 10 avr. 2008 n° 06-45.821, Cass. soc., 23 nov. 2011 n° 03-40.826 ; Cass. soc., 24 févr. 2004 n° 01-46.499

¹⁹ 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.

²⁰ CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 09/08065. V. égal. CA Lyon, 30 avr. 2015, RG n° 14/0174

²¹ CA Orléans, 24 janv. 2008, RG n° 04/01529

rémunération : de 1219.59 € de rémunération de base (8000 francs en 1997) à 2500 € en 2007, puis 2 702,99 € en février 2011.

71. Or, pendant près de 11 ans, d'octobre 2007 à juin 2018, Monsieur X est resté au même poste et son coefficient a stagné au niveau 280.

	Coeff.	Emploi
Juillet 1997	172	agent fret
Avril 2001	220	agent coord. Rel. Cl. Fret
Mai 2001	240	agent qualité et clientèle
Avril 2003	240	Attaché commercial
Octobre 2007	280	Attaché commercial sénior
Juin 2018	300	cadre - attaché commercial Fret Senior

72. Par ailleurs, Monsieur X soutient que le passage au statut cadre lui a été refusé à plusieurs reprises.
73. A l'appui de sa réclamation, le réclamant a produit les demandes faites à son employeur de passage au statut cadre : courriels en date du 22 février 2011, des 21 mars et 4 juin 2013, du 13 novembre 2015 et lors de l'entretien du 7 mai 2015.
74. Il ne ressort pas du dossier qu'une réponse autre que celle du 23 octobre 2013 lui ait été apportée. L'employeur explique alors ne pas pouvoir donner de suite à sa demande « *compte tenu de la nature de [ses] fonctions, de l'effectif de France de Y Cargo et de son organisation* ». Or, il lui avait été proposé de passer cadre en 2010, avant les premières élections de l'entreprise, et Monsieur X a soulevé, par courriel en date du 13 novembre 2015 que « *l'argument de la condition d'accessibilité au statut de cadre en fonction du nombre d'employés n'avait jamais été évoquée auparavant* » et que « *les commerciaux chez Y et A [étaient] cadres* ». Il relevait également qu'il s'agissait d'une « *situation discriminatoire* ».
75. Cette situation a également été dénoncée dans un courriel collectif en date du 21 juillet 2016 dans lequel Monsieur X indiquait « *Concernant mon statut de cadre, il n'y a pas eu de réponse à mon enquête que j'ai envoyée à I en novembre 2015.* »
76. Ce n'est que par courrier en date du 11 avril 2018 qu'il lui est proposé de passer au statut cadre pour harmoniser les statuts d'emploi, après la réintégration de A à Y à compter du 1^{er} avril 2018. Le courrier précise également que cette proposition est faite à l'ensemble des salariés en qualité de commercial pour l'activité passager, ce qui semblerait confirmer que Monsieur X bénéficiait d'un traitement particulier au sein du groupe.
77. Le courrier indique également que ce passage se ferait au coefficient 300 de la convention collective n°3177 du personnel au sol des entreprises de transport aérien, soit la position A du Groupe I qui comprend 2 degrés, A (300) et B (360), qui tiennent « *compte de l'importance des fonctions du degré de responsabilité de la valeur personnelle de l'intéressé* ».
78. Dans son courrier de réponse en date du 23 décembre 2022, la société considère qu'elle n'avait aucune obligation de faire évoluer Monsieur X au statut cadre tant que ce dernier n'en remplissait pas les conditions. Elle ajoute également que le poste

d'attaché commercial occupé au moment des faits par Monsieur X relevait de la catégorie des techniciens et agents de maîtrise.

79. Toutefois, le Défenseur des droits relève que le passage au statut de cadre a été proposé au salarié en 2010 et que ce passage a été refusé par la suite, après les élections professionnelles, alors que le réclamant n'a pas changé de poste. Ces refus semblent au contraire marquer une rupture dans le traitement réservé au réclamant avant ses activités syndicales et après l'acquisition de ses mandats.

80. De même, la société Y considère que Monsieur X n'a fait l'objet d'aucun traitement discriminatoire et qu'il a même bénéficié d'une évolution plus favorable que ses collègues de travail occupant un poste de classification analogue et disposant de la même ancienneté sur cette période.

81. A l'appui de ses affirmations, la société a transmis les tableaux suivants :

• S'agissant de l'évolution en termes de positionnement dans la grille de classification :

Salarié concerné	Date d'entrée	Statut	Coefficient conventionnel	
			Octobre 2007	Mai 2018
X	01/07/1997	Non Cadre	280	280
Salarié 1	01/04/1995	Non Cadre	235	260
Salarié 2	01/09/1998	Non Cadre	235	235

• S'agissant de l'évolution en termes de progression salariale :

Salarié concerné	Salaire brut de base mensuel		Ecart
	Janvier 2011	Novembre 2017	
X	2.702,99 euros	3.123,18 euros	+420,19 euros
Salarié 1	2.104,26 euros	2.550,57 euros	+446,31 euros
Salarié 2	1.785,97 euros	2.278,09 euros	+492,12 euros

82. Il ressort des éléments transmis par la société qu'elle a établi un panel de référence constitué de l'ensemble des non-cadres de la société.

83. Le Défenseur des droits rappelle que la Cour de cassation a identifié un certain nombre de conditions objectives pour la réalisation d'un panel de comparaison pertinent.

