

---

## Décision du Défenseur des droits n°2022-210

---

### 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 le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu la Déclaration universelle des droits de l'Homme ;

Vu le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels ;

Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical ;

Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 88 sur le service de l'emploi ;

Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 111, concernant la discrimination en matière d'emploi ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la Charte sociale européenne ;

Vu le code du travail ;

Vu le code pénal ;

Vu le code civil ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu l'accord de branche national du 26 avril 2010 sur les voies et les moyens du dialogue social dans la métallurgie ;

Vu la décision du Défenseur des droits n°2019-109 du 13 mai 2019 ;

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

Décide de présenter ses observations devant la cour d'appel de Z dans le cadre de l'action de groupe initiée sur le fondement de l'article L. 1134-7 du code du travail.

Claire HÉDON

<b>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</b>
--

I.	Introduction.....	4
II.	Recevabilité de l'action de groupe .....	5
1.	Introduction de l'action par un syndicat représentatif .....	5
2.	Respect de la phase de négociation préalable .....	5
3.	Application dans le temps de la loi ayant institué l'action de groupe .....	6
3.1.	Appréciation des faits postérieurs à la loi du 18 novembre 2016 à la lumière des faits antérieurs .....	6
3.2.	Notion de discrimination continue.....	7
III.	Rappel des faits et de la procédure.....	8
IV.	Enquête du Défenseur des droits.....	10
V.	Analyse juridique.....	11
1.	Droit applicable à la constatation du caractère discriminatoire des accords collectifs.....	11
1.1.	Sources .....	11
1.2.	Ordre public absolu .....	13
1.3.	Contrôle par le juge judiciaire de la conformité des accords collectifs.....	14
1.4.	Différentes formes de discrimination .....	15
1.5.	Principe d'aménagement de la charge de la preuve , y compris en cas d'action de groupe	17
2.	Caractère discriminatoire des accords collectifs appliqués au sein de la société Y .....	20
2.1.	Contenu des accords .....	20
2.2.	Conditions jurisprudentielles de validité des panels de comparaison et méthode de triangulation .....	22
2.3.	Non-conformité des accords avec les exigences jurisprudentielles.....	24
2.3.1.	Un panel de salariés comparants qui ne prend pas en compte les dates d'embauche et de mandat .....	24
2.3.2.	Un panel de salariés comparants qui ne prend pas en compte les fonctions exercées, l'ancienneté, la formation et les diplômes.....	26
2.3.3.	Une comparaison visant à déterminer un salaire théorique excluant les accessoires de salaires et les pertes de chances dans l'évolution de carrière .....	27
2.3.4.	La limitation dans le temps de la discrimination identifiée et le plafonnement subséquent de sa réparation.....	27

2.3.5.	Prise en compte des activités syndicales dans les évaluations des salariés .....	30
3.	Conséquences du constat de discrimination.....	33
3.1.	Cessation du manquement .....	33
3.2.	Réparation des préjudices.....	33

## I. INTRODUCTION

1. **Introduction de l'action.** Le 27 mars 2018, la X a assigné devant le tribunal de grande instance de Z, aujourd'hui tribunal judiciaire, la société Y afin de solliciter sa condamnation sur le fondement de l'article L. 1134-7 du code du travail relatif à l'action de groupe en matière de discrimination au travail.
2. **Saisine du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits a été saisi le 10 avril 2018 par la X des faits soulevés dans l'assignation devant le tribunal de Z.
3. **Présentation du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, ayant pour mission de promouvoir l'égalité et l'accès aux droits ainsi que de traiter les réclamations relevant notamment de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité.
4. Toute personne physique ou morale qui estime que ses droits ont été lésés dans l'un de ses domaines de compétences peut saisir le Défenseur des droits.
5. La loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 a conféré au Défenseur des droits des pouvoirs d'instruction pour traiter ces réclamations. Le Défenseur des droits peut demander aux personnes physiques ou morales mises en cause des explications et la communication de toute information utile à l'instruction et au règlement du litige.
6. Quand la justice est saisie, à l'issue de son instruction, le Défenseur des droits peut formuler des observations devant toutes les juridictions. Il présente des observations devant le juge, en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333, pour produire les éléments de son enquête, présenter son analyse du dossier ainsi que le droit applicable, et ainsi contribuer au développement de la jurisprudence.
7. Comme l'a décidé la Cour de cassation à plusieurs reprises, cette faculté de présenter des observations ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et le principe de l'égalité des armes, dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement au Défenseur des droits et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui sont soumises au débat contradictoire <sup>1</sup>.
8. **Objet de l'intervention du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits étant chargé de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité, c'est en cette qualité qu'il souhaite présenter ses observations à la cour.
9. L'action de groupe décrite aux articles L. 1134-7 et suivants du code du travail a été créée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Le Défenseur des droits a été associé aux travaux parlementaires. Il a soumis plusieurs avis au législateur par lesquels il soulignait notamment l'importance de

---

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

cette procédure judiciaire pour saisir les discriminations systémiques et collectives, encore trop peu souvent évoquées devant les juridictions <sup>2</sup>.

## II. RECEVABILITE DE L'ACTION DE GROUPE

### 1. Introduction de l'action par un syndicat représentatif

10. Une action de groupe en matière de discrimination dans l'emploi est possible lorsque plusieurs personnes physiques font l'objet d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur un même motif imputable à un même employeur.
11. Aux termes de l'article L. 1134-7 du code du travail, une action de groupe dans l'emploi peut être introduite par une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du même code.
12. La X est un syndicat représentatif au niveau de la branche de la métallurgie, au sens de l'article L. 2122-5 du code du travail. Elle satisfait en effet aux conditions générales de l'article L. 2121-1 du code du travail, dispose d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche et a recueilli 30.30 % des suffrages exprimés lors des élections professionnelles additionnés au niveau de cette branche <sup>3</sup>.

### 2. Respect de la phase de négociation préalable

13. L'article L. 1134-9 alinéa 3 du code du travail dispose que l'action de groupe ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective alléguée, ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande. L'article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle, prévoit que l'irrespect de ce délai est une cause d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office.
14. En l'espèce, la X a mis en demeure le 23 mai 2017, par voie d'huissier, la société Y de faire cesser la discrimination syndicale qu'elle dénonce.
15. Par courrier recommandé en date du 9 juin 2017, la X a contesté la position de la société Y et l'invitait à ouvrir une négociation en débutant par l'adoption d'un accord de méthode encadrant les discussions à venir.
16. Une réunion a eu lieu le 26 septembre 2017. Les parties ne se seraient pas entendues sur les modalités de la négociation dans le cadre de cette première phase de l'action de groupe.
17. Par courrier en date du 20 décembre 2017, la X a adressé un projet d'accord de méthode à la direction de la société Y. Pour sa part, cette dernière a sollicité, le 5 février 2018, la communication des pièces sur lesquelles le syndicat fonde son action.

---

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

<sup>3</sup> V. MINISTRE DU TRAVAIL, Arrêté fixant la liste des organisations syndicales représentatives dans la métallurgie, 22 décembre 2017, JORF du 30 décembre 2017, NORMTRT1706179A (pièce DDD n° 9) ; MINISTERE DU TRAVAIL, Tableau des résultats définitifs de la représentativité syndicale par branche (pièce DDD n° 10).

18. Par un courrier en date du 16 mars 2018, la X a informé la société mise en cause qu'aucune discussion n'étant possible, elle allait engager la seconde phase de l'action de groupe en l'assignant devant le tribunal de grande instance aujourd'hui tribunal judiciaire de Z.
19. L'assignation a été notifiée le 27 mars 2018.
20. Une période de 9 mois et 20 jours visant à négocier s'est donc écoulée avant l'engagement de la phase judiciaire.

### 3. Application dans le temps de la loi ayant institué l'action de groupe

21. L'article 92 de de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 dispose qu'elle n'est applicable qu'aux « *seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à [son] entrée en vigueur* ». Le tribunal judiciaire a jugé en l'espèce, sur le fondement de cette disposition, et du principe de non-rétroactivité de la loi issu du code civil, que les faits antérieurs au 20 novembre 2016 devaient être écartés de son analyse. Une telle conclusion appelle deux séries de remarques.

#### 3.1. Appréciation des faits postérieurs à la loi du 18 novembre 2016 à la lumière des faits antérieurs

22. La détermination de la date du fait générateur déclenche l'application de la loi. Si ce fait est postérieur au 20 novembre 2016, la loi est applicable. En l'espèce, le tribunal a ainsi relevé que certains manquements se sont produits après cette date, et leur a appliqué la nouvelle loi, même si *in fine*, le tribunal a considéré que la période postérieure à la loi était trop courte pour conclure à une discrimination.
23. Dès lors que la loi est applicable à ces faits postérieurs, il appartenait au tribunal de dire s'ils pouvaient être qualifiés de discriminations. Or, les faits postérieurs peuvent être appréciés à la lumière des très nombreux faits antérieurs soulevés en l'espèce, dans le cadre d'une appréciation globale de la situation, préconisée par la Cour de cassation. La jurisprudence de la Cour de cassation, spécifique à la discrimination, rappelle en effet que les faits doivent être analysés de manière globale, et non de manière isolée :

« (...) il appartient au juge d'apprécier si ces éléments **dans leur ensemble** laissent supposer l'existence d'une telle discrimination »<sup>4</sup>.

« **Qu'en statuant ainsi, en omettant d'examiner l'un des éléments de fait invoqués par le salarié (...), et en procédant à une appréciation séparée des autres éléments, alors qu'il lui appartenait de se prononcer sur l'ensemble des éléments invoqués, et de dire si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissaient supposer l'existence d'une telle discrimination (...)** la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »<sup>5</sup>

24. Dès lors, prendre en considération des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi pour apprécier les faits postérieurs n'entraîne pas de méconnaissance des dispositions de l'article 92 de la loi du 18 novembre 2016 et au principe de non rétroactivité de la loi énoncé par l'article 2 du code civil.

---

<sup>4</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792

<sup>5</sup> Cass. soc., 4 mars 2015, n°13-23447

25. En l'espèce, la X décrit précisément l'évolution de carrière de plusieurs salariés, dont certains sont titulaires de mandats depuis 1977, 1997 ou 2001. Les faits antérieurs à la loi auraient donc pu utilement éclairer l'appréciation de la période postérieure.

### 3.2. Notion de discrimination continue

26. La discrimination, et notamment la discrimination syndicale dans l'évolution de carrière et de la rémunération, comme le relève d'ailleurs le tribunal évoquant « *une discrimination collective et systémique* », présente un caractère continu et impose une analyse globale prenant en compte l'ensemble des faits.
27. Ces discriminations résultent, en effet, de multiples décisions de l'employeur, qui se renforcent au fur et à mesure que le temps passe : par exemple, des évaluations du salarié ne prenant pas en compte sa charge de travail liée à son mandat, des reproches sur la baisse de sa productivité, une rémunération variable plus faible que les salariés à poste comparable, une absence de promotion, l'absence d'entretiens liés au mandat, ou encore le maintien d'un accord collectif discriminatoire. Cet ensemble crée un retard dans l'évolution de carrière et de rémunération qui n'est pas un fait instantané mais se poursuit et s'amplifie avec le temps.
28. Ce caractère continu, ou « diffus », des discriminations syndicales dans l'évolution de carrière a été largement identifié par la doctrine, dans le cadre de contentieux posant la question de la prescription<sup>6</sup>. Lorsqu'un manquement est continu, le point de départ de la prescription doit être repoussé au dernier fait constitutif, à défaut, ledit manquement pourrait être prescrit tout en continuant à exister. Ce caractère continu de la discrimination syndicale dans l'évolution de carrière et de rémunération sous-tend l'arrêt récent de la Cour de cassation ayant repoussé le point de départ de la prescription. Dans cette affaire, la discrimination dont une salariée s'est plainte en 1981, n'est pas jugée prescrite en 2012, car la demanderesse « *faisait valoir que cette discrimination s'était poursuivie tout au long de sa carrière en terme d'évolution professionnelle, tant salariale que personnelle, ce dont il résultait que la salariée se fondait sur des faits qui n'avaient pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription.* »<sup>7</sup> Un tel report du point de départ de la prescription est également appliqué au harcèlement moral, qui se caractérise par une répétition d'actes<sup>8</sup>.
29. S'agissant de l'application dans le temps d'une loi nouvelle, qui est la question posée en l'espèce à la cour d'appel, le parallèle avec le harcèlement moral est également éclairant. En effet, suite à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, celle du 17 janvier 2002<sup>9</sup>, il a été jugé que : « *Le harcèlement moral doit être apprécié à travers une succession de faits censée qualifier un comportement à la fois continu et répétitif et il ne peut qu'être soumis à la loi en vigueur lors de l'aboutissement du processus, à savoir la réalisation du dernier fait invoqué.* »<sup>10</sup>
30. La notion d'infraction continue est par ailleurs admise en matière pénale. La discrimination est elle-même une infraction pénale, réprimée par l'article 225-1 du code pénal. Le caractère continu d'une infraction entraîne le report du point de départ de la prescription<sup>11</sup>, mais il a également une influence sur l'application de la loi dans le temps : une loi pénale nouvelle,

<sup>6</sup> Julien Icard, Le régime sibyllin de la prescription applicable à la discrimination continue, 1958, 14 juin 2021 ; Semaine Sociale Lamy, n° 1988, 21 février 2022, Ce qu'il faut savoir sur la prescription.

<sup>7</sup> Cass. soc., 31 mars 2021, n°19-22.557

<sup>8</sup> Cass. soc., 9 juin 2021, n°19-21.931

<sup>9</sup> Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

<sup>10</sup> Colmar, 6 mai 2004, RG n° 02/05907

<sup>11</sup> Cons. const., 24 mai 2019, no 2019-785 QPC, D. 2019, p. 1815, note J.-B. Perrier : « En prévoyant que ces infractions ne peuvent commencer à se prescrire tant qu'elles sont en train de se commettre, les dispositions contestées fixent des règles qui ne sont pas manifestement inadaptées à la nature de ces infractions. »



même plus sévère, s'applique à l'infraction continue si ses éléments constitutifs continuent d'être commis après l'entrée en vigueur de la loi.<sup>12</sup>

31. Surtout, en l'espèce, il est reproché à la société Y de laisser perdurer un accord collectif discriminatoire. L'existence d'un tel accord dans l'environnement juridique de l'entreprise présente indéniablement un caractère continu.
32. Il convient d'ajouter, à cet égard, que l'un des deux objectifs de l'action de groupe est la « *cessation d'un manquement* » : ce terme suppose donc qu'une discrimination peut perdurer, s'étaler dans le temps. Si la discrimination n'était que ponctuelle, la réparation des dommages passés serait le seul objectif de l'action de groupe.
33. Enfin, en l'espèce, le tribunal judiciaire a précisé que les faits **postérieurs** à la loi s'étendaient sur une période allant du 20 novembre 2016, date d'application de la loi, au 30 mars 2018, date de l'assignation. Le tribunal a jugé que cette période de seize mois était insuffisante pour conclure à une discrimination, sans toutefois préciser quelle durée aurait été nécessaire pour ce faire.
34. Au regard du caractère continu de la discrimination, de la nécessité de prendre en compte l'intégralité de la période contentieuse pour apprécier la réalité de la situation, considérer qu'une durée de seize mois est insuffisante pour conclure à l'existence d'une discrimination revient, en tout état de cause, à priver la loi relative à l'action de groupe de son effectivité. .

### III. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE

35. La G est implantée au sein de la Société A depuis sa création le 29 mai 1945. La A, ainsi que toutes les sociétés du groupe, seront intégrées progressivement à la société Y entre 2005 et 2016. Le 16 janvier 2004, un accord de groupe « sur le développement du dialogue social » est signé entre la direction de la A et les organisations syndicales représentatives, dont la X. Aux termes de cet accord, la direction affirme son souhait de mettre fin à toute discrimination syndicale et accepte de mettre en place un outil de suivi de l'évolution professionnelle et salariale des salariés élus et mandatés.
36. Le 9 juillet 2004, un autre « *accord de groupe relatif au règlement des différends sur l'évolution professionnelle passée de représentants syndicaux ou représentants du personnel* » est conclu. Il stipule qu'« *il est apparu nécessaire aux parties de mettre fin aux litiges concernant l'évolution de carrière antérieure des titulaires de mandats de représentants du personnel dans les sociétés du groupe A qui déclarent avoir subi ou subir à ce titre un préjudice dans leur évolution de carrière* ».
37. Aussi, l'accord propose une méthodologie pour reconstituer la rémunération d'un salarié mandaté ou élu (art. 3.1 et 3.2), ainsi que son évolution de carrière (art. 3.3).
38. Cette méthode est contestée par la X qui a refusé de signer l'accord aux motifs que le « *groupe de référence* » des comparants, pour pouvoir effectuer ces reconstitutions, exclut « *les salariés qui ont été promus dans le cadre d'un changement de catégorie professionnelle (exemple ouvrier promu agent de maîtrise ou technicien promu cadre ...)* » et plafonne le repositionnement salarial sur la base d'un salaire moyen du groupe de référence, dans la limite de 10 % (art. 4.2) et sur une période maximum de 15 ans (art. 3.1 et 3.2).

---

<sup>12</sup> Crim. 26 mai 2009, no 08-87.874, Crim. 16 nov. 2016, no 16-82.377

39. Entre le 23 décembre 2004 et le 7 janvier 2005, des protocoles d'accord de fin de contentieux sont signés entre la X et six sociétés du groupe A. Ils prévoient des dommages et intérêts pour réparer le préjudice passé de 168 salariés, ainsi que le repositionnement de la rémunération des salariés mandatés ou élus en poste <sup>13</sup>.
40. Par courrier en date du 30 novembre 2005 adressé au directeur des ressources humaines de la A, la X dénonce le fait que les salariés ayant fait l'objet d'un rattrapage dans le cadre de l'accord du 9 juillet 2004 auraient été écartés des mesures d'augmentation annuelles.
41. À partir de l'année 2005, le rachat par la Société E de la A, entraîne la naissance de la société Y et la dénonciation des accords de groupe existants, dont l'accord du 16 janvier 2004 sur le développement du dialogue social.
42. Le 19 juillet 2006, un nouvel « *accord sur le développement du dialogue social dans le groupe F* » est signé. Il reprend dans son article 17 l'outil de suivi de l'évolution de carrière des salariés mandatés ou élus tel que prévu par l'accord du 16 janvier 2004, soit sur la base d'une comparaison du salaire moyen des salariés de la même catégorie professionnelle, d'âge et d'ancienneté comparables.
43. Le 30 janvier 2009, la société Y a signé un accord avec les organisations syndicales représentatives, dont la X. Son article 6.2 reprend les termes de l'article 17 de l'accord de groupe.
44. À compter du 4 avril 2011, un groupe de travail est mis en place pour améliorer l'outil de suivi de l'évolution de carrière des salariés mandatés ou élus, mais aucune précision ou nouvelle disposition n'est adoptée.
45. Le 12 janvier 2012, une note émanant du directeur des relations sociales du groupe F à l'attention des coordinateurs syndicaux, leur indique que l'article 17 de l'accord sur le développement du dialogue social est unilatéralement modifié pour faire évoluer le groupe de référence permettant de reconstituer les évolutions de carrière et de rémunération.
46. Il est alors prévu que, dorénavant, cette reconstitution se fasse selon une comparaison par catégorie professionnelle pour les non-cadres (ouvriers, employés, techniciens et agents de maîtrise) et par position pour les cadres (de I à III). La condition d'âge comparable est également étendue.
47. Au terme de son enquête décrite ci-après au titre V, par décision n°2019-109 du 13 mai 2019 communiquée aux parties, le Défenseur des droits a présenté ses observations au tribunal judiciaire de Z saisi du litige.
48. Le jugement rendu le 15 décembre 2020 a débouté l'organisation syndicale de ses demandes, en considérant que le principe de non-rétroactivité de la loi, et l'article 92 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, justifient que l'intégralité des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi soit écartée de son analyse.
49. Pour les faits postérieurs, le jugement considère que la période est « *visiblement trop courte pour permettre la prise en compte d'une pluralité d'échéances périodiques en termes d'augmentation de salaire ou d'avancement ou d'évolution de carrière* » des salariés.

---

<sup>13</sup> V. protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société B, 23 décembre 2004; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société W, 29 décembre 2004 ; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société C, 31 décembre 2004 ; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société V, 13 janvier 2005 ; protocole d'accord de fin de contentieux au sein de la société D, 7 janvier 2005 (Pièces X n°s P.G. 3.1 à 3.8).

50. L'organisation syndicale demanderesse a interjeté appel de ce jugement devant la cour d'appel de Z.

#### IV. ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS

51. **Enquête contradictoire.** Par un courrier en date du 13 février 2019, reçu le 15 février 2019, le Défenseur des droits a adressé à la société Y une note récapitulative et l'a invitée à formuler des observations en réponse. Cette note a pour objet de permettre à la société mise en cause d'apporter des justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne se prononce.
52. **Réponse de la société défenderesse.** En réponse, par un courrier en date du 12 mars 2019, la société Y a présenté au Défenseur des droits les conclusions qu'elle entendait produire devant le tribunal. La société Y confirme qu'elle « *conteste toute discrimination syndicale à l'encontre des représentants de la G* ».
53. La présente décision résulte ainsi de l'examen des conclusions et pièces des deux parties.

## V. ANALYSE JURIDIQUE

54. Après un rappel des textes et mécanismes juridiques applicables (1), il sera démontré que les accords de la société mise en cause ont un caractère discriminatoire (2). Dans le cadre de l'action groupe, la cour d'appel devra en tirer les conséquences pour faire cesser ce manquement et réparer les préjudices subis (3).

### 1. Droit applicable à la constatation du caractère discriminatoire des accords collectifs

55. Les sources internationales et internes de l'interdiction des discriminations liées aux activités syndicales (1.1.) donnent à cette interdiction un caractère d'ordre public absolu (1.2). Le juge doit contrôler la conformité des accords collectifs à ces normes (1.3) étant précisé qu'il existe, en la matière, plusieurs types de discrimination (1.4.) et un principe d'aménagement de la charge de la preuve (1.5.).

#### 1.1. Sources

56. **Droit des Nations Unies.** La liberté syndicale est un droit fondamental essentiel dans toute société démocratique. A ce titre, il est protégé par l'article 23 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, selon lequel « *toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* ». L'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels des Nations unies stipule également que les syndicats ont le droit d'exercer librement leur activité, sans aucune limitation.

57. L'Organisation internationale du travail (OIT) protège la liberté syndicale au titre des conventions n<sup>os</sup> 87 et 88. La convention n<sup>o</sup> 111 relative à l'interdiction des discriminations est présentée comme la condition d'existence et d'exercice de la liberté syndicale. Les conventions de l'OIT sont d'effet direct en droit français (v. notamment, Cass. soc., 13 février 2019, pourvois n<sup>os</sup> 18-17.042 et autres).

58. **Droit du Conseil de l'Europe.** Le Conseil de l'Europe garantit également la liberté syndicale et l'interdiction des discriminations dans son exercice au titre des articles 11 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

59. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle avec constance que l'interdiction de porter atteinte au droit fondamental qu'est la liberté syndicale implique que les Etats assurent, par leur législation, une « *protection claire et effective* » contre la discrimination syndicale (Cour EDH, 30 juillet 2009, req. n<sup>o</sup> 673336/01).

60. Par ailleurs, la Charte sociale européenne affirme, dans son article 28, qu'« *afin d'assurer l'exercice effectif du droit des représentants des travailleurs de remplir leurs fonctions de représentants, [ils doivent] bénéfici[er] dans l'entreprise d'une protection effective contre les actions qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs dans l'entreprise* ».

61. **Droit de l'Union européenne.** Dans le droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux garantit le respect de la liberté syndicale et de l'exercice des droits syndicaux dans son article 12. Elle affirme ensuite, à l'article 21, l'interdiction des discriminations dans ce domaine. La charte est d'application directe en droit interne (CIJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C 414/16).

62. La Cour de justice de l'Union européenne se fonde également sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour reconnaître à la liberté syndicale la valeur d'un principe général du droit communautaire (CJCE, 28 octobre 1975, aff. 36/75, §32 ; CJCE, 6 déc. 2007, aff. C-438/05 ; CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05).
63. **Constitution.** En droit interne, la liberté syndicale est proclamée par les 6<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> alinéas du Préambule de la Constitution de 1946. Ils affirment respectivement que « *tout Homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* » et que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».
64. **Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.** Pour s'assurer de l'effectivité de l'interdiction des discriminations et respecter les engagements internationaux de la France dans ce domaine, le législateur a adopté la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Non codifié, ce texte source définit les manifestations de la discrimination réprimées en droit français et fixe le régime juridique de cette prohibition <sup>14</sup>.
65. **Code du travail.** L'exercice de la liberté syndicale est aussi garanti par le code du travail. L'article L. 1132-1 de ce code pose en effet un principe de non-discrimination dans les relations professionnelles en vertu duquel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en raison de ses activités syndicales.
66. L'article L. 2141-5 du code du travail précise l'étendue de l'interdiction des discrimination 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.
67. Enfin, il convient de rappeler que les dispositions relatives au respect de la liberté syndicale figurent parmi les clauses obligatoires des conventions collectives susceptibles d'extension (article L. 2261-22 du code du travail).
68. **Code pénal.** L'importance de l'interdiction des discriminations syndicales est enfin signifiée par son insertion dans le code pénal, lequel a une valeur symbolique forte dès lors qu'il énonce les intérêts que l'Etat entend protéger. Or, ses articles 225-1 et 225-2 disposent qu'une discrimination est constituée par « *toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement [...] de leurs activités syndicales* ».
69. **Engagements des partenaires sociaux.** Il existe un engagement de longue date des partenaires sociaux pour proscrire les discriminations dans l'évolution de carrière et la progression salariale des représentants du personnel élus ou mandatés. Il a été rappelé par la position commune des partenaires sociaux sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, en date du 9 avril 2008. Ils insistent sur le fait que « *le principe de non-discrimination en raison de l'exercice de l'activité syndicale doit trouver sa traduction concrète dans le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales, de façon à ce que l'exercice normal de telles responsabilités ne pénalise pas l'évolution professionnelle des intéressés* <sup>15</sup>».