84. Il est ainsi 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 qui :

- appartiennent à la même entreprise, voire au même établissement ;
- embauchés à des niveaux de qualifications similaires (identité ou équivalence des diplômes) ;
- embauchés à une date voisine ;
- embauchés sur un emploi similaire ²².

85. Ces critères précis de comparaison ont été définis dans plusieurs arrêts de principe²³.

86. La Cour de cassation rappelle régulièrement que, lorsqu'une discrimination dans l'évolution de carrière et/ou la progression salariale est discutée, le juge du fond doit

²² Voir, notamment, Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-12.295 ; Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-18.362 ; Cass. soc., 22 janv. 2020, n° 18-16.730

²³ Cass. soc., 4 juill. 2000, n°98-43285 ; Cass. soc., 28 juin 2006, n°04-46419 ; Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 04-81397 ; ; Cass. soc., 24 oct. 2012, n°11-12295 ; Cass. soc., 2 juill. 2014, n°12-24175 et autres ; Cass. soc., 22 oct. 2014, n°13-18362 ; Cass. soc., 7 nov. 2018, n°16-20759 ;

vérifier la pertinence des panels de comparaison produits par les parties²⁴ et ce, en tenant compte des critères jurisprudentiels objectifs tels qu'arrêtés par la Cour de cassation.

87. Or, outre le fait que la société dès 2010 a proposé à Monsieur X le statut de cadre reconnaissant ainsi qu'il remplissait les conditions pour évoluer sur son poste, le Défenseur des droits constate que le panel établi par la société n'apparaît ni pertinent, ni représentatif pour comparer l'évolution de la carrière et de la rémunération du réclamant avec celle de salariés placés dans une situation similaire ou pour apprécier sa progression.
88. En effet, la société a fourni un tableau anonymisé précisant le statut et l'ancienneté des deux salariés avec lesquels elle compare la situation du réclamant, sans transmettre d'information concernant l'emploi occupé ni leurs formations. L'ancienneté et la seule appartenance à la catégorie des non-cadres des salariés comparés ne peuvent, à eux-seuls, constituer des critères pertinents.
89. Par conséquent, la Défenseure des droits retient qu'il ressort de la chronologie des faits que la situation de Monsieur X a effectivement évolué défavorablement après l'acquisition de ses mandats : stagnation de son coefficient et passage au statut cadre uniquement dans un souci d'harmonisation, au 1^{er} degré de sa position en dépit de son ancienneté.
90. De surcroît, dans le cadre de la procédure prud'homale, Monsieur X se compare également à Monsieur D qui aurait occupé les mêmes fonctions que lui.
91. Comme indiqué précédemment, une différence de traitement dans le déroulement de la carrière et la rémunération peut être établie sur la base d'une comparaison avec un salarié placé dans une situation comparable.
92. Il ressort des documents transmis que Monsieur D a occupé en 2001 le poste d'attaché commercial fret senior avec un statut de cadre, poste sur lequel sera positionné le réclamant en octobre 2007 mais en qualité d'agent de maîtrise jusqu'en 2018, puis a été promu au poste de responsable des ventes à compter de mars 2005.
93. Dans son attestation en date du 12 décembre 2018, Monsieur D indique qu'à compter de juin 2005, le réclamant était devenu son binôme. Il souligne également qu'ils accomplissaient « *exactement les mêmes tâches, la direction [ayant] formellement interdit à Monsieur X de poser des congés en même temps que [lui]* ».
94. Monsieur E (agent d'opération), Madame F (comptable FRET), Madame G (assistante commerciale) et Monsieur H (responsable opération), collègues de Monsieur X ont également fourni des attestations confirmant qu'il était bien le binôme de Monsieur D et qu'ils accomplissaient les mêmes tâches.
95. Dans son courrier de réponse, la société a transmis un tableau comparant la situation des deux salariés dans lequel apparaît effectivement une différence de rémunération :

Nom	Salaire brut de base mensuel		Pourcentage d'augmentation
	Janvier 2011	Janvier 2022	
X	2.702,99 €	3.249,35 €	+20,21 %
D	2.978,34 €	3.580,37 €	+20,21 %