---

<sup>14</sup> Pièce DDD n° 31.

<sup>15</sup> La position commune du 9 avril 2008, signée par la CFDT et la G d'une part et le MEDEF et la CGPME d'autre part.

70. Cette déclaration s'est traduite par une garantie de non-discrimination salariale instaurée à l'article L. 2141-5-1 du code du travail par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. Il dispose qu'« *en l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant les garanties d'évolution de la rémunération des salariés [élus ou mandatés] au moins aussi favorables que celles mentionnées au présent article, ces salariés, lorsque le nombre d'heures de délégation dont ils disposent sur l'année dépasse 30 % de la durée de travail fixée dans leur contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement, bénéficient d'une évolution de rémunération au sens de l'article L. 3221-1, au moins égale, sur l'ensemble de la durée de leur mandat, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut, de tels salariés, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles* ».
71. **Accord de branche de la métallurgie.** L'accord de branche du 26 avril 2010 sur les voies et moyens du dialogue social dans la métallurgie, applicable en l'espèce, prévoit que « *l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale ne peuvent, en aucun cas, être pris en compte pour arrêter des décisions en matière notamment d'embauche, de formation, de rémunération et d'évolution de carrière* » (Titre V). Ainsi, les modalités de la conciliation de l'exercice du mandat et de la poursuite de l'activité professionnelle sont envisagées (art. 18).

## 1.2. Ordre public absolu

72. **Ordre public international et européen.** L'ordre public européen traduit une ambition collective minimum à l'échelle internationale et européenne visant à protéger un ensemble de droits fondamentaux<sup>16</sup>. L'interdiction des discriminations, parce qu'elle assure l'égalité de jouissance à tout individu de ces droits fondamentaux, dont la liberté syndicale, est une garantie essentielle pour l'effectivité de l'ordre public transnational (Cour EDH, 13 nov. 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n° 57325/00)<sup>17</sup>.

**Ordre public indérogable.** En droit interne, le respect de cette hiérarchie des normes est organisé par l'article 6 du code civil, selon lequel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». La prohibition des discriminations relève donc d'un ordre public absolu, non-supplétif de volonté. Il n'est donc pas possible de se soustraire à l'application de l'interdiction des discriminations par convention. Son effectivité s'en trouverait nécessairement altérée. Les juridictions le rappellent avec constance lorsqu'elles se fondent, pour condamner les discriminations syndicales, sur le « *caractère d'ordre public absolu des règles sur le droit syndical et la protection qui y est attachée* » (v. not. CA Caen, 21 déc. 2018, RG n° 16/04727<sup>18</sup> ; CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038<sup>19</sup>).

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

---

<sup>16</sup> V. C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, préf. F. SUDRE, Doc. fr., 2001.

<sup>17</sup> V. en ce sens, F. SUDRE, *L'ordre public européen*, in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 109, n° 19.

<sup>18</sup> Pièce DDD n° 14.

<sup>19</sup> Pièce DDD n° 15 : « Considérant que l'interdiction de la discrimination syndicale assure la protection du principe constitutionnel de la liberté syndicale, reconnu également en droit international et européen par la convention 87 de l'Organisation internationale du travail, les articles 11 de la convention européenne des droits de l'homme et 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

74. Il en résulte que les partenaires sociaux, lorsqu'ils négocient et concluent des accords collectifs, doivent veiller au caractère licite de leur contenu et de leurs effets. L'autonomie collective trouve une limite dans les lois d'ordre public auxquelles il est absolument interdit de déroger par accord collectif, peu important, par exception aux principes généraux, que celui-ci ait ou non œuvré dans un sens plus favorable aux salariés.
75. Le code du travail rappelle en effet à l'article L. 2251-1 que, si le législateur permet aux conventions et accords collectifs de déroger aux dispositions légales en vigueur, sans être nécessairement plus favorables aux salariés, ils ne sauraient, en toute hypothèse, déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.
76. Il est donc admis de longue date, par la Cour de cassation, qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou d'entraver pour les salariés l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti (Cass. soc., 7 juin 1995, pourvoi n° 93-42.789).
77. De même, constitue une discrimination la stipulation d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux qui limite pour ces seuls salariés la progression de rémunération dont ils peuvent bénéficier à la suite d'une promotion (Cass. soc., 24 sept. 2008, pourvoi n° 07-40.935 ; Cass. soc., 26 sept. 2012, pourvoi n° 07-40.935).
78. Par ailleurs, un employeur ne peut pas se prévaloir de l'« *effet globalement plus favorable* » d'un accord collectif par l'ensemble des salariés, dès lors que celui-ci a des conséquences discriminatoires à l'égard de certains (Cass. soc. 5 mai 2017, pourvoi n° 15-19.449 ; Cass. soc., 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-19.949 <sup>20</sup>).

### 1.3. Contrôle par le juge judiciaire de la conformité des accords collectifs

79. Le juge judiciaire contrôle la conformité des accords collectifs aux dispositions d'ordre public. Il est en effet le seul compétent pour apprécier *a posteriori* la légalité d'une convention collective, même étendue.
80. La Cour de justice renvoie régulièrement à cet office du juge qui doit écarter les stipulations des conventions collectives comportant des clauses discriminatoires ou ayant des effets discriminatoires. Elle insiste sur le fait que les accords collectifs conclus par les partenaires sociaux doivent respecter le principe de non-discrimination protégeant un droit fondamental visé par les conventions internationales et les principes généraux du droit, à l'instar des lois nationales des Etats membres (v. not., CJCE, 30 janvier 1985, Demark, 143/83 ; CJCE, 7 février 1992, Nimz, C-184/89 ; CJCE, 29 janvier 1993, Enderby, C 127/92 ; CJUE, 13 septembre 2011, Prigge, C-184/89 ; CJUE, 12 décembre 2013, Hay, C-447/09 <sup>21</sup>).
81. La Cour de cassation a ainsi rappelé qu'il revient au juge judiciaire d'exercer un contrôle de licéité sur les accords collectifs afin de vérifier qu'ils respectent les dispositions d'ordre public interdisant les discriminations (Cass. soc., 17 janvier 2018 <sup>22</sup>).
82. Il faut rappeler que les dispositions conventionnelles susceptibles de produire une discrimination interdite par la loi ne bénéficient pas d'une présomption de justification liée à leur signature par des organisations syndicales représentatives (Cass. soc., 17 janvier 2018,

---

<sup>20</sup> Pièce DDD n°s 16 et 17.

<sup>21</sup> Pièce DDD n° 18.

<sup>22</sup> Pièce DDD n° 17.

préc. <sup>23</sup>), contrairement à ce qui est admis en matière d'atteinte au principe de l'égalité de traitement. La discrimination se distingue de l'inégalité de traitement en ce qu'elle requiert l'existence d'un critère prohibé par la loi, en l'espèce, l'activité syndicale.

83. Enfin, la Cour de cassation a récemment précisé que, dans les domaines où le droit de l'Union est mis en œuvre, à l'instar du droit de la non-discrimination, il ne saurait y avoir de présomption générale de justification des différences de traitements opérée par voie de convention ou d'accords collectifs en ce que cela revient à le priver d'effet en faisant peser sur le demandeur la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité (Cass. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.1970).

#### 1.4. Différentes formes de discrimination

84. **Texte de référence.** Aux fins de définir la discrimination prohibée dans les relations professionnelles, le code du travail renvoie à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations <sup>24</sup>.

85. **Discrimination directe.** Aux termes de cette disposition, une discrimination directe est constituée lorsqu' « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* », notamment en raison de ses activités syndicales (al. 1<sup>er</sup>).

86. **Discrimination indirecte.** Une discrimination indirecte doit être qualifiée lorsque « *un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], un désavantage particulier pour les personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* » (al. 2).

87. **Discrimination par harcèlement.** De plus, il est précisé que « *la discrimination inclut : 1° tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant humiliant ou offensant* ».

88. **Discrimination systémique.** L'action de groupe, dans sa dimension collective oblige, à réfléchir autrement sur les qualifications de discrimination. Au-delà de chaque modalité de discrimination, il est nécessaire d'envisager l'hypothèse de leur cumul et de leur multiplication lorsque l'analyse porte sur la situation d'un groupe déterminé, soumis à une suite de diverses différences de traitement du fait d'un seul critère prohibé, comme les activités syndicales, au sein d'un collectif de travail.

89. C'est ainsi que la notion de discrimination systémique émerge en droit français à la faveur de l'action collective susceptible de la qualifier. Sa reconnaissance par les juges était souhaitée dans les travaux préparatoires de l'action de groupe <sup>25</sup>.

90. Madame PECAUT-RIVOLIER, conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation, a en effet défini la discrimination systémique à cette occasion comme une « *discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non,*

---

<sup>23</sup> Pièce DDD n° 17.

<sup>24</sup> Pièce DDD n° 31.

<sup>25</sup> V. L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail*, rapport au Ministère de la justice, 2013, p. 27 et s. (Pièce DDD n° 32).



*neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre ... ». Elle soulignait que « cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux, la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories, la sous-évaluation de certains emplois, la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. A fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories »<sup>26</sup>.*

91. L'apport de la qualification de discrimination systémique est de permettre l'appréhension du jeu préjudiciable des stéréotypes dans un collectif de travail et plus encore une dynamique discriminatoire à l'œuvre dans son intégralité. Elle saisit les problématiques qui en sont à l'origine et qui ne pourraient être identifiées par le traitement des situations individuelles.
92. L'intérêt de cette qualification est donc de permettre de caractériser un cumul de discriminations, à la fois directes et indirectes envers un groupe stigmatisé, c'est-à-dire de comportements visant à exclure ou à défavoriser de manière volontaire ou non, mais perpétuant des stéréotypes ancrés et qui sont le fruit de préjugés inconscients.
93. De plus, le phénomène de reproduction d'inégalités ainsi identifié dérive parfois de discriminations directes en discriminations indirectes et prend ensuite des formes plus dissimulées qu'il convient également de proscrire<sup>27</sup>. Ce sont notamment « *des échanges brefs et quotidiens qui envoient des messages dénigrants à certaines personnes en raison de leur appartenance à un groupe* »<sup>28</sup>.
94. C'est ainsi la somme des actes envers le groupe discriminé qui va conduire à la reconnaissance de la discrimination systémique : l'effet cumulatif qui crée un climat d'exclusion et de discrimination. La qualification de discrimination systémique permet de débusquer des discriminations banalisées et de remettre en cause la pratique qui les génère<sup>29</sup>.
95. La stigmatisation d'un groupe cible relève bien souvent d'un système organisationnel notamment au sein des entreprises, et dans certains secteurs d'activité dits hautement concurrentiels, exigeant de leurs salariés disponibilité accrue et forte mobilité. Les critères de sélection ou de promotion des salariés tels que la disponibilité, la réactivité, la mobilité et la rentabilité peuvent avoir pour effet d'exclure toute une catégorie d'individus en raison d'un contexte susceptible de réduire leur performance eu égard à ces critères.
96. Il en est particulièrement ainsi des salariés élus ou mandatés qui, en raison du temps de délégation qu'ils consacrent à la représentation du reste du personnel, subissent des représentations négatives du fait de leur engagement. Il leur est notamment fait grief de leur manque de disponibilité<sup>30</sup>.
97. **Diversité des manifestations de la discrimination prohibée.** La discrimination est censurée dans ses manifestations les plus diverses. Lorsqu'elle est motivée par l'exercice des activités syndicales, les salariés qui la subissent sont confrontés à diverses mesures défavorables, qui peuvent être injustifiées ou disproportionnées, et prennent la forme d'une absence ou d'un

---

<sup>26</sup> L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail, id.*, p. 27 et 28 (Pièce DDD n° 32).

<sup>27</sup> V. M. MERCAT-BRUNS, La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?, *Revue des droits de l'Homme*, 14/2018

<sup>28</sup> D. WING SUE, *Racial micro agressions in everyday life*, 2007.

<sup>29</sup> M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, 2016, p 153.

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

ralentissement des promotions et des augmentations salariales, de dénigrement, de mises à l'écart, de notification de sanctions arbitraires, etc.<sup>31</sup>.

98. Il convient de préciser que, pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, les décisions de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié, sans revêtir nécessairement la forme d'une sanction, peuvent constituer, si elles sont infondées, une mesure discriminatoire et revêtir le caractère d'une sanction au sens de l'article 225-2 3° du code pénal (Cass. crim., 28 avr. 2009, Bull. crim. n° 79).

### 1.5. Principe d'aménagement de la charge de la preuve, y compris en cas d'action de groupe

99. **Fondements.** La loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, puis l'article 4 de la loi du 27 mai 2008, codifié à l'article L. 1134-1 du code du travail, posent un principe spécial d'aménagement de la charge de la preuve en matière de 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.

100. Depuis 1997, la Cour de cassation juge en effet « *qu'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat* »<sup>32</sup>.