²⁴ Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-27.694

96. La société Y considère que cette comparaison n'est pas pertinente dans la mesure où ces deux salariés n'exerçaient pas des fonctions comparables. Elle soutient également que contrairement à Monsieur D, Monsieur X n'exerçait pas des missions de management et de supervision, ne gérait pas les clients importants de la société et ne réalisait pas les mêmes missions que celles d'un responsable des ventes fret.
97. Toutefois, si le Défenseur des droits a noté que les entretiens d'évaluation étaient menés par Monsieur D jusqu'en 2012, aucun élément ne permet de considérer que Monsieur D ait pu exercer effectivement d'autres missions de chef de service si ce n'est les 2 évaluations menées en 2011 et 2012.
98. Au contraire, le salarié a transmis des éléments établissant que, dans les faits, Madame I, manager France, assumait les missions de responsable de service : validation des congés, tenue des entretiens individuels à partir de 2012, fixation des objectifs...
99. Par ailleurs, il est établi par les attestations, y compris celle de Monsieur D, que leurs missions étaient similaires. Monsieur X a également récupéré les missions de ce dernier lors de son arrêt maladie, comme le précise le courrier de notification de licenciement de Monsieur D en date du 30 novembre 2017 dans lequel l'employeur précise qu'il a été contraint de reporter sa charge de travail sur l'équipe commerciale, soit Monsieur X ainsi que sur Madame I depuis le départ de l'assistante commerciale en juillet 2015.
100. En outre, la société a elle-même reconnu les compétences de Monsieur X lorsqu'elle lui a refusé sa demande de congé sabbatique. Il ressort effectivement du compte-rendu de la réunion du comité d'entreprise du 25 novembre 2010 que les raisons de ce refus étaient les suivantes :
- « - *Equipe de ventes au service fret n'est composée que de deux personnes,*
 - *X représente donc 50% de l'effectif,*
 - *Que X est en charge de la plus grosse partie commerciale pour la Province,*
 - *Qu'il sera difficile de remplacer un « Senior Sales Rep » expérimenté pendant 11 mois par un CDD ».*
101. Par conséquent, la Défenseure des droits conclut à l'existence d'une discrimination dans l'évolution de carrière de Monsieur X en raison de son activité syndicale eu égard à la concomitance entre l'acquisition des mandats et les mesures défavorables prises à son encontre en matière d'évolution professionnelle et salariale, notamment en comparaison avec un salarié placé dans une situation comparable qui n'a manifestement pas connu la même progression que celui-ci et eu égard à l'absence de justifications objectives par l'employeur.
- b) Les conséquences de son activité syndicale sur son évaluation*
102. Monsieur X soutient également que son activité syndicale a eu un impact sur l'évaluation de ses performances, notamment après l'organisation de la grève en avril 2015. Ses notes d'évaluation auraient baissé, son score ayant régulièrement baissé jusqu'à atteindre 62% en 2016/2017, soit, selon le réclamant, la plus mauvaise évaluation de la structure.
103. Il ressort des éléments transmis par le réclamant que l'entretien d'évaluation au sein de la société mise en cause se conclut par une évaluation des performances et du comportement dans le travail des salariés, chaque item étant évalué de 1 à 5 et pondéré par un coefficient allant de 0,5 à 2, ce qui permet d'obtenir un score final ajusté en fonction de la position au sein de l'entreprise.

104. Pour le réclamant, les comptes rendus font état des scores suivants :

Années évaluées	date de l'entretien	score final	Evaluateur
2012/2013	23/05/2013	84,37	I
2013/2014	05/05/2014	84,37	I
2014/2015	07/05/2015	77,9	I
2015/2016	09/05/2016	71,5	I
2016/2017	27/06/2017	62,2	I

105. Il est à noter que si le score final a effectivement baissé juste après les élections en 2011 avant de remonter, la baisse de sa note s'est accentuée à compter de 2015, soit juste après la grève organisée du 7 au 8 avril 2015 par l'organisation syndicale B et qui semble avoir été imputée au salarié par la direction (*cf. infra*).

106. En outre, aucune indication n'est donnée par Madame I pour justifier la baisse de plus de 20 points du score final, si ce n'est, dans le compte-rendu établi 27 juin 2017 dans lequel elle appelle le salarié à faire « *attention aux appels téléphoniques personnels de longue durée* » sans autre élément circonstancié sur la baisse de sa performance professionnelle. Dans ce même compte-rendu, le salarié a soulevé : "*entretien expéditif et unilatéral - ma note baisse d'année en année - c'est incompréhensible*"

107. Pourtant, dans l'entretien professionnel mené le 14 octobre 2015, soit 5 mois après avoir descendu de près de 8 points le score final de Monsieur X, Madame I a précisé que le réclamant maîtrisait parfaitement toutes ses tâches actuelles : gestion d'un portefeuille de clients, litiges, optimisation des vols, marketing, crisis management et coffre.

108. Dans sa réponse, l'employeur indique que les évaluations annuelles ont été réalisées en toute objectivité par le supérieur hiérarchique sur la base de critères d'évaluation précisés dans les comptes rendus et en concertation avec Monsieur X lui-même. Il ajoute que la baisse de la note globale d'évaluation de Monsieur X trouve simplement sa cause dans une baisse de la qualité du travail fourni par le salarié.

109. Or, rien ne permet d'apprécier, de manière objective, cette baisse de qualité du travail et ce, dans un contexte où le service commercial a été privé d'une assistance commerciale à compter de juillet 2015.

110. Au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits constate qu'il est établi que l'employeur a pris en compte l'activité syndicale du réclamant pour arrêter ses décisions en matière d'évaluation professionnelle, ce qui constitue une discrimination.

c) *Les conditions entourant le refus de promotion sur le poste de responsable de ventes*

111. Si en matière de recrutement, comme en matière de promotion, le choix du candidat retenu est libre²⁵, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de ses engagements syndicaux et il appartient à l'employeur de justifier que la décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

²⁵ Cons.const. 20 juill. 1988, n° 88-244 DC ;

112. Monsieur X soutient que le refus de promotion sur le poste de responsable des ventes rendu vacant suite au licenciement de Monsieur D est discriminatoire.
113. Il indique qu'il avait toutes les compétences requises pour occuper ce poste, d'autant qu'il accomplissait les mêmes missions que Monsieur D et qu'il avait dû également assumer ses fonctions pendant l'absence de ce dernier pour maladie.
114. Dans son attestation en date du 12 décembre 2018, Monsieur D indique que Monsieur X l'avait remplacé en 2013 pendant un arrêt maladie suite à un accident du travail et pendant son arrêt maladie du 31 mai 2017 jusqu'à son licenciement du 30 novembre 2017, soit pendant 6 mois. Il poursuit en précisant que « *Monsieur X a toujours donné satisfaction et avait toutes les qualités et formations nécessaires pour bénéficier d'une titularisation à [son poste] après [son] licenciement* ». *En dépit de cela, la direction l'a écarté dans des conditions qui [lui] semblent totalement anormales* ». Selon lui, ce ne serait « *pas sans lien avec ses engagements syndicaux* ».
115. Par ailleurs, Monsieur X considère que l'employeur a adopté des mesures vexatoires à son encontre lors de la procédure de reclassement en proposant le poste en externe avant de publier le poste en interne en méconnaissance des dispositions de l'article 9 de la Convention collective nationale applicable visant à favoriser « *les promotions et reclassements internes* » et des usages de l'entreprise.
116. Dans ses écritures, la société reconnaît effectivement avoir publié en interne ce poste 2 jours après avoir mis en ligne le poste.
117. A ce sujet, Madame J, agent d'opération et de réservation a attesté que « *Le non-respect des procédures de recrutement me laissait deviner que M. X, également ancien élu, qui faisait l'objet de traitement discriminatoire, serait écarté de ce poste. Pourtant, c'était probablement la personne la plus qualifiée et la plus compétente du service sur ce poste.* ».
118. Il ressort également de cette attestation que le salarié a été informé en dernier qu'il n'avait pas été retenu à ce poste après avoir candidaté alors que des clients connaissaient le nom de son remplaçant avant lui.
119. Monsieur X a effectivement précisé, par courriel en date du 20 mars 2018, avoir appris l'identité de la personne retenue de manière non-officielle sans pour autant avoir été informé que sa candidature avait été rejetée.
120. Ce n'est que le 22 mars 2018 que le réclamant a été informé par Madame I de la décision de la société de ne pas retenir sa candidature au poste de responsable des ventes sans motiver pour autant ce refus.
121. Par courriel en date du 27 mars 2018 adressé à sa direction le réclamant indique que cette situation l'avait plongé « *dans un état des plus vexatoires* » et ne pas comprendre pourquoi « *il aura fallu attendre plus de cinq semaines pour [lui] annoncer une décision visiblement prise longtemps avant* ».
122. Par courriel en date du 9 mai 2018, Monsieur K, vice-président Europe, lui a répondu que la procédure de recrutement avait été suivie à la lettre et que les fonctions de Monsieur D n'avaient été que partiellement assumées par lui pendant ses absences.
123. Or, à supposer que ce soit effectivement le cas, l'employeur ne semble pas avoir envisagé de formations ou d'accompagnement pour faire monter en compétence un salarié qui avait plus de 20 ans d'ancienneté dans l'entreprise alors même que la convention collective applicable incite à favoriser les promotions internes.
124. En outre, la réponse du vice-président ne permet pas d'apprécier si le réclamant possédait la capacité à occuper l'emploi proposé ainsi que les aptitudes professionnelles nécessaires.

125. Dans sa réponse au Défenseur des droits, l'employeur soutient que Monsieur X n'a subi aucun désavantage par rapport aux candidats internes ou externes et que, conformément à son pouvoir de direction, il a finalement privilégié la candidature de Monsieur L, au regard de son expérience managériale de 2 ans et de ses compétences en gestion dans le domaine du fret aérien.
126. A la lecture du CV de Monsieur L, il apparaît effectivement que ce dernier a occupé un poste de 2 ans en qualité de « acting cargo manager France » au sein de la compagnie M, toutefois, cette expérience remontait à plus de 10 ans (avant 2008) et aucune des missions qu'il a déclaré avoir réalisées au sein de de cette société ne semblent être en lien avec des missions de management ou de supervision.
127. De même, aucun élément transmis par l'employeur ne permet d'apprécier les raisons pour lesquelles la procédure de candidature en interne n'a pas été respectée. De même, aucune justification quant aux conditions de l'annonce du candidat retenu n'a été communiquée.
128. Dans ses dernières conclusions, la société considère qu'elle a rempli ses obligations conventionnelles dans la mesure où aucun texte n'interdit de publier une offre d'emploi en externe et en interne de façon concomitante.
129. Or, le Défenseur des droits constate que l'offre a été d'abord publiée en externe alors que la convention collective prévoyait, au contraire, de favoriser « *les promotions et reclassements internes* ».
130. Dès lors, la Défenseure des droits conclut que le refus de promotion sur un poste de responsable des ventes, poste que Monsieur X semblait déjà occuper et pour lequel ses collègues s'accordent à dire qu'il était le plus qualifié n'apparaît pas être justifié par des éléments totalement étrangers à la discrimination eu égard notamment aux conditions dans lesquelles s'est déroulé le recrutement.
131. A ce sujet, le Défenseur des droits rappelle que la discrimination est constituée dès lors qu'il est établi que le critère discriminatoire a été un élément pris en compte, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision, il suffit que ce critère ait participé à la mesure d'exclusion²⁶.

B. Faits constitutifs de harcèlement discriminatoire fondé sur l'activité syndicale

1) Cadre juridique du harcèlement discriminatoire

132. La directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 prévoit, dans son article 2 que : « *Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1er se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres* ».
133. La loi n°2008-496 susvisée, qui a transposé notamment la directive 2000/78/CE, a précisé dans son article 1^{er} que la discrimination « *inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, 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* ».