101. L'aménagement de la charge de la preuve est issu du droit de l'Union européenne. La Cour de justice explique en effet de longue date que « *la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations* »<sup>33</sup>. Désormais, l'ensemble des directives européennes de lutte contre les discriminations consacrent ce principe d'aménagement de la charge de la preuve<sup>34</sup>.

102. De même, la Cour européenne des droits de l'homme transfère la charge de la preuve au défendeur en faisant peser sur lui une présomption d'intention discriminatoire lorsque le requérant présente « *un certain nombre d'arguments sérieux* »<sup>35</sup> laissant présumer la

<sup>31</sup> V. Rapports annuels du Défenseur des droits ; Rapport CESE, Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales, préc.

<sup>32</sup> Cass. soc., 12 févr. 1997, Bull. civ. V, n° 58. V. égal. Cass. soc., 23 nov. 1999, *Sellier*, Bull. civ. V, n° 447 ; Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 126 ;

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

<sup>34</sup> Sur les cinq directives à l'origine du droit de l'Union européenne et du droit interne de la non-discrimination dans sa forme actuelle, v. art. 8, directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, JOCE, L 180, 19 juill. 2000. 22 ; art. 10, directive n° 2000/78/CE, du 27 nov. 2000, *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, JOCE, L 303, 2 déc. 2000. 16 ; art. 9, directive n° 2004/113/CE du 13 déc. 2004, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services*, JOCE, L 373, 21 déc. 2004. 37 ; art. 19, para. 1., dir. refonte n° 2006/54/CE, du 5 juill. 2006, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail*, JOCE L 204, 26 juill. 2006. 23.

<sup>35</sup> Cour EDH, 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, req. no 41488/98, point 94.

discrimination « *au-delà de tout doute raisonnable* <sup>36</sup> ». Pour la Cour de Strasbourg, la preuve de la discrimination doit donc résulter « *d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutés, suffisamment graves, précis et concordants* <sup>37</sup> ».

103. **Justification.** Cette répartition du fardeau probatoire s'explique par la situation d'isolement dans laquelle se trouve une personne qui allègue une discrimination pour la démontrer. De fait, il existe une difficulté inhérente à toute preuve de discrimination dans la mesure où elles sont rarement assumées par leur auteur et prospèrent sur une volonté non-verbale, insidieuse, d'écarter, voire de pénaliser la personne perçue comme différente au sein du collectif de travail. Or, l'employeur seul détient la grande majorité des éléments susceptibles d'établir la différence de traitement dont un salarié peut s'estimer victime.
104. En l'espèce, l'absence de production de certaines pièces par la société Y est au cœur des débats.
105. **Application à l'action de groupe.** L'aménagement de la charge de la preuve s'applique au contentieux civil des discriminations, par application du droit de l'Union européenne, qui ne distingue pas selon le juge saisi (que ce soit le conseil de prud'hommes ou une autre juridiction civile), ou selon le type d'action (individuelle ou de groupe).
106. L'article L. 1134-7 du code du travail, relatif à l'action de groupe, dispose d'ailleurs que les syndicats représentatifs peuvent agir « *afin d'établir que [...] plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif figurant parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 [dont l'exercice des activités syndicales] et imputable à un même employeur* ».
107. Il résulte donc de la lettre du texte que l'action de groupe a pour but de « faire établir » l'existence d'une discrimination. Ce choix sémantique du législateur indique que la preuve de la discrimination est le produit d'ensemble de l'action et n'incombe pas uniquement au demandeur.
108. Cette exclusion du principe probatoire général de l'article 1353 du code civil, selon lequel la charge probatoire pèse sur le demandeur, au profit de la règle spéciale d'aménagement en matière de lutte contre les discriminations a des conséquences sur l'office du juge dans ce domaine.
109. **Mise en œuvre – office du juge.** Il est en effet constant que « *si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier, en présence d'une discrimination syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée* » car « *la preuve de la discrimination n'incomb[e] pas au salarié* » (Cass. soc., 12 févr. 1997, *Bull. civ. V*, n° 58 <sup>38</sup>).
110. **Dans cette perspective, la Cour de cassation demande aux juges du fond de prendre en considération les éléments de fait présentés par le demandeur dans leur globalité et non de les analyser séparément** (Cass. soc., 29 juin 2011, *Bull. civ. V*, n° 166 ; Cass. soc., 6 oct. 2015, pourvoi n° 14-18.406 <sup>39</sup>).

---

<sup>36</sup> Cour EDH, 6 juill. 2005, *Natchova e.a. c. Bulgarie*, req. nos 43577/98 et 43579/98, point 166. V. également Cour EDH, 27 janv. 2015, *Cioran c. Roumanie*, req. nos 29414/09 et 44841/09. – Cour EDH, 17 févr. 2015, *Ion Balasoiu c. Roumanie*, req. n° 70555/10.

<sup>37</sup> V. Cour EDH, 6 juill. 2005, *Natchova e.a. c. Bulgarie*, id.

<sup>38</sup> Pièce DDD n° 36.

<sup>39</sup> Pièce DDD n° 37.

111. Elle contrôle la qualification des faits permettant de présumer une discrimination (V. Cass. soc. 26 avr. 2017, pourvoi n° 14-29.089 <sup>40</sup>).
112. La Cour de cassation rappelle régulièrement que, lorsqu'une discrimination dans l'évolution de carrière et/ou la progression salariale est discutée, le juge doit vérifier la pertinence des panels de comparaison produits par les parties (Cass. soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.694 <sup>41</sup>) et ce, en tenant compte des critères jurisprudentiels objectifs tels qu'arrêtés par la Cour de cassation et les juges du fond (Cass. soc., 5 déc. 2018, pourvoi n° 16-28.745 <sup>42</sup>) <sup>43</sup>.
113. Ainsi, les débats dans les prétoires des juges du fond saisis d'actions en discrimination dans l'évolution de carrière et la progression salariale portent nécessairement sur la pertinence des éléments de preuves et non sur leur seule allégation.
114. Pour les guider, la Cour de cassation explique au fil de sa jurisprudence que, pour déterminer l'existence d'une différence de traitement en matière de classification et de rémunération et, le cas échéant, sa motivation par un critère de discrimination illicite, il convient de procéder à une comparaison.
115. En effet, il est nécessaire de comparer la situation du salarié qui allègue une différence de traitement avec celle des salariés placés dans une situation comparable, c'est-à-dire avec des salariés de la même entreprise, voire du même établissement, embauchés à des niveaux de qualification et sur un emploi similaire à une date proche (voir, notamment, Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n°s 12-24.175 et s. ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362 <sup>44</sup>)
116. S'il apparaît qu'aucun élément objectif ne peut justifier la différence de traitement constatée, tandis que celui qui la subit présente une caractéristique personnelle particulière, telle que l'exercice d'activités syndicales, ce traitement défavorable doit être présumé discriminatoire en application de l'article L. 1134-1 du code du travail (voir, notamment, Cass. soc., 22 octobre 2014, préc.).
117. En l'espèce, la comparabilité des situations est l'un des enjeux de la démonstration de la discrimination syndicale dénoncée au sein de la société Y.
118. **Application du principe d'aménagement de la charge de la preuve à l'espèce.** Le tribunal judiciaire a affirmé que la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle aurait « adouci » la charge de la preuve pour les demandeurs, en introduisant l'aménagement de la charge de la preuve. Selon le jugement : *« Il est donc d'autant plus cohérent que cet adoucissement du droit de la preuve ait eu pour corollaire de fixer expressément le début de prise en considération possible de l'ensemble des éléments probatoires nécessaires à l'exercice de cette nouvelle action de groupe à compter de la seule date de publication de cette loi, sans aucun décrochage avec les dispositions préexistantes et similaires de l'article 2 du code civil sur le principe général de non-rétroactivité de la loi. »*
119. D'une part, pour le Défenseur des droits, ce n'est pas parce qu'une loi serait plus clémentine sur un aspect procédural (la charge de la preuve) qu'elle devrait être interprétée plus strictement sur un autre (l'application dans le temps). D'autre part, l'action de groupe n'a pas

---

<sup>40</sup> Pièce DDD n° 38.

<sup>41</sup> Pièce DDD n° 39.

<sup>42</sup> Pièce DDD n° 40.

<sup>43</sup> Sur la définition jurisprudentielle du panel de comparaison et la fixation des éléments objectifs devant le composer, v. *supra* 2.2. et s.

<sup>44</sup> V. égal., Cass. soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-46.419 ; Cass. soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-12.295.

modifié la charge de la preuve en matière de discrimination : son aménagement en matière civile résulte de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, et de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 transposant les directives européennes en matière de discrimination. La loi ayant institué l'action de groupe est une loi de procédure. Son objet est d'étendre le champ d'application de l'action de groupe aux discriminations. Elle ne s'intéresse pas à la preuve et n'a donc pas vocation à en bouleverser l'administration.

120. Conformément au principe d'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination, applicable à l'action de groupe, il revient au syndicat demandeur de présenter des faits qui permettent de présumer l'existence d'une ou plusieurs discriminations. Les cas individuels dont il se prévaut illustrent une situation de discrimination collective. Les intéressés ne sont pas parties à la procédure. La preuve requise est donc la preuve d'une discrimination systémique. Elle répond à une logique d'ensemble, ce qui implique de la part de la X la constitution d'un faisceau d'indices laissant présumer le traitement défavorable et arbitraire d'un ensemble de victimes se trouvant dans une situation similaire à celle des salariés cités en exemple.
121. Ce sont des indices que le juge se doit ensuite d'évaluer pour apprécier s'ils ont un caractère suffisant pour exiger de l'employeur défendeur qu'il les justifie par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.
122. L'application du cadre juridique ainsi exposé aux accords collectifs appliqués au sein de la société défenderesse conduit le Défenseur des droits à considérer qu'ils constituent une discrimination à l'égard des salariés ayant des activités syndicales.

## **2. Caractère discriminatoire des accords collectifs appliqués au sein de la société Y**

123. Après avoir exposé le contenu des stipulations contestées des accords (2.1.), les conditions posées par la jurisprudence pour la pertinence des panels de comparaison seront rappelées (2.2.)., il sera montré que les accords contreviennent à ces conditions, et présentent donc un caractère discriminatoire, pouvant être qualifié de systémique (2.3).

### **2.1. Contenu des accords**

124. Le Défenseur des droits rappelle que l'accord du groupe F sur le développement du dialogue social en date du 19 juillet 2006, détermine le cadre « *de l'évolution salariale et [des] audit[s] de positionnement professionnel des élus et mandatés* <sup>45</sup> ».
125. L'article 17 stipule en effet : « *avant les décisions concernant les mesures salariales de l'année en cours, la direction met à disposition de chaque organisation syndicale un document retraçant l'évolution du positionnement salarial individuel de ses élus et mandatés sur les 3 dernières années. Ce positionnement est établi par une comparaison au salaire moyen des salariés de la même catégorie professionnelle (cadres, employés, techniciens, agents de maîtrise, ouvriers), d'âge et d'ancienneté comparables. D'autres éléments peuvent être pris en considération, parmi lesquels le niveau de formation. Cette analyse comporte un bilan du nombre d'entretiens individuels réalisés et du suivi des formations retenues lors de ces entretiens.*  
*Elle ne doit pas conduire à communiquer les salaires individuels. Par conséquent, pour toute catégorie professionnelle inférieure à 10 salariés, cette comparaison ne sera pas mise à disposition.*

---

<sup>45</sup> Art. 17, Accord du groupe F sur le développement du dialogue social, 19 juillet 2016 (Pièce DDD n° 19).

*La direction et l'organisation syndicale établissent un constat partagé sur l'évolution salariale du salarié mandaté sur cette période en tenant compte de l'appréciation portée par la hiérarchie. [...].*

*Chaque société définit avec les partenaires sociaux les modalités de mise en œuvre de ces principes ».*

126. Cette stipulation a été unilatéralement modifiée le 12 janvier 2012, par l'intermédiaire d'une note émanant du directeur des relations sociales du groupe F à l'attention des coordinateurs syndicaux. Un « *descriptif de la méthodologie pour la gestion de l'évolution de carrière des élus ou mandatés* » est annexé <sup>46</sup>.

127. Au titre des « *modalités de la comparaison* » et spécifiquement de sa composition, il est indiqué :

*« La comparaison doit contenir au moins 10 salariés pour être effectuée :*

- *par catégorie professionnelle pour les non-cadres (O/E/T/AM) ;*
- *par position* pour les cadres ;

*en ne prenant en compte que les salariés ayant un âge comparable (+ ou- 5 ans) à celui de l'élu mandaté.*

*A défaut d'un panel de comparaison valable (au moins 10 salariés) avec la condition précédente, la condition d'âge comparable sera étendue à + ou - 7 ans.*

*A nouveau, à défaut d'un panel de comparaison valable (au moins 10 salariés) avec la condition précédente, la condition d'âge sera alors exclue ».*

128. Toujours, dans les « *modalités de la comparaison* », le descriptif méthodologique précise « *la référence salariale du panel de comparaison* ». Il prévoit à ce titre que :

*« Le salaire de base brut moyen pour le panel de décembre à l'exclusion de :*

- *Toutes les autres prises (fonction, commandement, travail de nuit, en équipes ...)*
- *Heures supplémentaires*
- *Primes d'ancienneté, etc. ... ».*

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

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

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

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

---

<sup>46</sup> Groupe F, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

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

130. Ainsi définis, les critères adoptés par le groupe F et repris par l'accord d'entreprise de la filiale Y pour établir un panel de comparaison ne correspondent pas à ceux fixés par la jurisprudence pour garantir un examen objectif et précis de la situation professionnelle et salariale des représentants du personnel.