²⁶ Cass crim.; 14 juin 2000, n° 99-81.108 ; Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-82.380

134. Autrement dit, il s'agit d'une discrimination motivée par les activités syndicales de la victime, mais qui se manifeste par l'intermédiaire d'actes harcelants : brimades, insultes, dénigrement, menaces, mise à l'écart²⁷, mesures vexatoires²⁸, surveillance étroite, tracasseries administratives, refus de formation²⁹, changement d'affectation³⁰, rétrogradation ou diminution des attributions³¹, sanctions disciplinaires infondées³² ...
135. En vertu de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, le harcèlement ne suppose pas d'établir la preuve d'une quelconque intention³³.
136. Il convient également de souligner que des agissements constitutifs d'une entrave à l'exercice de l'activité syndicale peuvent également représenter une discrimination ou un harcèlement discriminatoire dès lors que les faits se confondent. Ainsi, un employeur qui use de son pouvoir disciplinaire pour des faits intrinsèquement liés à l'exercice du mandat lui-même³⁴ ou qui isole du collectif de travail un salarié commet des faits pouvant être qualifiés de faits d'entrave et de discrimination.
137. Enfin, le Défenseur des droits rappelle que les obligations résultant des articles L. 1132-1 (discrimination) et L. 1152-1 du code du travail (harcèlement) sont distinctes, de sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, ouvre droit à des réparations spécifiques³⁵.
138. Des dommages et intérêts distincts peuvent également être versés pour réparer par équivalent la perte de chance de bénéficier d'une promotion³⁶ 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.

2) Analyse juridique

139. **En l'espèce**, Monsieur X indique que ses conditions de travail ainsi que son état de santé se sont largement dégradés à partir du moment où il s'est présenté aux élections, situation qui a empiré après l'organisation par son organisation syndicale de la grève de 2015.

a) Les agissements de l'employeur relatifs à l'exécution de ses mandats

140. Il allègue avoir été considéré comme l'unique responsable des revendications des salariés et avoir été victime d'une campagne de dénigrement de la part de son employeur.

141. Au soutien de sa réclamation, le salarié a produit l'appel à la grève établi par la section syndicale du B- Y daté du 31 mars 2015 ainsi qu'un courriel collectif en date du 21 juillet 2016, rédigé en anglais et intitulé « *Message A team in Z* », dans lequel sept salariés considèrent que Monsieur X a été ciblé par la société pour sa participation à la grève et la représentation du syndicat.

²⁷ Cass. crim., 29 janv. 2008, n° 06-87.625 ; Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-27.0109 ; Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-11.641

²⁸ Cass. soc., 10 mai 2005, n° 03-40.675 : caractérise une discrimination syndicale, le fait pour un employeur de convoquer un délégué syndical par voie d'huissier aux réunions du comité d'entreprise (CSE) à cinq reprises en deux mois.

²⁹ CA Nîmes, 4 juill. 2017, RG n° 15/04304 ; Cass. soc., 1^{er} juin 2004, n° 01-47.239

³⁰ CA Paris, 6 mars 2012, RG n° 10-02404 ; Décision DDD n°2013-185 du 4 novembre 2013 ; Décision DDD 2017-214 du 4 juillet 2017

³¹ Cass. soc., 13 févr. 1996, n° 92-45.042 ; Cass. crim., 1^{er} janv. 2008, n° 07-82.380

³² Cass. soc., 17 févr. 1981, n°80-91.163 ; CA. Versailles, 17 déc. 2013, RG n° 12/03432

³³ Cass. soc., 10 nov. 2009, n°08- 41497

³⁴ Cass. soc., 20 juin 2018, 16-19.536

³⁵ Cass. soc., 3 mars 2015, n°13-23521

³⁶ CA Douai, 31 juill. 2007, RG n°06/00297

142. Dans ce même courriel, Monsieur X indiquait, à titre individuel, avoir « *été confronté à une situation qui peut être considérée comme un traitement injuste et qui est une forme de harcèlement. [...] »* ».
143. Le réclamant a eu accès à une communication interne entre Monsieur K, vice-président A Europe, et Monsieur N, président A, en date du 26 juillet 2016, qui suppose, en premier point, que la personne qui doit être derrière ce mail collectif est Monsieur X, un des deux membres de l'ancien comité d'entreprise.
144. Madame J, agent commercial, atteste également « *qu'en octobre 2016, lors d'un entretien avec Monsieur O, directeur régional, et Monsieur K vice-président Europe, ces derniers m'ont demandé si c'était Monsieur X qui m'avait incité à participer au message collectif de revendications mettant en cause notre chef de service I sur les conditions de travail en date du 21 juillet 2016. Cela m'a fortement contrarié, j'ai pleuré et l'aurais répondu que nous avons décidé de participer librement, que nous n'avions écrit que la vérité et qu'il fallait cesser de l'accabler »* ».
145. A ce sujet, Monsieur E, agent d'opération, a indiqué : « *A partir du moment où il est devenu élu, j'ai constaté que la direction était de plus en plus méfiante vis-à-vis de Monsieur X. La direction en a fait son bouc émissaire et la grève a été perçue par cette dernière comme une provocation qui n'a fait qu'augmenter leur défiance à son égard »* ».
146. L'employeur n'a fourni au Défenseur des droits aucun élément de réponse à ce sujet.
147. Dans ses conclusions, la société Y conteste les propos tenus par Madame J en l'absence d'autre salarié qui aurait corroboré ces faits.
148. Toutefois, le Défenseur des droits constate qu'aucune mesure ne semble avoir été prise après l'envoi de ce courriel collectif faisant part de difficultés ressenties par la majorité des salariés de l'entreprise, dont le réclamant, et rien ne permet de douter de la bonne foi et de la véracité des faits rapportés par Madame J. Il est à noter que ni Monsieur O, ni Monsieur K, n'ont attesté le contraire au demeurant.
149. Dès lors, il apparaît que le réclamant, en tant que représentant du personnel et pour ses activités syndicales, a fait l'objet d'un traitement particulier.
150. De surcroît, il ressort des pièces transmises que les désignations de Monsieur X en tant que représentant de la section syndicale B en 2016 et 2019 ont été toutes contestées par la société mise en cause.
151. Si la contestation des mandats est un droit pour l'employeur, elle peut néanmoins constituer un indice de discrimination quand il existe une systématicité et que ces contestations visent à affaiblir le dialogue social.
152. En l'espèce, les effectifs ne permettant plus l'existence d'une représentation du personnel, le représentant de la section syndicale devenait le seul interlocuteur de l'employeur dans un climat social tendu qui faisait notamment suite à une grève.
153. Or, l'employeur a fait le choix de contester ces désignations, se privant ainsi de toute représentation du personnel, et de demander au tribunal d'instance de condamner l'organisation syndicale ainsi que le salarié au titre de l'article 700 du code de procédure civile.
154. La société a répondu au Défenseur des droits que la société était parfaitement légitime à exercer de telles actions, dans la mesure où des doutes sérieux persistaient sur la validité de cette désignation et que la demande de condamnation sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ne saurait pas plus constituer un abus de droit ou un comportement confinant au harcèlement.

155. Le Défenseur des droits rappelle que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale, et non pas de façon séparée.
156. Dès lors, si la société a la possibilité de contester les désignations et demander la condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ces demandes ne peuvent être appréciées indépendamment du contexte dans lequel elles s'inscrivent et des propos tenus par le vice-président à l'égard du salarié concernant son activité syndicale.

b) Les relations conflictuelles avec sa responsable

157. Monsieur X indique également que les relations avec Madame I, sa responsable se sont dégradées.
158. Outre la dépréciation continue de son évaluation professionnelle, sa responsable l'aurait également agressé verbalement en juillet 2017 alors qu'il souhaitait poser ses congés.
159. Par courriel en date du 10 juillet 2017, il lui a précisé avoir été choqué par le fait qu'elle lui ait jeté violemment sa feuille de congé et quelle se soit énervée. Elle aurait ensuite hurlé un « *Je m'excuse* ».
160. Monsieur H a attesté le 21 juillet 2017 avoir été témoin des faits suivants :
« *Face au comportement de Madame I qui était énervé, Monsieur X a haussé la voix en lui demandant de cesser de parler sur ce ton [...]*
Madame I m'a demandé de venir au département commercial comme témoin et s'est adressé à Monsieur X en hurlant « je m'excuse ».
J'ai été perturbé de voir notre chef de service perdre son sang-froid ! Cela génère un stress ambiant pesant pour les salariés ».
161. Selon l'employeur, Monsieur X ne présente aucun élément pour établir la dégradation de ses relations, hormis une altercation, dont la société conteste vivement la matérialité et, par ailleurs, il soutient qu'un tel évènement isolé, à le supposer établi, ne saurait caractériser une situation de harcèlement moral ou discriminatoire mais tout au plus une incompatibilité d'humeur, de surcroît ponctuelle.
162. Or, le Défenseur des droits rappelle que le harcèlement discriminatoire peut être caractérisé par un acte unique d'une particulière gravité, portant atteinte à la dignité de la personne visée³⁷. La cour d'appel de Rennes a ainsi considéré que « *lorsque le harcèlement moral prend la forme d'une discrimination, il peut être constitué même lorsque ce fait indésirable est unique* ».
163. En outre, il ne semble pas que cet acte caractérise simplement une incompatibilité d'humeur ponctuelle.
164. En effet, il ressort du courriel collectif en anglais du 21 juillet 2016 précité que les salariés s'étaient déjà plaint de l'attitude « *erratique* » de Madame I, de son manque d'accessibilité et de l'atmosphère négative qu'elle semblait créer. Par ailleurs, ils ont soulevé qu'elle pouvait être humiliante et infantile.
165. De même, Monsieur J a attesté le 17 août 2019 déplorer « *le comportement de Madame I qui a généré une ambiance de travail délétère* ».

c) S'agissant des agissements postérieurs à son arrêt maladie

³⁷ Décision MLD-2014-105 et arrêt CA Rennes, 10 décembre 2014 ; Décision n°2019-041 et arrêt CA PARIS, 5 décembre 2019, n°17/10760