## **2.2. Conditions jurisprudentielles de validité des panels de comparaison et méthode de triangulation**

131. La Cour de cassation impose aux juges du fond de contrôler la pertinence des panels de comparaison qui leur sont soumis à l'appui d'une allégation de discrimination affectant l'évolution de carrière. Elle a donc identifié des conditions objectives pour la réalisation d'un panel de comparaison pertinent, c'est-à-dire permettant une reconstitution fidèle d'un parcours professionnel ordinaire.

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

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

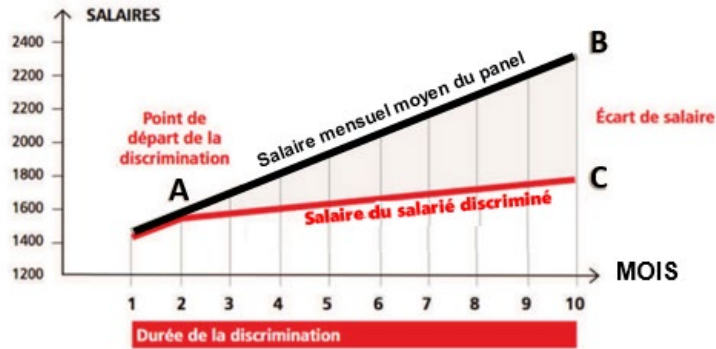
133. Arrêtés par la chambre sociale de la Cour de cassation, ces critères *minimum* pour la réalisation d'un panel de comparaison précis (Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 ; Cass. soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-46.419 ; Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n°s 12-24.175 et autres ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362 ; Cass. soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-12.295 ; Cass. soc., 7 novembre 2018, pourvoi n° 16-20.759 <sup>47</sup>), ont également été consacrés par la chambre criminelle qui requiert des preuves très objectives (v. not. Cass. crim, 9 novembre 2004, n° 04-81.397 <sup>48</sup>).

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

---

<sup>47</sup> Respectivement, pièces DDD n°s 22 à 27.

<sup>48</sup> Pièce DDD n° 28.



135. **Applications par les juges du fond.** L'ensemble des juridictions du fond se réfèrent aux critères jurisprudentiels de constitution des panels et à la méthode de triangulation pour identifier un retard de progression professionnelle et/ou salariale en raison des activités syndicales <sup>49</sup>. La société Y ne peut donc soutenir que la X réclame à la juridiction saisie la reconnaissance d'une « obligation de conclure un accord collectif entérinant "sa" méthode de comparaison <sup>50</sup> ».
136. S'il est vrai que cette méthode a été mise en place par un de ses adhérents, Monsieur François Clerc, qui l'a diffusée au sein de la G <sup>51</sup>, elle est entérinée par la Cour de cassation <sup>52</sup> et les juridictions du fond qui n'hésitent pas à s'y référer pour rejeter les allégations de discriminations syndicales qui ne seraient pas assez étayées sur son fondement <sup>53</sup> ou les écarter en validant les panels des employeurs qui lui correspondent <sup>54</sup>.

<sup>49</sup>

V. not.,

CA Agen, 14 août 2018, RG n° 17/00097

CA Aix en Provence 10 février 2009, RG n° 07/10799 et 07/11520 (2 arrêts)

CA Aix-en-Provence, 28 avril 2017, RG n° 14/17102

CA Amiens, 31 janvier 2018, RG n° 16/03206

CA Angers, 31 janvier 2017, RG n° 14/02042

CA Besançon, 15 janvier 2019, RG n° 17/02448

CA Caen, 2 février 2018, RG n° 16/02344

CA Colmar, 28 janvier 2016, RG n° 14/01392

CA Douai, 31 mars 2017, RG n° 999/17

CA Lyon, 16 mars 2018, RG n° 16/00170

CA Nancy, 2 décembre 2016, RG n° 14/00826

CA Nîmes, 5 juillet 2016, RG n° 15/04705

CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038

CA Paris, 10 janvier 2019, RG n° 18/01710

CA Paris, 15 juin 2016, RG n° 15/01366

CA Paris, 18 mai 2017, RG n° 18 mai 2017

CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/00722

CA Paris, 26 septembre 2018, RG n° 14/14483

CA Paris, 27 juin 2018, RG n° 16/05360

CA Paris, 28 mars 2018, RG n° 14/13240

CA Paris, 4 mars 2016, RG n° 12/10491

CA Paris, 4 octobre 2016, RG n° 14/14360, 14/14365, 14/14366, 14/14368 (4 arrêts)

CA Poitiers, 21 mars 2018, RG n° 16/02290

CA Rennes, 1<sup>er</sup> mars 2017, RG n° 13/07560

CA Toulouse, 1<sup>er</sup> avril 2016, RG n° 12/04429

CA Toulouse, 8 juillet 2016, RG n° 10/06109 et 13/06109 (2 arrêts)

CA Versailles, 21 juin 2016, RG n° 14/03226 et 08/06104, 08/06106, 08/06130, 08/06192, 08/06194 (6 arrêts)

<sup>50</sup>

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

<sup>51</sup>

V. Agir contre la discrimination syndicale. Le droit en pratique, Dr. ouvr., avr. 2005 ; Discrimination syndicale. La stratégie de la G, Sem. soc. Lamy, 15 nov. 2004 ;

<sup>52</sup>

Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 ; Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n° 12-24.175 et s. ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362.

<sup>53</sup>

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

<sup>54</sup>

V. not., CA Paris, 24 janvier 2019, RG n° 15/03318.



137. De plus, cette méthode est reprise par l'ensemble des syndicats français. La H<sup>55</sup>, la I<sup>56</sup>, la J<sup>57</sup>, le K<sup>58</sup> et des syndicats indépendants<sup>59</sup> s'en emparent pour établir la discrimination subie par leurs salariés élus et mandatés.
138. De nombreuses entreprises se prévalent aussi de la méthode de triangulation pour apprécier les évolutions de carrières de leurs représentants syndicaux et identifier des situations de discrimination à réparer<sup>60</sup>.
139. La méthode de triangulation est également utilisée par les parties, et validée par les juges, dans d'autres contentieux que la discrimination syndicale, comme celui des discriminations fondées sur l'origine<sup>61</sup>, le handicap<sup>62</sup>, le sexe<sup>63</sup> ou encore l'état de grossesse et le bénéfice de congés parentaux<sup>64</sup>.
140. Enfin, le Défenseur des droits en fait usage pour apprécier l'existence de discriminations dans l'évolution de carrière en raison des activités syndicales<sup>65</sup>, mais aussi lorsque ce type de discrimination est fondé sur un autre critère comme le sexe<sup>66</sup> ou l'origine<sup>67</sup>.

### 2.3. Non-conformité des accords avec les exigences jurisprudentielles

141. En considération des critères jurisprudentiels ci-dessus rappelés, le Défenseur des droits observe que l'outil de suivi des carrières prévu par l'accord de groupe du 19 juillet 2006 et l'accord d'entreprise du 30 janvier 2009, ne permet pas d'identifier l'ampleur des blocages ou ralentissements dans l'évolution de carrière des salariés élus et mandatés, à plusieurs égards.

#### 2.3.1. Un panel de salariés comparants qui ne prend pas en compte les dates d'embauche et de mandat

142. Pour reconstituer *a posteriori* une évolution de carrière, la jurisprudence de la Cour de cassation se réfère aux conditions d'embauche, en sélectionnant des salariés comparants « *recrutés à la même période, au même niveau de qualification et à des postes de même niveau* »<sup>68</sup>.
143. En choisissant d'analyser l'évolution de carrière d'un représentant du personnel uniquement sur 3 années de façon rétroactive, la société Y réalise des panels de comparaison conventionnels qui évincent les comparants embauchés dans les mêmes conditions que celui

<sup>55</sup> V. not., CA Poitiers, 21 mars 2018, RG n° 16/02290 ; CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/00722 ; CA Amiens, 31 janvier 2018, RG n° 16/03206 ; CA Colmar, 28 janvier 2016, RG n° 14/01392 ; CA Paris, 22 mars 2017, RG n° 14/05653 ; CA Toulouse, 1<sup>er</sup> avril 2016, RG n° 12/04429 ; CA Nîmes, 5 juillet 2016, RG n° 15/04705.

<sup>56</sup> V. not., CA Paris, 28 mars 2018, RG n° 14/13240.

<sup>57</sup> V. not., CA Paris, 4 mars 2016, RG n° 12/044291.

<sup>58</sup> V. not., CA Paris, 10 janvier 2019, RG n° 18/01710.

<sup>59</sup> V. not., CA Paris, 27 juin 2018, RG n° 16/05360 ; CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038.

<sup>60</sup> V. notamment les accords sur le dialogue social applicables au sein des groupes PSA (2009), DCNS (2012), GRDF (2014) et Solvay France (2016 et 2017). *Adde* Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc., p. 65.

<sup>61</sup> CPH Bobigny, 23 mai 2017, RG n° 14/03308 ; CPH Calais, 24 janvier 2014, RG n° 13/00288.

<sup>62</sup> V. not., CA Douai, 29 juin 2018, RG n° 15/04404.

<sup>63</sup> V. not. CA Paris, 15 février 2017, RG n° 15/09060.

<sup>64</sup> V. not., CA Paris, 1<sup>er</sup> avril 2015, RG n° 14/00903.

<sup>65</sup> V. not. ; par ex. DDD, déc. n°2017-179 du 26 janvier 2017 ; DDD, déc. n° 2013-241 du 12 déc. 2013 ; DDD, déc. n° 2012-156 du 20 novembre 2012 ; DDD, déc. n° 2012-20, du 20 février 2012.

<sup>66</sup> V. not. DDD déc. n° 2015-116 du 13 mai 2015 ; DDD déc. n° 2012-49 du 24 mai 2012.

<sup>67</sup> V. not., DDD n° 2015-269 du 17 novembre 2015 ; DDD, déc. n° 2012-49 du 24 mai 2012

<sup>68</sup> V. not., Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 ; Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n°s 12-24.175 et s. ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362 .

ou celle qui allègue être victime de discrimination, alors même que c'est vis-à-vis d'eux qu'il est possible d'apprécier des conditions de progression professionnelle ordinaire. Il s'agit en effet de considérer l'avancée de ceux qui avaient les mêmes chances de départ que l'intéressé, en considération des qualifications et du poste occupé. Une date d'entrée proche dans les effectifs, selon une variable de 1 à 3 ans maximum, permet ensuite de considérer que tous ont eu les mêmes opportunités de promotion ou de formation.

144. Il n'y a donc pas lieu d'exclure de la comparaison, comme le font *de facto* les stipulations litigieuses en se référant à des comparants relevant du même statut, les salariés qui ont « *connu une progression particulière ou qui ont changé de statut ou de positionnement au cours de leur carrière*<sup>69</sup> ».
145. Au contraire, l'exclusion des salariés embauchés dans les mêmes conditions d'emploi et de qualification à une date similaire à celui dont la situation est évaluée, souligne le fait que le panel conventionnel, du fait de sa rétroactivité limitée, est inapproprié pour apprécier l'impact de l'engagement syndical sur la carrière d'un salarié et s'il a neutralisé son évolution de carrière, et ce *a fortiori* s'il a débuté avant la période de trois ans analysée.
146. Pour les juges du fond, il est au contraire acquis que « *le panel de comparaison doit être réalisé à partir de salariés embauchés au même niveau et sensiblement à la même époque que [celui qui s'estime victime d'une discrimination et] avec un niveau de formation comparable* », de sorte que « *ne peuvent être retirés du panel représentatif des salariés ayant connu une progression particulière ou qui ont changé de statut ou de positionnement au cours de leur carrière* » (CA Lyon, 10 janvier 2014, RG n° 13/03119 ; CA Lyon, 16 mars 2018, RG n° 16/00170).
147. De plus, et c'est fondamental, l'appréciation rétroactive sur trois ans de l'évolution de carrière ne prend pas en considération la date du premier mandat, soit la date à laquelle l'employeur a incontestablement eu connaissance des activités syndicales de l'intéressé. Pour qualifier une discrimination, il est nécessaire d'identifier si l'engagement syndical est ce qui motive la différence de traitement dans l'évolution de carrière et de rémunération dénoncée. Ainsi, sauf à rechercher une rupture d'égalité de traitement entre salariés, sans référence au critère prohibé des activités syndicales, il est indispensable de se référer au premier mandat. L'ignorer revient à limiter l'identification de la discrimination sur une période de trois ans. L'incidence de l'éventuel engagement syndical antérieur d'un salarié n'est alors pas considérée.
148. Ces insuffisances du panel de comparaison conventionnel ont déjà été signifiées au groupe F par la Cour d'appel de Pau, le 15 mars 2018, constatant une situation de discrimination syndicale dans l'évolution de carrière au sein d'une autre filiale, la société U<sup>70</sup>. Elle lui rappelait que « *le contrôle de l'existence d'une différence de traitement en cours de carrière est différent de celui visant à faire respecter la règle "à travail égal, salaire égal". En effet l'application de cette règle nécessite de se placer à un moment donné et de comparer les salaires de personnes exerçant les mêmes fonctions dans un même service. En revanche, l'existence d'une éventuelle discrimination lors de l'évolution de la carrière nécessite de comparer la situation des salariés embauchés à la même époque, à un niveau professionnel comparable*

---

<sup>69</sup> V. en ce sens, CA Lyon, 16 mars 2018, RG n° 16/00170 : « attendu que pour mettre en évidence une discrimination subie par un salarié dans l'évolution de sa carrière et celle de sa rémunération, une comparaison de la situation de l'intéressé doit être opérée avec celle d'autres salariés placés dans une situation comparable ; Qu'ainsi s'agissant d'une demande portant sur une discrimination en matière d'évolution professionnelle et de rémunération, il appartient au juge de se prononcer sur la base d'un panel de comparaison qui doit être réalisé à partir de salariés embauchés au même niveau et sensiblement à la même époque que le salarié qui invoque la discrimination ; Que les salariés ayant connu une progression particulière ou qui ont changé de statut ou de positionnement au cours de leur carrière ne peuvent pas être retirés du panel représentatif ».

<sup>70</sup> CA PAU, 15 mars 2018, U c. Alain G., RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

depuis la date d'apparition de la situation susceptible de discrimination (point initial de comparaison)<sup>71</sup> ».

### 2.3.2. Un panel de salariés comparants qui ne prend pas en compte les fonctions exercées, l'ancienneté, la formation et les diplômes

149. Dans les accords de groupe et d'entreprise de la société Y, la comparaison se fait, d'une part au titre de la catégorie professionnelle pour les non-cadres et, d'autre part selon un écart d'âge de 5 ans, de 7 ans, voire sans une quelconque référence à l'âge<sup>72</sup>.
150. S'agissant d'abord de la référence à la catégorie professionnelle, c'est-à-dire à la qualité d'employé, de technicien, d'agent de maîtrise ou d'ouvrier, le Défenseur des droits relève qu'elle est trop large pour permettre une juste appréhension des compétences du salarié dans une fonction donnée. C'est pourtant bien celles-ci qui déterminent ses opportunités d'évolution de carrière, notamment quant à son positionnement au sein d'une catégorie professionnelle et aux missions qui peuvent lui être confiées.
151. C'est la raison pour laquelle les cours d'appel estiment que « *la comparaison concernant le déroulement de carrière doit être faite avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplômes et de qualification à une date voisine, dès lors que la possession de diplômes sanctionne des connaissances et des compétences acquises au cours d'études secondaires, utiles à l'exercice des fonctions occupées* » (CA Versailles, 18 avril 2013, RG n° 11/02096). Elles expliquent ainsi que « *le panel de comparaison est pertinent [lorsque] les salariés qui y ont été intégrés se trouvent dans une situation comparable caractérisée par des fonctions identiques ou proches reposant sur les mêmes formations et savoir-faire et une ancienneté similaire permettant des mises en parallèle significatives de leurs carrières respectives* » (CA Colmar, 13 septembre 2012, RG n°s 10/01984 et s. – 5 arrêts<sup>73</sup>).
152. En l'espèce, l'amplitude du panel de comparaison conventionnel fondée sur la catégorie professionnelle a été améliorée par la direction des relations sociales du groupe F dans sa note du 12 janvier 2012, pour les seuls cadres, dont la situation est depuis appréciée selon leur position. L'imprécision de la comparaison demeure pour les non-cadres, soit pour la majorité des représentants du personnel.
153. S'agissant ensuite de l'écart d'âge entre les comparants, il apparaît qu'il accroît le manque de pertinence du panel conventionnel en entretenant une confusion entre l'âge et l'ancienneté des comparants qu'ils amalgament. Seule l'ancienneté est un critère de comparaison pertinent en ce qu'elle peut expliquer objectivement une différence de traitement procédant d'une valorisation distincte de l'expérience professionnelle acquise au sein de l'entreprise<sup>74</sup>.
154. Or, sélectionner des référents ayant un écart d'âge de 5 à 7 ans au moment de la comparaison rétroactive sur 3 ans, comme l'indique le descriptif de la méthodologie pour la gestion de l'évolution de carrière des élus ou mandatés<sup>75</sup>, n'est pas un gage d'une ancienneté comparable et d'une valorisation similaire de l'expérience professionnelle au sein de l'entreprise. Elle n'est donc pas pertinente.

<sup>71</sup> CA PAU, 15 mars 2018, *id.*, RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

<sup>72</sup> V. *supra* n°s 96 et s. ; Groupe F, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

<sup>73</sup> V. égal. CA Toulouse, 8 juillet 2016, RG n° 10/06109 : « le panel de comparaison doit prendre en compte des salariés dont les données telles que l'environnement professionnel, l'ancienneté, la formation ou le degré de technicité dans l'exécution de la tâche sont similaires à celles du salarié invoquant la discrimination ».

<sup>74</sup> V. Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2009, pourvoi n° 07-45.376, inédit.

<sup>75</sup> V. *supra* n°s 101 et s. ; Groupe F, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

155. Enfin, il est particulièrement inapproprié d'écarter expressément de la comparaison les salariés ayant la même formation que celui qui s'estime victime d'une discrimination <sup>76</sup>. Pour cause, c'est la formation et les diplômes qui sont des critères d'individualisation objectifs des positionnements et des niveaux de rémunération lors de l'embauche.
156. Ils doivent donc *a minima* être pris en considération lorsque le début de la relation contractuelle de travail est le point de départ de la comparaison, mais aussi lorsque celle-ci est rétroactive. De fait, cela prive la comparaison de toute pertinence si la situation de plusieurs salariés est mise en parallèle alors qu'ils n'ont pas la même formation et donc le même salaire d'embauche.

### **2.3.3. Une comparaison visant à déterminer un salaire théorique excluant les accessoires de salaires et les pertes de chances dans l'évolution de carrière**

157. Il ressort des stipulations combinées des accords de groupe et d'entreprise en débat que la méthode conventionnelle de reconstitution des carrières, ou « audit de positionnement », se réfère à un salaire théorique.
158. Il est calculé sur une période de 3 années précédant le moment de la comparaison, par l'imputation du salaire réel annuel du salarié élu ou mandaté de l'année considérée (n), d'une majoration égale au budget annuel d'augmentations moyennes de l'année n+1 distribué pour sa catégorie professionnelle.
159. Ensuite, le niveau de salaire théorique est comparé année par année dans la limite de 4 années, dont trois complètes, avec le salaire réel de l'intéressé. Ce n'est que s'il existe un écart entre le salaire réel et le salaire théorique sur les 4 années observées et de façon consécutive, que la discrimination est constatée.
160. Le salaire de référence pour apprécier l'existence d'une différence de rémunération au préjudice du salarié élu ou mandaté discriminé ne tient donc pas compte de la perte de chance de l'évolution de sa carrière par un éventuel changement de catégorie ou promotion.
161. De plus, elle exclut expressément, selon le descriptif de cette méthode, les primes d'ancienneté au profit de l'unique évaluation du salaire de base brut moyen <sup>77</sup>.
162. A ce titre, le panel de comparaison conventionnel appliqué par la société F entre directement en contradiction avec les dispositions de l'article L. 1132-1 du code du travail affirmant qu'« *aucun salarié ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...], notamment en matière de rémunération au sein de l'article L. 3221-3 [...] en raison de [...] ses activités syndicales* ». L'article L. 3221-3 du code du travail prévoit en effet que la rémunération s'entend du « *salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement en espèce ou en nature, par l'employeur* ».

### **2.3.4. La limitation dans le temps de la discrimination identifiée et le plafonnement de sa réparation**

---

<sup>76</sup> V. *supra* nos 96 et s. ; Groupe F, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

<sup>77</sup> V. *supra* nos 96 et s. ; Groupe F, Direction des relations sociales, Note à l'attention des coordinateurs syndicaux, 12 janvier 2012 (Pièce DDD n° 20).

163. Il résulte également de la combinaison des accords de groupe et d'entreprise appliqués par la société Y<sup>78</sup>, ainsi que de ses propres écritures<sup>79</sup>, que lorsqu'un écart de rémunération apparaît, il est remonté dans le temps jusqu'au moment où l'intéressé aurait dû bénéficier de la promotion pour calculer l'écart de rémunération par rapport au salaire moyen de la population comparable, en âge et en ancienneté, dans une limite de 15 ans et le rattrapage n'est ensuite réalisé que dans la limite de 10 % du salaire<sup>80</sup>.
164. Pour la société Y, ces stipulations permettent d'assurer un bon repositionnement au salarié dont la rémunération réelle est inférieure au salaire théorique dès lors qu'il est remonté dans le temps jusqu'au moment où l'intéressé aurait dû bénéficier de la promotion pour calculer l'écart de rémunération par rapport au salaire moyen de la population comparable, en âge et en ancienneté<sup>81</sup>.
165. Mais pour les juges du fond qui ont déjà été appelés à se prononcer sur l'outil conventionnel de suivi des carrières du groupe F, sa méthode est critiquable « *en ce que c'est de façon théorique qu'elle répare une discrimination d'une durée supérieure à 15 ans*<sup>82</sup> ».
166. Les juges du fond ont déjà pu constater que la méthode de comparaison rétroactive du groupe F « *présente l'inconvénient de privilégier les facteurs généraux, pour déterminer un salaire théorique de comparaison, en faisant des facteurs individuels, comparés à un panel de salariés de référence, une variable de révision possible, sans plus d'explicitation*<sup>83</sup> ».
167. D'autres ont en conséquence rappelé que « *cette méthode ne peut constituer, du fait de son caractère conventionnel, qu'une base minimum d'évaluation de la réparation du préjudice considéré* » et qu'il convenait de tenir compte des « *facteurs personnels* » tels que la date et la qualification d'embauche, l'évolution de celle-ci et la perte de chance d'évoluer normalement, compte tenu de la discrimination intervenue<sup>84</sup>.
168. Pour le Défenseur des droits, l'outil de suivi des carrières de la société Y viole les dispositions de l'article L. 1134-5 du code du travail selon lequel aucun aménagement conventionnel ne peut s'opposer à la réparation intégrale du préjudice résultant d'une discrimination.
169. **Illustration concrète pour cinq salariés ayant bénéficié d'un repositionnement en vertu des accords de groupe.** La X présente des panels de comparaison qu'elle a établis selon les critères jurisprudentiels, et même des « audits de positionnement » réalisés par la société mise en cause. Ils montrent le traitement défavorable dont les salariés qu'elle cite en exemple font l'objet.
170. La X estime que des panels réalisés selon les critères jurisprudentiels de la Cour de cassation en vertu d'informations obtenues judiciairement, pour les salariés de l'établissement du L, démontrent l'existence d'une discrimination systémique.
171. Pour le syndicat, le fait que ces panels montrent que plusieurs salariés mandatés et élus G ont eu une moindre progression de carrière et de rémunération que des salariés auxquels ils

<sup>78</sup> V. Art. 3.1 à 3.2 et 17, Accord du groupe F sur le développement du dialogue social, 19 juillet 2016 (Pièce DDD n° 19)

<sup>79</sup> V. Conclusions pour la société Y devant le TGI de PARIS en date du 5 mars 2019 p. 29 et s.

<sup>80</sup> V. art. 4.2, Accord de l'entreprise Y sur le droit syndical et les institutions représentatives, 30 janvier 2009 (Pièce DDD n° 21).

<sup>81</sup> V. Conclusions pour la société Y, *id.*, p. 29 et s.

<sup>82</sup> CA PAU, 15 mars 2018, *U c. Alain G.*, RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> CA PARIS, 29 novembre 2012, *J.-P. L. et X c. SA E Défense sécurité*, RG n° 10/06462 (Pièce DDD n° 30).

peuvent être pertinemment comparés, caractérise l'« effet discriminatoire commun à tous » qu'il dénonce.