166. Monsieur X indique que la société aurait continué à s'acharner contre lui alors qu'il n'était plus présent dans l'entreprise depuis avril 2018, notamment en lui versant un bonus inférieur à celui de ses collègues et en envoyant des informations erronées à la CPAM concernant son arrêt ou en commettant des erreurs sur son indemnisation.
167. Depuis le 12 avril 2018, le réclamant est en arrêt maladie et sa pathologie a été reconnue par la CPAM comme étant une maladie professionnelle.
168. Toutefois, il ressort des éléments communiqués par le salarié que son bonus de 2018 était inférieur à celui de ses collègues.
169. Par courriel en date du 18 septembre 2018, son employeur lui a répondu que ce bonus exceptionnel était décidé par les responsables de manière unilatérale.
170. Or, si l'employeur peut verser des libéralités aux salariés, il lui revient, dès lors que la différence de traitement est objectivement constatée, de prouver que cette distinction n'est fondée sur aucune discrimination, mais au contraire qu'elle est justifiée par un motif légitime et proportionné au but recherché.
171. Le juge doit ainsi vérifier que l'employeur justifie d'éléments objectifs, qui ne sauraient résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire³⁸.
172. En l'espèce, aucun des éléments du dossier ne permet d'apprécier les éléments objectifs justifiant l'octroi d'un bonus inférieur au réclamant.
173. L'employeur a répondu au Défenseur des droits que c'est la note d'évaluation obtenue qui permet ensuite de déterminer le montant de la prime, calculé en pourcentage du salaire de base brut. Au regard des résultats de son évaluation, Monsieur X aurait perçu une prime égale à 3 mois de salaire, là où ses collègues de travail ayant reçu une note d'évaluation supérieure auraient perçu une prime autour de 3,5 mois de salaire.
174. La société n'a cependant fourni ni l'éventuel accord ou la décision unilatérale fixant les conditions d'octroi du bonus ni les éléments permettant de vérifier ces éléments tels que les entretiens d'évaluation de Monsieur X ou des salariés concernés pour l'année 2018.
175. En outre, concernant les résultats d'évaluation, le Défenseur des droits constate que le salarié n'a été présent au sein de l'entreprise que jusqu'au 12 avril 2018 et que la tendance baissière de sa note d'évaluation semble s'inscrire dans un contexte de remise en cause de son activité syndicale par la société (*cf. supra*).
176. En outre, le réclamant a précisé que les erreurs de son employeur en matière d'indemnisation de son arrêt maladie (absence ou retard de déclaration de ses arrêts de travail, maintien du salaire indû...) l'obligeraient à vérifier toutes les informations transmises par l'employeur et lui auraient causé un préjudice financier et moral.
177. A l'appui de sa réclamation, le salarié a transmis de nombreux échanges de courriers, notamment un courrier en date du 23 septembre 2020 dans lequel la société reconnaît des dysfonctionnements de la part d'un de leurs prestataires. En réponse, le salarié a informé son employeur, par courrier du 7 octobre 2020, que la CPAM demandait, depuis juillet 2019, des attestations de maladie professionnelle pour régulariser ses indemnités. En 2021, le salarié alertait également sur le fait que la subrogation n'avait pas fonctionné et qu'il avait été destinataire des indemnités par la CPAM, faisant ainsi augmenter son taux d'imposition de près de 11 points.

³⁸ Cass. soc., 28 sept. 2004, n° 03-42.624

178. De même, la société a continué à lui verser des indemnités complémentaires alors que l'organisme de prévoyance avait cessé de rembourser. Elle a également demandé le remboursement de cette somme.
179. Monsieur X soutient qu'en raison des erreurs imputables à la société, il se retrouve désormais tenu de rembourser ces sommes et n'a plus aucun revenu alors qu'il est toujours en arrêt maladie pour maladie professionnelle.
180. La société confirme qu'elle a bien demandé au réclamant le « *remboursement des sommes indûment perçues par lui* » et qu'ils ont été contraints de lui adresser plusieurs courriers justifiés par l'absence de réponse de Monsieur X aux précédentes tentatives de rapprochement
181. Néanmoins, le Défenseur des droits constate que le salarié a bien cherché à alerter son employeur à plusieurs reprises des erreurs dans la gestion de son indemnisation et de leurs conséquences.
182. Enfin, le salarié indique que sa messagerie professionnelle a été suspendue pendant son arrêt maladie et qu'il a été dans l'obligation de saisir la CNIL au sujet de la mise à disposition de sa messagerie et de ses archives d'avril 2015 à avril 2018 afin de notamment pouvoir préparer son dossier prud'homal.
183. L'employeur a répondu au salarié, par courriers en date des 13 novembre et 18 décembre 2020, qu'étant actuellement en arrêt maladie, il ne pouvait exercer ses missions professionnelles et donc avoir accès à distance à sa messagerie.
184. Dans son courrier de réponse au Défenseur des droits, la société a confirmé avoir appliqué la procédure visant à ce que les salariés ne cherchent pas à travailler pendant leur convalescence ceci afin de privilégier leur bon rétablissement.
185. La Défenseure des droits rappelle que le représentant de section syndicale représente le syndicat au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Il peut à ce titre formuler des propositions, des revendications ou des réclamations. Il assure également l'interface entre les salariés et l'organisation syndicale à laquelle il appartient. Dans ce cadre, il peut circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous les contacts nécessaires à l'exercice de sa mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail à condition de ne pas gêner de manière importante le travail des salariés³⁹.
186. Si la maladie suspend le contrat de travail, elle ne suspend pas les fonctions représentatives. Le représentant du personnel en arrêt de travail pour maladie peut donc continuer à exercer son mandat⁴⁰.
187. Dès lors, Monsieur X dont le mandat n'était pas suspendu aurait dû conserver l'accès à sa messagerie professionnelle, outil nécessaire au maintien du contact avec les salariés.
188. Par courrier en date du 19 octobre 2022, la CNIL a également indiqué à Monsieur X être intervenue auprès de l'employeur pour lui rappeler les règles applicables en matière d'accès aux données à caractère personnel le concernant et pour demander de communiquer au réclamant ces dernières qui seraient toujours en possession des services de la société Y et qui seraient contenues dans sa/ses messagerie(s) électronique(s) professionnelle(s) et ou sur les serveurs de la société (notamment dans l'hypothèse où une copie des courriers électroniques sollicités aurait été sauvegardée par la direction/le service des ressources humaines et/ou d'autres employés).
189. Il ressort de ce qui précède que les agissements de la direction, qui se sont poursuivis pendant son arrêt maladie, ont contribué à la dégradation des conditions de travail de

³⁹ C. trav., art. L. 2143-20

⁴⁰ Cass. crim., 16 juin 1970, n° 69-93.132

Monsieur X et à créer un environnement hostile constitutif d'un harcèlement discriminatoire en raison de son activité syndicale.

C. Les manquements à l'obligation de sécurité de l'employeur

190. En vertu des articles L.4121-1 et suivants du code du travail, l'employeur est tenu de « *prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».
191. La Cour de cassation considère par ailleurs que l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise⁴¹ et qu'il appartient à l'employeur de démontrer qu'il a tout mis en œuvre pour éviter que le risque ne se produise et, le cas échéant, pour y mettre fin.
192. Dans un arrêt du 30 janvier 2019, la Cour de cassation a expressément admis que le salarié victime d'une discrimination pouvait, lui aussi, invoquer le manquement de son employeur à l'obligation de sécurité⁴².
193. Il résulte des éléments communiqués par Monsieur X à l'appui de sa réclamation que la société avait été alertée de la dégradation générale de l'état de santé des salariés, dès le préavis de grève de 2015 ainsi que par les médecins du travail de P qui ont lancé une alerte risques psychosociaux, conformément à l'article L.4624-3 du code du travail, par courrier en date du 19 janvier 2016.
194. Concernant la situation du réclamant, il ressort des courriers en date des 13 janvier et 3 avril 2018 transmis au médecin du travail de l'entreprise par le Docteur Q, médecin psychiatre, qu'elle l'avait reçu pour la première fois en janvier 2017 « *dans le cadre d'un syndrome anxio-dépressif sévère ayant justifié un arrêt maladie de plus de deux mois fin de l'année 2016* » et que son état de santé continuait à se dégrader. Elle ajoutait que la « *symptomatologie anxio-dépressive* » du salarié restait « *assez marqué avec un pôle anxieux [...] difficile à apaiser au vu du vécu professionnel relaté* » et qu'elle faisait une demande de prise en charge de sa maladie en maladie professionnelle.
195. Dans un courriel en date du 9 mai 2018, rédigé à la suite du refus de la candidature de Monsieur X au poste de responsable des ventes, la direction a indiqué à Monsieur X qu'elle ne pouvait « *accepter ces allégations qui tendent à lier [son] problème de santé à la société* ».
196. Dès lors, il n'apparaît pas que l'employeur ait pris des mesures afin de protéger la santé et sécurité des salariés en général et celles de Monsieur X en particulier malgré les différentes alertes.
197. Cette situation semble pourtant avoir été à l'origine de l'arrêt maladie continu de Monsieur X depuis le 1^{er} avril 2018.
198. En effet, la CPAM, par décision en date du 9 mai 2018, a reconnu que sa maladie « hors tableau » était d'origine professionnelle.
199. À compter du 16 septembre 2019, Monsieur X a également bénéficié de la qualité de travailleur handicapé.
200. Dans sa réponse du 23 décembre 2022, l'employeur n'a formulé aucune observation à ce sujet.

⁴¹ Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444

⁴² Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-28.905

201. Toutefois, dans ses conclusions déposées le 10 janvier 2023, la société indique avoir toujours veillé au bien-être de ses salariés notamment en août 2015, à la suite d'une alerte CHSCT, en mettant en place un numéro vert permettant de contacter un psychologue, d'une journée teambuilding, de formations pour les managers, ainsi que le remplacement des salariés absents par des intérimaires.
202. Concernant la situation de Monsieur X et les alertes successives sur la dégradation de son état de santé notamment par la médecine de travail, la société n'a apporté aucune réponse relative aux mesures mises en place pour assurer sa sécurité et protéger sa santé physique et mentale.
203. Au regard des conclusions du médecin psychiatre, de la reconnaissance de la maladie professionnelle et de la qualité de travailleur handicapé, et de l'absence de mesures mises en place par l'employeur afin de prévenir et faire cesser les agissements dénoncés par le réclamant, la Défenseure des droits conclut que l'employeur a manqué à son obligation de santé et de sécurité à son égard.

204. En conséquence et au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits considère que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination et de harcèlement discriminatoire en raison de son activité syndicale et que la société a manqué à son obligation de sécurité et de prévention prévue à l'article L.4121-1 du code du travail.
205. Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance de la cour d'appel de Z.

Claire HÉDON