172. Surtout, le fait que les cinq salariés de l'établissement du L ayant bénéficié d'un repositionnement en vertu des accords de groupe continuent d'accuser un retard dans leur évolution de carrière lorsqu'elle est appréciée selon les critères jurisprudentiels<sup>85</sup>, trahit l'insuffisance de l'outil conventionnel de suivi des carrières issu des accords de groupe et d'entreprise :

Noms	selon le <b>panel conventionnel/</b> « audits de positionnement »	selon le <b>panel jurisprudentiel</b> entre la rémunération mensuelle de l'intéressé et la rémunération mensuelle moyenne des comparants
M	Absence d'écart	8.77 %
N	3.3 %	7.03 %
O	Absence d'écart	6.63 %
P	Absence d'écart	18.47 %
Q	Absence d'écart	16.97 %

173. La société Y justifie pour sa part la pertinence de son panel conventionnel en se prévalant de la légitimité qu'il tire de la négociation collective<sup>86</sup>. Elle confirme donc ses méthodes de calcul, notamment rétroactives, mais sans en démontrer l'efficience.
174. **Analyse du Défenseur des droits.** Au terme de son analyse, le Défenseur des droits constate que la méthode de comparaison rétroactive du groupe F est très éloignée des conditions jurisprudentielles d'une reconstitution objective des carrières et des rémunérations.
175. Il en ressort que le positionnement professionnel et salarial d'un représentant du personnel n'est apprécié que par rapport à la situation actuelle moyenne des salariés relevant de sa catégorie professionnelle, indépendamment du parcours qui aurait pu être le sien compte tenu de ses qualifications et des opportunités de promotions aux fonctions qu'elles lui permettent d'occuper.
176. De même, ses activités syndicales passées ne sont pas prises en considération. Selon la convention, seul l'engagement syndical présent ou durant les 4 années précédant le moment de la comparaison peut être pris en compte pour révéler les entraves qu'un représentant du personnel peut avoir subi dans son déroulement de carrière.
177. Dès lors, la réparation de son préjudice ne correspondra qu'à l'écart de rémunération constaté au cours de cette période de zéro à quatre ans, peu important que cet écart ait été plus ou moins grand sur une période précédente, pouvant courir depuis la prise de son premier mandat.
178. En outre, ne seront pas réparés les préjudices résultant de l'absence de perception des accessoires de salaire correspondant au positionnement corrigé, dont le préjudice de retraite, la perte de chance d'avoir pu bénéficier d'une évolution de carrière normale, ainsi que le

<sup>85</sup> V. ord. CPH Châlons-en-Champagne, 26 avril 2016, ordonnant à la société Y la communication des documents nécessaires à l'établissement d'un panel de comparaison fondé sur les critères jurisprudentiels (v. *supra* n° 105 et s.) afin que soit analysée la situation professionnelle et salariale des salariés identifiés ci-dessous. V. Pièces X n°s BN 0 à 55 ; GP 0 à 28 ; KJY0 à 10 ; LP 0 à 19 ; PJC 0 à 19.

<sup>86</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 22 et s.

préjudice moral <sup>87</sup>. Ces lacunes laissent subsister des situations de discrimination en raison des activités syndicales et constituent une discrimination collective et systémique.

### 2.3.5. Prise en compte des activités syndicales dans les évaluations des salariés

179. Le Défenseur des droits relève en outre que l'insuffisance des accords se retrouve dans le fait particulièrement paradoxal qu'un des seuls éléments d'individualisation dans l'analyse de l'évolution de carrière qu'il prévoit est « *l'appréciation portée par la hiérarchie* », alors qu'il est pourtant supposé la contrebalancer et éventuellement corriger son arbitraire <sup>88</sup>.
180. La X regrette que les modalités d'évaluation des salariés syndicalement engagés ne soient pas envisagées. Elle déplore notamment le fait qu'il ne soit pas prévu d'alléger le poids que représente pour les services le fait d'avoir un ou plusieurs salariés investis de mandats ou de fonctions représentatives. Pour le syndicat, ces lacunes conduisent les responsables de services à exercer des pressions sur les salariés en vue de les dissuader d'avoir des activités syndicales, voire les y invitent implicitement <sup>89</sup>.
181. Selon la société Y, la X « *cherche de manière manifeste à entraver la possibilité pour l'entreprise de tenir compte de la performance individuelle* » <sup>90</sup>. La société ajoute « *qu'il est normal et légitime que l'entreprise utilise ce critère pour prendre ses décisions en matière d'attributions de promotions et d'augmentations individuelles* » <sup>91</sup>.
182. Ainsi, le seul argument que la société Y avance pour justifier les déroulements de carrière contestés reste que « *la performance du salarié (telle qu'appréciée par la hiérarchie) est un critère significatif en matière de décision relative aux augmentations individuelles et de promotions. En d'autres termes, les décisions individuelles au sujet des salariés dépendent en particulier de leurs performances* ».
183. **Analyse du Défenseur des droits.** Le Défenseur des droits rappelle que la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, au sujet des mesures discriminatoires affectant le déroulement de carrière des salariés syndiqués, que sauf à être justifiée par des éléments objectifs au cas par cas, comme l'insuffisance professionnelle du salarié, toute différence de traitement caractérise une discrimination syndicale (Cass. soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 06-45.939 ; Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.003 <sup>92</sup>).
184. Il est également constant que, pour démontrer le caractère objectif de l'éviction d'un salarié ayant des mandats syndicaux d'un avancement collectif régulier, l'employeur ne peut se contenter d'invoquer son pouvoir discrétionnaire (Voir, notamment Cass. soc., 23 janvier 2007, pourvoi n° 04-48.530 ; Cass. soc., 30 avril 2009, Bull. civ. V, n° 121 <sup>93</sup>).
185. Or, il ressort des éléments présentés par la X que plusieurs de ses représentants ont des évaluations professionnelles dans lesquelles il est fait mention de leurs activités syndicales en des termes négatifs. Pourtant, l'engagement syndical ne doit pas être pris en considération dans le cadre d'une évaluation objective et non-discriminante de l'activité d'un salarié, sa

---

<sup>87</sup> V. spécialement, CA PARIS, 29 novembre 2012, préc. : qui relève que le préjudice moral du salarié discriminé en raison de ses activités syndicales n'est pas réparé par la méthode conventionnelle (Pièce DDD n° 30).

<sup>89</sup> V. Conclusions pour la X, préc. p. 27 et s.

<sup>90</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 19.

<sup>91</sup> V. Conclusions pour la société Y, préc., p. 19.

<sup>92</sup> Pièces DDD n°s 34 et 35.

<sup>93</sup> Pièces DDD n° 41 et 42.

mention dans le compte rendu laisse présumer l'existence d'une discrimination (Cass., soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-72.733 ; Cass. soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-15-149).

186. Les appréciations dénoncées par la X permettent de saisir un biais subjectif pénalisant dans l'évaluation qui est faite par le supérieur hiérarchique de la performance, et son impact sur les opportunités subséquentes de promotion et d'augmentation.
187. Il est notamment possible, pour n'en relayer qu'une petite partie, de relever que, dans l'évaluation 2017 de Monsieur R, il est mentionné : « *il est difficile pour nous de planifier les livraisons moteurs (suite aux obligations sociales de R). J'aimerais que R puisse aussi livrer des moteurs, j'attends donc plus de disponibilité de sa part, dans la mesure du possible. J'ai bien pris note que R souhaite travailler sur de nouveaux moteurs, en espérant que ce soit compatible avec ses obligations sociales* »<sup>94</sup>.
188. De même, dans l'évaluation de Monsieur S pour l'année 2013, il est indiqué à deux reprises : « *objectif partiellement atteint : dû à sa fonction au CHSCT* ». L'exercice de son mandat le pénalise ainsi directement dans l'appréciation de sa performance, puisqu'en 2014, il est mentionné qu'il lui a été « *difficile de suivre la formation en anglais à cause de l'activité CHSCT* »<sup>95</sup>.
189. Enfin, toujours à titre d'exemple, Monsieur T présente une évaluation pour l'année 2009 dans laquelle il est mentionné : « *les résultats [...] sont non satisfaisants [car] T de par ses 5 mandats électifs (CE et CCE) n'est pas toujours maître de la fréquence et de l'organisation de toutes les réunions auxquelles il participe au titre de ses mandats* »<sup>96</sup>.
190. **Discriminations directes.** Le Défenseur des droits rappelle, que lorsque le manque de disponibilité en raison de l'exercice des activités syndicales est expressément pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié élu ou mandaté, l'employeur arrête ses décisions en matière de promotion et de rémunération selon ce critère, ce qui est strictement interdit (Cass. soc., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.397).
191. Les articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du code du travail disposent expressément que constitue une discrimination directe en raison de l'exercice des activités syndicales, le fait pour un employeur d'en tenir compte pour arrêter ses décisions notamment en matière de reclassement, d'affectation, de qualification et de promotion professionnelle.
192. L'employeur ne doit donc pas prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du travail d'un salarié (Cass. soc., 17 octobre 2006, Bull. civ. V, n° 306), et il ne peut pas non plus justifier son absence de progression de carrière par son manque de disponibilité lié à ses fonctions représentatives (Cass. soc., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.397).
193. **Discriminations par harcèlement.** De plus, le fait pour la société Y de s'appuyer sur des accords défaillants, peut être qualifié de discrimination directe se manifestant par harcèlement.
194. En effet, selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mai 2008, « *la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant humiliant ou offensant* ».

---

<sup>94</sup> Pièce X n° SC 5.

<sup>95</sup> Pièce X n° MM 6.

<sup>96</sup> Pièce X n° LBD 12.



195. Il a été montré que plusieurs représentants syndicaux ont des évaluations professionnelles dans lesquelles il est fait mention de leurs activités syndicales en des termes négatifs.

196. Cette invocation du mandat dans le cadre des évaluations individuelles des salariés ayant des activités syndicales témoigne de l'existence, au sein de la société défenderesse, d'un environnement hostile à ces salariés, correspondant à la définition de la discrimination par harcèlement.

197. **Discriminations indirectes.** Lorsque le manque de disponibilité en raison de l'exercice des activités syndicales n'est pas mentionné dans l'évaluation d'un salarié, mais que son moindre temps de présence affecte l'appréciation de sa performance, ce critère temporel est apparemment neutre, mais il revient à prendre en considération l'incidence des activités syndicales. Une discrimination indirecte doit donc être qualifiée.

198. **Conclusion.** Au vu de l'ensemble de ce qui précède, le Défenseur des droits constate que l'accord du groupe F sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2006 et l'accord d'entreprise Y sur le droit syndical et les institutions représentatives du 30 janvier 2009, ne permettent pas d'identifier toutes les situations de discriminations syndicales ou, lorsque c'est le cas, ne permettent pas d'en saisir l'ampleur et d'en organiser une réparation intégrale. Ces accords sont défailants en ce qu'ils laissent subsister des discriminations au préjudice des salariés mandatés et élus.

199. Ils n'assurent pas l'effectivité des règles, pourtant d'ordre public, qui garantissent le fait que nul ne doit subir une différence de traitement en raison de l'exercice d'activités syndicales et qui font vivre le droit fondamental, de rang constitutionnel, qu'est la liberté syndicale.

Se retrancher derrière un dispositif qui produit et qui laisse subsister des discriminations, revient à ignorer que la prohibition des discriminations relève d'un ordre public absolu, non-supplétif de volonté.

200. Dans ses écritures, la société Y récuse l'argument de la X selon lequel elle manquerait à une obligation positive de ne pas discriminer.

Or, il existe, en matière de discrimination, une obligation d'agir pour prévenir les discriminations, et non uniquement une obligation de s'abstenir de discriminer. En effet, en application de l'article L. 4121-1 du code du travail, il incombe à l'employeur de protéger la santé et la sécurité des salariés. Cette obligation est une obligation de moyen renforcée en ce qu'il doit être démontré que tout a été mis en œuvre pour éviter sa violation (Cass. soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-24.444 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2016, pourvoi n° 14-79.702, à paraître).

201. Or, la discrimination, spécialement la discrimination dans l'évolution de carrière et la progression salariale qui perdure, porte atteinte à la santé des salariés en ce qu'elle est arbitraire et heurte leur dignité <sup>97</sup>.

202. En l'espèce, la société Y ne pouvait ignorer les insuffisances de son outil conventionnel de suivi des carrières pour discrimination, dans la mesure où elle a mis en place un groupe de travail à compter du 4 avril 2011 aux fins de le réformer et que la direction sociale du groupe F en a précisé unilatéralement le contenu le 12 janvier 2012. La société a ainsi manqué à son obligation de sécurité envers ses salariés.

---

97 V. infra 3.2. « Préjudices moraux ».

### 3. Conséquences du constat de discrimination

203. Dans ses avis sur le projet de loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, le Défenseur des droits a rappelé que les mesures propres à faire cesser un manquement résultant d'une discrimination collective sont diverses, mais toujours spécifiques <sup>98</sup>.

204.

205. La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a pour objet de faire cesser le manquement constaté (3.1) et de réparer les préjudices subis (3.2.).

#### 3.1. Cessation du manquement

206. Lorsque le juge constate un manquement, c'est-à-dire lorsqu'il qualifie une discrimination, en application de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, il enjoint au défendeur de faire cesser la discrimination en cause et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin, au besoin avec l'aide d'un tiers qu'il désigne <sup>99</sup>. Il peut prononcer une astreinte.

207. Le caractère discriminatoire d'une stipulation conventionnelle étant un motif de pur droit, le juge peut, en constatant le manquement, le relever d'office et déclarer nulle cette stipulation (v. déjà en ce sens, Cass. soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-40.935).

208. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, le Défenseur des droits constate que l'article 17 de l'accord du groupe F sur le développement du dialogue social du 19 juillet 2016 et l'article 6.2 de l'accord propre à la société Y du 30 janvier 2009 doivent être déclarés nuls et écartés.

#### 3.2. Réparation des préjudices

209. L'action de groupe initiée par la X tend également à la réparation des préjudices subis. Le juge doit donc statuer sur la responsabilité de l'employeur défendeur. Dans ce cas, il définit le groupe de personnes à l'égard desquelles la responsabilité du défendeur est engagée en fixant des critères de rattachement à ce groupe, puis détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes membres du groupe <sup>100</sup>. Ensuite, il fixe le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement peuvent se prévaloir du jugement sur la responsabilité et adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice <sup>101</sup>. Enfin, pour que ces derniers en soient informés, le juge ordonne au défendeur les mesures de publicité adaptées <sup>102</sup>.

210. Aussi, l'article L. 1134-10 du code du travail dispose que « *lorsque l'action tend à la réparation des préjudices subis, elle s'exerce dans le cadre de la procédure individuelle de réparation définie au chapitre I<sup>er</sup> du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle [al. 1<sup>er</sup>]* », et que « *le tribunal de grande instance connaît des demandes en réparation des préjudices subis du fait de la discrimination auxquelles l'employeur n'a pas fait droit [al. 2]* ».

211. **Principe de réparation intégrale.** L'enjeu est d'organiser le respect du principe de réparation intégrale des préjudices causés par la discrimination tel qu'il a d'abord été posé par

<sup>98</sup> V. spéc., DDD, n° 16-10, du 7 avril 2016, préc. (Pièce DDD n° 6).

<sup>99</sup> V. art. 65, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, *loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, JORF 19 nov. 2016 (Pièce DDD n° 11).

<sup>100</sup> Art. 66, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, préc. (Pièce DDD n° 11).

<sup>101</sup> Art. 66 *in fine*, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, préc. (Pièce DDD n° 11).

<sup>102</sup> Art. 67, loi n° 2016-1547 et la qau, du 18 novembre 2016, préc. (Pièce DDD n° 11)

la Cour de justice <sup>103</sup>, avant de l'être par la Cour de cassation (Cass. soc., 23 nov. 2005, n°03-40826 ; Cass. soc., 10 avril 2008, n°06-45821 <sup>104</sup>).

212. Ce principe trouve sa source dans le principe général consacré par l'article 1240 du code civil au terme duquel le préjudice doit être réparé intégralement, sans qu'il en résulte pour la victime ni perte ni profit <sup>105</sup>. Il appartient aux juridictions du fond de réparer, dans les limites des conclusions des parties, le préjudice dont elles reconnaissent le principe, et d'en rechercher l'étendue, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation <sup>106</sup>.
213. La loi n°2008-496 du 27 mai 2008 a définitivement entériné le principe de la réparation intégrale en matière de lutte contre les discriminations. Elle a introduit un article L. 1134-5 dans le code du travail, dont le 3<sup>e</sup> alinéa dispose que « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ».
214. **Date de mise en demeure de la société Y.** L'article L.1134-8 du code du travail dispose que « *sont seuls indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L. 1134-9* » du même code. La réparation des préjudices subis est donc soumise à la condition préalable de « *demandeur à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine* » de faire cesser la discrimination collective alléguée. Ainsi, seuls peuvent être indemnisés en l'espèce, les préjudices nés postérieurement à la réception par l'employeur de cette mise en demeure, soit le 23 mai 2017.
215. Plusieurs chefs de préjudice résultent d'une discrimination affectant la carrière et la progression salariale.
216. **Retard dans l'évolution de carrière.** La réparation en nature par le repositionnement du salarié dont la discrimination a entravé l'évolution de carrière est toujours complétée par une réparation par équivalent de son préjudice financier, correspondant à la rémunération qu'il aurait dû percevoir en l'absence de discrimination et à son préjudice moral <sup>107</sup>.
217. **Rappels de salaire et des accessoires de salaire.** La réparation doit être complétée par le versement de rappels de salaires et, le cas échéant, des accessoires de salaires (primes, indemnités, avantages en nature, etc.).
218. **Préjudice de retraite.** Dans la lignée de la jurisprudence fixant les conditions d'élaboration d'un panel de comparaison objectif pour apprécier le caractère discriminatoire d'une évolution de carrière et de salaire, une majoration de 30% du préjudice financier est admise pour compenser la perte pension de retraite <sup>108</sup>. Il s'agit d'indemniser la perte de chance de mener une carrière normale. Une entreprise a pu ainsi être condamnée à verser à un salarié discriminé 580 000 euros « *au titre du préjudice financier découlant de l'entrave au déroulement de sa carrière et de la perte des droits à la retraite consécutifs à la discrimination subie* » <sup>109</sup>.

<sup>103</sup> CJCE, 2 août 1993, Marshall c. Southampton, C-271/91.

<sup>104</sup> Pièces DDD n°s 43 et 44

<sup>105</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 janvier 2003, pourvoi n°01-00200.

<sup>106</sup> V. Cass. soc., 5 mars 2002, pourvoi n°00-41453 ; Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi n°08-44002

<sup>107</sup> V. CA Pau, 4 sept. 2012, RG n° 10/04765, inédit. – CA Agen, 11 févr. 2014, RG n° 13/00532, inédit. – CA Versailles, 12 févr. 2014, RG n° 11/02639. – CA Versailles, 15 mai 2014, n° 13/00610. – CA Paris, 16 oct. 2015, RG n° 13/03526, inédit.

<sup>108</sup> CA Agen, 11 février 2014, RG n°13/00532 ; CA Paris, 19 février 2009, RG n°07/03072 ; CA Paris, 16 décembre 2008, RG n°07/03680. Voir, surtout, CA PAU, 15 mars 2018, *U c. Alain G.*, RG n° 15/02339 (Pièce DDD n° 29).

<sup>109</sup> CA Paris, 10 mars 2011, Crédit agricole – caisse régionale d'Ile-de-France

219. **Pertes de chance.** Des dommages et intérêts peuvent également être versés pour réparer par équivalent la perte de chance de bénéficier d'une promotion <sup>110</sup> ou réparer les préjudices résultant de la dégradation de l'état de santé, notamment au regard de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu l'employeur <sup>111</sup>, soit la perte de chance de rester en bonne santé <sup>112</sup>.
220. **Préjudices moraux.** Enfin, des dommages et intérêts sont toujours alloués pour réparer le préjudice moral causé par l'atteinte à la dignité qu'implique la discrimination <sup>113</sup>, même lorsque sa réparation se fait principalement en nature. Comme le rappellent les cours d'appel, « *le sentiment d'injustice et le traitement inéquitable sont à l'origine d'un préjudice moral distinct devant lui aussi faire l'objet d'une réparation* <sup>114</sup> ». La discrimination « *est source d'un préjudice moral très vif [devant] être compensé* <sup>115</sup> ». Aussi, les juges du fond réparent à ce titre non seulement « *le sentiment de dévalorisation* <sup>116</sup> », mais aussi « *la privation de la possibilité de reconnaissance professionnelle* <sup>117</sup> », tant « *dans [l']entourage social que familial* <sup>118</sup> », ou encore « *le sentiment d'injustice généré par un traitement inéquitable de l'employeur [ayant un] caractère socialement intolérable* <sup>119</sup> ».
221. En matière de discrimination syndicale dans l'évolution de carrière, doit être réparé « *le préjudice moral causé au salarié tenu injustement à l'écart de l'évolution dont bénéficie la moyenne de ses collègues placés dans la même situation professionnelle* » (CA Toulouse, 12 février 2010, RG n° 08/06192 <sup>120</sup>).
222. **Application aux discriminations syndicales constatées au sein du groupe F.** Dans un arrêt du 15 mars 2018, la cour d'appel de Pau a caractérisé, en considération de ces précédents jurisprudentiels, le préjudice subi par un salarié dont l'évolution de carrière et la progression salariale ont été entravées par une discrimination syndicale au sein de la filiale U, en dépit des stipulations de l'accord de groupe (CA PAU, 15 mars 2018, RG n° 15/02339 <sup>121</sup>).
223. La cour d'appel commence par rappeler que « *la demande en réparation n'a pas pour seul objet de réparer la perte de salaire résultant de la discrimination mais d'indemniser l'ensemble du préjudice subi par le salarié du fait de cette discrimination pendant toute sa durée, en prenant en considération le différentiel de rémunération existant avec la moyenne de rémunération des salariés comparants au point final de la comparaison* ».
224. Pour réaliser ce calcul, la cour se réfère à la méthode dite « triangulaire » ou « de triangulation » précédemment exposée au point 2.2, pour permettre de calculer le niveau de repositionnement de l'intéressé dans la grille des classifications. Elle poursuit alors en

<sup>110</sup> CA Douai, 31 juillet 2007, RG n°06/00297 ;

<sup>111</sup> Sur cette obligation de sécurité voir 2.3.5. *in fine*.

<sup>112</sup> Cass. soc., 16 mars 2005, pourvoi n°03-42137.

<sup>113</sup> V. en ce sens, CA Pau, 4 sept. 2012, RG n° 10/04765 ; CA Agen, 11 févr. 2014, RG n° 13/00532 ; CA Versailles, 12 févr. 2014, RG n° 11/02639. ; CA Versailles, 15 mai 2014, n° 13/00610 ; CA Paris, 16 oct. 2015, RG n° 13/03526, inédit.

<sup>114</sup> CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 09/08065. V. égal. CA Lyon, 30 avr. 2015, RG n° 14/0174 : le salarié est fondé à demander réparation de son préjudice, essentiellement moral et distinct de la rupture de son contrat, occasionné par le comportement discriminatoire, car homophobe, de son employeur ; CA Douai, 29 janv. 2016, RG n° 15/00506 : « *indépendamment de l'indemnisation de la nullité de son licenciement, un salarié qui a subi un préjudice lié aux agissements vexatoires ou humiliants de son employeur, peut en obtenir réparation si celui-ci est distinct du préjudice réparé par l'allocation de dommages et intérêts pour licenciement nul et en lien avec une faute distincte de celle ayant entraîné la nullité du licenciement* ».

<sup>115</sup> CA Orléans, 24 janv. 2008, RG n° 04/01529.

<sup>116</sup> CA Versailles, 5 mai 2015, RG n° 14/01541.

<sup>117</sup> CA Nancy, 4 sept. 2009, RG n° 06/00848.

<sup>118</sup> CA Grenoble, 19 mai 2008, RG n° 07/01381.

<sup>119</sup> CPH Montluçon, 7 déc. 2015, RG n° 15/00079.

<sup>120</sup> Pièce DDD n° 45.

<sup>121</sup> Pièce DDD n° 30.

expliquant que « *le préjudice subi par le salarié discriminé au cours de sa carrière est égal à l'aire d'un triangle constitué de trois points.* » et applique la méthode de triangulation déjà explicitée.

225. La cour d'appel de Pau ajoute que « *le résultat est enfin majoré de 30% afin de tenir compte de la perte de droits à la retraite du fait du différentiel de revenus non versés, ce taux étant généralement retenu par la jurisprudence pour réparer ce préjudice particulier. En effet, outre la perte de rémunération, il y a aussi la perte de cotisations sociales et la perte de cotisations de retraite ainsi que la perte d'une chance de n'avoir pas pu bénéficier pendant toutes ces années d'un salaire plus élevé à celui réellement perçu (pouvoir d'achat plus élevé, cotisations plus élevées, capacité d'emprunt plus élevée pour la réalisation de projets familiaux)* ».
226. Enfin, la cour conclut en confirmant qu'il convient d'allouer au salarié « *une somme supplémentaire en réparation du préjudice moral subi caractérisé par l'absence de reconnaissance professionnelle durant plusieurs années, ce qui n'est pas sans avoir des conséquences sur la qualité du travail fourni (dévalorisation du travail, déconsidération de soi)* ».
227. **Nécessité de réserver un droit d'action individuel pour la réparation du préjudice antérieur.** En application de l'article L.1134-8 du code du travail, « *sont seuls indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L. 1134-9 [demande de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée]* ».
228. Il ressort des débats parlementaires préalables à la création de cet article que les rapporteurs du texte considéraient que, « *pour que l'action de groupe soit utile, elle doit permettre une réparation intégrale des préjudices, y compris moraux – ceux-ci étant les plus fréquemment observés en matière de discrimination –, à compter du fait générateur de la situation de discrimination* <sup>122</sup> ».
229. Mais, pour le gouvernement, si « *les victimes ne [sont] indemnisées que pour la période qui sépare la mise en demeure du jugement, c'est-à-dire pour quelques mois, alors que la discrimination aura pu durer plusieurs années, [...], Les victimes qui souhaiteraient obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices devraient s'adresser au conseil des prud'hommes, dans le cadre d'une action individuelle* <sup>123</sup>».
230. En conséquence, la juridiction appelée à statuer sur cette action collective doit donc expressément, par sa décision reconnaissant l'existence d'une discrimination, déterminer la part des dommages postérieurs à la mise en demeure du 23 mai 2017 et rappeler que l'indemnisation des préjudices antérieurs relève d'une action individuelle devant le conseil de prud'hommes.

---

<sup>122</sup> Extrait du rapport de la commission des lois de l'Assemblée Nationale des mardi 3 et mercredi 4 mai 2016 sur le projet de loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle après adoption du Sénat.

<sup>123</sup> Id.